



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 22.01.1997
COM(96) 721 final

LIVRO VERDE

SOBRE

AS RESTRIÇÕES VERTICAIS

NO ÂMBITO DA POLÍTICA COMUNITÁRIA DA

CONCORRÊNCIA

(apresentado pela Comissão)

LIVRO VERDE SOBRE AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO ÂMBITO DA POLÍTICA COMUNITÁRIA DA CONCORRÊNCIA

ÍNDICE

	Página
Síntese Preliminar	i-xv
Introdução ao Livro Verde e convite a terceiros para a apresentação das suas observações	1
CAPÍTULO I - Estrutura da distribuição	5
CAPÍTULO II - Análise económica das restrições verticais e o mercado interno	20
CAPÍTULO III - Procedimentos actuais e enquadramento institucional	33
CAPÍTULO IV - Regras vigentes em matéria de restrições verticais	41
CAPÍTULO V - Vantagens do sistema actual	62
CAPÍTULO VI - Comparação do direito comunitário com o direito dos Estados-membros e de países terceiros aplicável às restrições verticais	68
CAPÍTULO VII - Resultados do inquérito	76
CAPÍTULO VIII - Opções	89

LIVRO VERDE SOBRE AS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO ÂMBITO DA POLÍTICA COMUNITÁRIA DA CONCORRÊNCIA

SÍNTESE PRELIMINAR

Antecedentes e motivos do Livro Verde⁽¹⁾

1. A criação do mercado único constitui um dos objectivos fundamentais da política da concorrência da União Europeia. Embora se tenham registado grandes progressos neste âmbito, revelam-se ainda necessários esforços acrescidos para tirar pleno partido das vantagens económicas decorrentes da integração.

2. Para as empresas comunitárias, o mercado único representa a oportunidade de penetrar em novos mercados cujo acesso lhes tinha sido anteriormente vedado devido à existência de entraves estatais. A penetração em novos mercados é morosa, exige investimentos substanciais e acarreta riscos significativos. O processo é frequentemente facilitado pela celebração de acordos entre os produtores que pretendem penetrar no novo mercado e os distribuidores locais. Uma distribuição eficiente com serviços de assistência adequados antes e após as vendas constitui parte integrante do processo concorrencial que se reverte em benefício dos consumidores.

No entanto, os acordos entre produtores e distribuidores podem ser igualmente utilizados para prosseguir a compartimentação do mercado e excluir novos operadores que contribuiriam para intensificar a concorrência e exercer uma pressão para a baixa dos preços. Os acordos entre produtores e distribuidores (restrições verticais) podem, por conseguinte, ser utilizados em benefício da concorrência mediante a promoção da integração do mercado e de uma distribuição eficiente ou em seu detrimento, bloqueando a integração e a concorrência. As diferenças de preço que ainda subsistem entre os Estados-membros incentivam as empresas a penetrar em novos mercados, bem como a criar entraves contra a concorrência de novos operadores.

3. As restrições verticais revestem-se de particular importância para a política da concorrência da União, devido ao facto de estarem estreitamente associadas, quer de forma positiva quer de forma negativa, à integração do mercado. Embora a implementação desta política nos últimos 30 anos tenha sido coroada de êxito, revela-se actualmente necessária uma revisão pelos seguintes motivos:

- foi já adoptada a maior parte da legislação do mercado interno relativa ao livre movimento de bens;
- a regulamentação que regula as restrições verticais deverá expirar; e
- verificaram-se importantes alterações nos métodos de distribuições, susceptíveis de ter implicações a nível da política da concorrência.

4. Além disso, na sua qualidade de maior bloco comercial a nível mundial, a União empenha-se no desenvolvimento de trocas comerciais livres e equitativas. Da mesma

⁽¹⁾Cada secção na presente síntese preliminar corresponde a um capítulo no Livro Verde.

forma que as restrições verticais podem promover ou prejudicar a criação de um verdadeiro mercado único, estas podem ser benéficas ou desfavoráveis às trocas comerciais internacionais. A política da União neste domínio assume, por conseguinte, uma importância internacional mais lata. A nossa experiência pode ser profícua para a análise dos entraves de acesso ao mercado em países terceiros.

5. A revisão desta política assume a forma de um Livro Verde, no qual são delineadas as questões relevantes do ponto de vista da Comissão⁽²⁾. São em seguida expostas diversas opções (ponto VIII infra) que constituirão o ponto de partida para uma consulta pública de vasto alcance que englobará o Parlamento, os Estados-membros, o Comité Económico e Social e o Comité das Regiões, bem como todos os terceiros interessados (produtores, distribuidores, representantes dos trabalhadores e consumidores). Esta consulta permitirá à Comissão decidir sobre orientação e a forma que a sua futura política assumirá à luz de todos os factos expostos. Esta revisão e consulta constituirão igualmente a resposta da Comissão ao desafio estimulante que representa avançar neste domínio fundamental da política da concorrência rumo ao próximo milénio.

I. Estrutura da distribuição

6. Resulta difícil estabelecer princípios gerais ou identificar as tendências no sector da distribuição devido à sua dimensão, diversidade e dinamismo.

- Dimensão. A distribuição emprega 22 milhões de trabalhadores (15,6 % da população activa total), representa 12,9 % do valor acrescentado e engloba 4,5 milhões de empresas (29,4 % da sua totalidade) (valores em 1994 correspondentes à Comunidade dos Quinze).
- Diversidade. A estrutura da distribuição varia consideravelmente de um sector a outro, não apenas no que respeita ao seu grau de concentração ou à sua ausência a nível da distribuição, como também a nível da organização a montante até ao fabricante (por vezes através de intermediários especializados como, por exemplo, grossistas ou importadores). Além disso, verificam-se diferenças acentuadas em termos de dimensão e estrutura entre os diferentes Estados-membros mesmo no âmbito do mesmo sector. Por último, há vários tipos diferentes de sistemas de distribuição (por exemplo, distribuidores exclusivos que comercializam um único produto ou supermercados que vendem 30 000 tipos de produto).
- Dinamismo. A distribuição constitui um sector dinâmico com um índice relativamente elevado de criação e desaparecimento de pequenas empresas. Estão a ser constantemente testadas novas formas de distribuição. Nalguns sectores, tem-se verificado uma evolução no sentido da concentração com o desenvolvimento de estruturas oligopolísticas.

⁽²⁾ O presente Livro Verde não abrange os veículos automóveis, os agentes comerciais nem o licenciamento de direitos de propriedade intelectual que foram ou são objecto de exercícios separados. A tónica é colocada sobretudo nas restrições verticais na cadeia de distribuição. No entanto, podem ser igualmente apresentadas observações sobre as ligações a montante na cadeia de distribuição entre os produtores e os fornecedores de produtos intermédios.

7. Todas as empresas requerem um sistema de distribuição e o nível de assistência assegurada pela distribuição e respectiva eficiência são importantes elementos do processo concorrencial que visa o acesso aos clientes. São raros os produtores que distribuem eles próprios os seus produtos aos clientes finais, recorrendo na maioria dos casos a distribuidores especializados para este efeito. Nalguns sectores, podem advir economias consideráveis de uma cooperação na cadeia de distribuição, prática essa facilitada e acelerada com a introdução da tecnologia da informação e técnicas modernas "just in time". Isto significa que, na cadeia de distribuição, são actualmente os consumidores finais que solicitam os produtos, não sendo a distribuição imposta desde cima pelos fabricantes em função das necessidades de produção. O resultado traduziu-se em consideráveis economias a nível das existências e em importantes reduções no volume de produtos não desejados. A concorrência entre as cadeias de distribuição tem vindo a aumentar em termos de importância.

8. Embora a distribuição seja um sector dinâmico, caracteriza-se igualmente na União Europeia pela existência de entraves de acesso, nomeadamente em comparação com determinados países terceiros (por exemplo, restrições em matéria de horários de abertura e regulamentações urbanísticas). Tal pode ter reforçado o poder de mercado de determinados distribuidores em mercados oligopolísticos e ter implicações para a política da concorrência.

9. Embora haja exemplos de distribuidores que exercem actividades no exterior do seu mercado "nacional" e tenham vindo a emergir algumas cadeias a nível europeu, a distribuição, nomeadamente a nível retalhista, assume ainda um carácter largamente nacional. A Comissão interroga-se se este carácter nacional da distribuição, juntamente com a necessidade de integração económica das cadeias de distribuição derivada das economias decorrentes da tecnologia da informação, tem implicações para a política da concorrência. A Comissão sempre insistiu na liberdade de os intermediários reagirem às diferenças de preço entre os Estados-membros e exercerem actividades comerciais paralelas como aspectos fulcrais da sua política com vista a assegurar que os acordos em matéria de distribuição visem a integração do mercado e não a sua compartimentação. Atendendo às transformações registadas a nível estrutural e organizacional no sector da distribuição, o facto de os intermediários poderem realizar livremente trocas comerciais paralelas pode deixar de ser suficiente, por si só, para assegurar que as restrições verticais tenham sempre efeitos positivos a nível da concorrência e da integração do mercado. Foram retiradas conclusões similares de um inquérito realizado no âmbito do presente Livro Verde (ver ponto VII). A Comissão gostaria de receber observações e elementos comprovativos quanto a esta questão, bem como sobre as suas implicações para as opções propostas (ponto VIII).

II. Análise económica das restrições verticais e o mercado único

10. O aceso debate entre os economistas sobre as restrições verticais acalmou-se um tanto ou quanto, tendo vindo a assistir-se à emergência de um certo consenso. As restrições verticais deixaram de ser consideradas prejudiciais ou favoráveis à concorrência *per se*. Os economistas manifestam maior relutância em efectuar generalizações. Ao invés, tendem a basear-se mais na análise dos factos do caso em apreço. No entanto, é de assinalar um elemento primordial: a importância da estrutura do mercado para determinar o impacto das restrições verticais. Quando maior for a concorrência entre as marcas, tanto maior é a possibilidade de os efeitos positivos a favor da concorrência e da eficiência compensarem quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes das restrições verticais. Os

efeitos anticoncorrenciais apenas se produzem quando a concorrência entre as marcas é ténue e quando existem entraves de acesso quer a nível da produção, quer a nível da distribuição. Além disso, reconhece-se que os contratos na cadeia de distribuição reduzem os custos das transacções e podem permitir a introdução de uma maior eficiência a nível da distribuição. Em contrapartida, nalguns casos as restrições verticais criam entraves de acesso ou prejudicam de forma ainda mais acentuada a concorrência horizontal nos mercados oligopolísticos.

11. Os problemas levantados pelas restrições verticais são ainda muito significativos em termos de potenciais vantagens económicas. Os dados respeitantes às diferenças de preço entre Estados-membros demonstram que, não obstante a existência de alguma convergência em matéria de preços, os benefícios económicos potenciais decorrentes de uma maior integração não foram ainda, de modo algum, exaustos.

12. Podem ser ainda tiradas outras conclusões da recente análise económica:

- As cláusulas específicas de um acordo ou os diferentes tipos de restrições verticais não podem ser considerados *per se* como favoráveis ou desfavoráveis à concorrência ou integração.

- A conjugação de várias restrições verticais não aumenta forçosamente a probabilidade de quaisquer resultados anticoncorrenciais mas, nalgumas circunstâncias, podem tornar os resultados mais favoráveis.

- A análise deve centrar-se no impacto sobre o mercado e não sobre a forma revestida pelo acordo. Por exemplo, se o acesso é vedado por uma rede de acordos ou se o acordo vertical, juntamente com o poder de mercado, permite aos produtores ou distribuidores adoptar práticas de discriminação de preços entre os diferentes Estados-membros.

- Dado o risco associado à penetração em novos mercados ou a uma importante expansão de mercado (criação de novos fluxos comerciais que integrem o mercado), deve ser considerada a possibilidade de um tratamento mais favorável das restrições verticais sempre que acompanhadas de um importante investimento corpóreo ou incorpóreo. Este tratamento mais favorável deve ser delimitado no tempo.

- A natureza dos produtos, a necessidade dos serviços e o investimento a realizar para uma distribuição eficiente, bem como as necessidades e o conhecimento dos consumidores podem ser importantes elementos para identificar as vantagens objectivas promovidas pelas restrições verticais e quaisquer efeitos anticoncorrenciais. Uma lista de critérios a utilizar para a identificação de todas as vantagens a nível da distribuição e para orientar a política a adoptar nesta matéria consta do presente texto (página 85). Solicitam-se observações sobre a proficuidade ou não do referido quadro.

13. É evidente que a teoria económica não pode constituir o único factor na concepção da política a prosseguir. Em primeiro lugar, trata-se somente de uma fonte de inspiração. Em segundo lugar, uma avaliação minuciosa de todos os casos individuais seria demasiado onerosa em termos de recursos, podendo conduzir a uma situação de insegurança jurídica. Consequentemente, a sua utilização neste contexto visa sobretudo contribuir para a elaboração de uma política e regras basilares.

III. Procedimentos actuais e enquadramento institucional

14. As regras do Tratado aplicáveis às empresas são estabelecidas nos artigos 85º-90º. O artigo 85º assume particular importância no que respeita às restrições verticais. O n.º 1 do artigo 85º prevê a proibição dos acordos suscetíveis de afectar as trocas comerciais e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. Os acordos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação são nulos (n.º 2 do artigo 85º), salvo se isentos nos termos do n.º 3 do artigo 85º. Entre as condições enumeradas para efeitos de isenção, figura a de que o acordo não deve eliminar a concorrência e que a maior eficiência ou outras vantagens objectivas por ele promovidas devem compensar as desvantagens decorrentes da perda da concorrência. Os consumidores devem igualmente beneficiar de uma parte equitativa das vantagens daí decorrentes.

15. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 87º, estabeleceu as regras de aplicação para as disposições elementares do Tratado no que respeita aos artigos 85º e 86º. Estas regras figuram no Regulamento n.º 17/62 que, entre outros, conferiu à Comissão competência exclusiva para a concessão de isenções nos termos do n.º 3 do artigo 85º e prevê um sistema de notificação à Comissão relativamente aos acordos para os quais seja solicitada uma isenção ou um certificado negativo. A entrada em vigor do Regulamento n.º 17/62 conduziu a uma "avalanche" de notificações, superior a 30 000 no início da década de 60, a maioria das quais sobre acordos verticais. Atendendo ao facto de que ao abrigo dos processos estabelecidos no Regulamento n.º 17/62, a Comissão não pode adoptar muitas decisões formais (actualmente cerca de 20 por ano) e de a sua capacidade de encerrar os processos mediante o envio de um ofício de arquivamento ser igualmente limitada (cerca de 150 por ano), foi adoptada uma abordagem de "isenções por categoria" a fim de assegurar a devida segurança jurídica para as empresas que celebraram acordos verticais.

16. Nos termos do Regulamento n.º 19/65 do Conselho, a Comissão tem competência para adoptar regulamentos de "isenção por categoria" que definem determinadas categorias de acordos que satisfazem, em geral, as condições enumeradas no n.º 3 do artigo 85º pelo que beneficiam de uma derrogação. O Regulamento n.º 19/65 do Conselho requer que os regulamentos de isenção da Comissão por categoria contenham uma lista sobre as condições a preencher, os tipos de acordos abrangidos, as cláusulas restritivas que são isentas e as cláusulas a não incluir.

17. A Comissão identificou diferentes tipos de sistemas de distribuição e, actuando ao abrigo dos poderes que lhe foram conferidos pelo Regulamento n.º 19/65 do Conselho, adoptou regulamentos de isenção por categoria destinados a abranger os mesmos. Actualmente, os referidos regulamentos englobam os seguintes tipos de distribuição:

- distribuição exclusiva, em que um produtor aceita designar apenas um distribuidor num determinado território (Regulamento n.º 1983/83);
- compra exclusiva, incluindo disposições especiais relativas à cerveja e às estações de serviço, em que um distribuidor aceita adquirir os bens em questão apenas junto de um produtor (Regulamento n.º 1984/83); e
- franquia, em que é atribuído um território exclusivo a um franqueado no qual este explora o saber-fazer e os direitos de propriedade intelectual do franqueador e

vende o produto ou serviço segundo um formato normalizado (Regulamento n.º 1987/88).

Sempre que um acordo de distribuição ou compra exclusiva ou um acordo de franquia respeitar o estabelecido no respectivo regulamento de isenção por categoria, não é necessária qualquer notificação para efeitos de isenção.

18. Além disso, a Comissão identificou um outro tipo de distribuição: as distribuição selectiva, mediante a qual os distribuidores são escolhidos em função de critérios objectivos, necessários para a distribuição eficiente das mercadorias em questão. Os distribuidores seleccionados prestam normalmente alguns serviços de assistência antes ou após as vendas, podendo apenas vender aos consumidores finais ou a outros concessionários seleccionados. Uma vez que não se previa qualquer problema de "avalanche" de notificações no que respeita à distribuição selectiva, a política da Comissão nesta matéria foi estabelecida numa série de decisões individuais, em conformidade com o processo previsto no Regulamento n.º 17/62.

19. Embora a Comissão detenha competência exclusiva na aplicação do n.º 3 do artigo 85º, os tribunais e as autoridades de concorrência nacionais têm igualmente um papel a desempenhar neste contexto:

- os tribunais nacionais podem aplicar o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 85º e no artigo 86º. Podem igualmente interpretar as disposições relativas às isenções por categoria a fim de comprovar se são abrangidos determinados acordos. Podem, por conseguinte, solucionar muitos litígios relacionados com as regras de concorrência e os acordos verticais. A Comissão pode recusar dar seguimento a uma denúncia quando a questão puder ser resolvida pelos tribunais nacionais. Por último, os tribunais nacionais podem conceder indemnizações, adoptar medidas cautelares e injunções, muitas vezes com maior celeridade do que a Comissão;
- as autoridades de concorrência nacionais podem aplicar o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 85º e no artigo 86º desde que a Comissão não tenha dado início a um processo relativamente aos mesmos acordos. Sete dos quinze Estados-membros adoptaram legislação que lhes conferem competência nesta matéria. Os Estados-membros podem aplicar a sua própria legislação nacional a um acordo, salvo se a Comissão tiver concedido uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85º ou se os acordos forem abrangidos por uma isenção por categoria.

IV. Regras vigentes em matéria de restrições verticais

20. Devido às preocupações suscitadas quanto ao risco que representam para a integração do mercado e devido à natureza ambígua do seu impacto sobre a concorrência, a Comissão tem vindo a aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85º de forma relativamente alargada às restrições verticais. Neste contexto, considera importante tanto a concorrência existente no âmbito da mesma marca como entre marcas diferentes.

21. As regras *de minimis* definem as categorias de acordos cujo âmbito é demasiado reduzido para que tenham um impacto significativo sobre as trocas comerciais ou a concorrência, não sendo conseqüentemente abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º. Para além deste limiar, o disposto no n.º 1 do artigo 85º é aplicável de

forma quase automática a determinados acordos verticais que, pela sua própria natureza, só podem distorcer a concorrência, nomeadamente:

- os acordos que restringem a liberdade dos distribuidores de fixar os seus próprios preços de revenda (manutenção de preços de revenda); e
- os acordos que prevêem uma protecção territorial absoluta para os distribuidores exclusivos. Este ponto representa um elemento fulcral da política da Comissão. Nestes casos, não só é aplicável o disposto no n.º 1 do artigo 85º como se revela também pouco provável a concessão de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85º. Embora possa ser atribuída a exclusividade a um distribuidor num determinado território a fim de assegurar a sua penetração no mercado e tornar a distribuição mais eficiente, e este possa ser proibido de vender ou efectuar promoções directas no território de outros distribuidores exclusivos, esta protecção não deve assumir um carácter absoluto. Deve sempre existir a possibilidade de algumas fontes alternativas de abastecimento. Embora os distribuidores exclusivos possam ser proibidos de promover activamente o produto fora do seu território exclusivo, devem ser livres de responder a encomendas provenientes do exterior desse território (vendas passivas). Os clientes devem dispor de total liberdade de recorrer aos distribuidores que desejarem na União Europeia, mesmo fora da sua área de residência, e realizar, por conta própria ou através de terceiros, importações para consumo pessoal. Os intermediários e outros comerciantes devem poder abastecer-se junto de qualquer distribuidor e vender em qualquer mercado, nomeadamente em resposta a diferenças de preço significativas entre os Estados-membros (comércio paralelo).

22. Se um acordo vertical não for abrangido pelas regras *de minimis*, nem constituir uma das duas restrições que dá automaticamente origem à aplicação do n.º 1 do artigo 85º, impõe-se uma análise casuística a fim de concluir se é aplicável ou não o disposto no n.º 1 do artigo 85º. Esta análise toma em consideração o contexto económico real em que se insere o acordo para determinar a existência de uma restrição significativa da concorrência. Mesmo se um acordo individual não for abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, o impacto cumulativo de vários acordos análogos é susceptível de restringir substancialmente a concorrência. Tal é nomeadamente o caso das redes de acordos de compra exclusiva em que uma grande parte dos estabelecimentos de venda se encontram vinculados de forma exclusiva a determinados produtores. Tal pode encerrar um mercado a novos produtores ou impedir a penetração nesse mercado de produtores provenientes de outros Estados-membros.

23. Uma vez que o disposto no n.º 1 do artigo 85º tem vindo a ser largamente aplicado aos acordos verticais, as isenções por categoria devem garantir às empresas a devida segurança jurídica. Para este efeito, foram estabelecidos os tipos de acordos de distribuição que são automaticamente isentos nos termos do n.º 3 do artigo 85º. Em primeiro lugar, os regulamentos correspondentes estabelecem os motivos pelos quais os acordos de distribuição podem restringir a concorrência e ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, bem como as razões gerais que levam a Comissão a conceder uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º em determinadas condições. Um elemento comum aos três regulamentos de isenção por categoria (distribuição e compra exclusiva - incluindo as disposições especiais aplicáveis à cerveja e à gasolina - e

franquia), bem como à política em matéria de distribuição selectiva consiste na preocupação primordial de não permitir qualquer forma de protecção territorial absoluta⁽³⁾.

São também fixadas regras no que respeita ao seguinte:

- restrições territoriais
- obrigações de compra, incluindo vendas subordinadas
- obrigações de venda
- cláusulas de não-concorrência e vigência admissível do contrato; e
- restrições em matéria de clientela.

Por último, os regulamentos de isenção por categoria estabelecem as condições que podem levar a Comissão a retirar o benefício da isenção.

V. Vantagens do sistema actual

24. A Comissão considera que a sua política de concorrência em matéria de restrições verticais tem sido, em geral, bem-sucedida. As suas vantagens podem ser caracterizadas tanto do ponto de vista substancial como processual. As suas desvantagens serão delineadas na secção VII abaixo.

- vantagens do ponto de vista substancial

25. Baseando-se de forma relativamente alargada no n.º 1 do artigo 85º, a análise das restrições verticais centra-se sobretudo nas isenções concedidas ao abrigo do n.º 3 do artigo 85º, o que permite uma análise económica global das vantagens dos acordos, do seu impacto sobre a estrutura da concorrência e da situação dos consumidores. Esta abordagem permitiu à Comissão estabelecer o devido equilíbrio entre a concorrência no âmbito da mesma marca e entre marcas diferentes. A necessidade desta análise decorre da natureza ambígua do impacto das restrições sobre a concorrência.

26. A integração do mercado tem vindo a ser igualmente promovida pela política actual, que assegura a inexistência de qualquer protecção territorial absoluta no âmbito dos sistemas de distribuição. Deste modo, embora sejam permitidos os efeitos positivos da exclusividade territorial sobre a concorrência, os acordos verticais devem deixar em aberto a possibilidade de recorrer a fontes alternativas de abastecimento. O acesso aos mercados não pode ser vedado por forma a impedir que os intermediários tirem partido das diferenças de preço.

27. A política comunitária permite o livre estabelecimento de formas novas e inovadoras de distribuição, uma vez que os acordos que não sejam ainda abrangidos por isenções por categoria podem ser notificados individualmente.

⁽³⁾Qualquer entrave às vendas passivas ou ao comércio paralelo constitui uma infracção grave às regras da concorrência. Sempre que detectada, esta prática é normalmente sancionada mediante a imposição de uma coima.

- vantagens do ponto de vista processual

28. Graças ao sistema de notificação, a Comissão pode recolher informações sobre os diversos tipos de acordos verticais, dispondo assim da documentação básica para tomar uma decisão quanto à necessidade e ao alcance das isenções por categoria. Estas isenções por categoria garantem a segurança jurídica necessária no que respeita à maior parte dos acordos verticais na União Europeia, bem como as vantagens de um "balcão único" ("one stop shop"). Os escritórios de arquivamento solucionaram já o problema da "avalanche" de notificações que se levantava relativamente aos casos não abrangidos pelas isenções por categoria. Esta conjugação das isenções por categoria com os escritórios de arquivamento permite afectar os escassos recursos da Comissão à instrução dos processos que requerem uma atenção individual, quer no intuito de determinar as novas práticas passíveis de serem autorizadas, quer para investigar e pôr termo a graves infracções das regras da concorrência (por exemplo, bloqueamento das trocas comerciais paralelas). Por último, o papel dos tribunais e das autoridades nacionais melhora a eficiência e a celeridade na aplicação do direito da concorrência neste domínio.

VI. Comparação do direito comunitário com o direito dos Estados-membros e de países terceiros aplicável às restrições verticais

29. Impõe-se uma comparação com o direito de outros Estados-membros e de países terceiros, dado que revela a experiência adquirida nesta matéria. A União pode tirar partido desta experiência. Demonstra igualmente a eventual viabilidade de algumas alternativas susceptíveis de serem consideradas como possíveis opções neste contexto.

30. No entanto, é de lembrar que a Comissão é a única entidade, a nível mundial, responsável pela aplicação do direito da concorrência que tem como objectivo a integração de mercado, para além da manutenção de um sistema de concorrência não falseada. Outros modelos não são, por conseguinte, forçosamente adequados para a União Europeia.

31. Para efeitos analíticos, os países foram divididos em dois grupos:

- os países com legislação similar ao artigo 85º, com uma estrutura dividida em duas partes, contendo uma proibição geral e uma disposição de isenção separada;
- os países cuja legislação diverge do direito comunitário, na medida em que uma infracção se baseia geralmente no apuramento de algum tipo de abuso.

32. A análise revela a diversidade das disposições aplicáveis aos acordos verticais. Contudo, podem ser identificados alguns aspectos importantes que são idênticos nestes sistemas e que coincidem na sua divergência em relação ao sistema comunitário.

- Em primeiro lugar, sustenta-se que a análise económica deve ser utilizada em primeiro lugar para determinar a existência ou não de uma infracção. Tal é o caso de pelo menos alguns Estados-membros cujos sistemas se baseiam no sistema comunitário (nomeadamente França e Itália) e alguns Estados-membros com sistemas divergentes (nomeadamente Alemanha e Reino Unido), bem como de países terceiros (EUA e Canadá);

- Em segundo lugar, nem os grandes Estados-membros, nem os EUA nem o Canadá utilizam um sistema de notificação no que respeita aos acordos restritivos. Tal é devido ao facto de considerarem que os seus recursos podem ser melhor empregues de outra forma, por exemplo, na averiguação das denúncias relativas a restrições verticais. A ausência de um sistema de notificação coaduna-se também com a premissa de que os acordos verticais são, *a priori*, legais;
- Em terceiro lugar, estes sistemas só abrangem um reduzido número de casos envolvendo restrições verticais, o que se coaduna uma vez mais com a noção de que estas restrições são, *a priori*, legais.

VII. Resultados do inquérito

33. No âmbito do exercício destinado a recolher informações para o Livro Verde, a Comissão estabeleceu uma série de contactos com fabricantes, retalhistas, industriais, associações comerciais e de consumidores e especialistas académicos. Estes contactos em nada alteram ou afectam a consulta aberta que será realizada na sequência da publicação do Livro Verde, contribuindo para que a Comissão identifique certos aspectos elementares.

34. Os resultados do inquérito confirmam as conclusões sobre a distribuição retiradas a partir de fontes básicas (Secção I supra). Em especial, sublinham as alterações decorrentes da introdução da tecnologia da informação (TI). A informação encontra-se mais concentrada nas mãos dos distribuidores que detêm actualmente um poder mais credível face aos produtores.

35. Foi salientado o facto de o mercado interno não se encontrar ainda concluído, o que se deve não apenas a entraves naturais (por exemplo, diferenças em termos de hábitos, língua) como ao tempo e ao risco necessários para ultrapassar os problemas por eles levantados, como também à natureza incompleta ou ao funcionamento insatisfatório do mercado único.

36. Muitos entrevistados levantaram também problemas relacionados com entraves estruturais privados ao mercado único e ao comércio paralelo. Tornou-se evidente no decurso das entrevistas que muitos retalhistas não tiram partido das oportunidades no sentido de explorar os diferenciais de preço entre os Estados-membros devido ao receio de prejudicarem as relações a longo prazo com os fabricantes ou de defrontarem acções de retaliação como, por exemplo, boicotes ou discriminação em matéria de preços. Os grupos de compra transfronteiras não têm ainda aparentemente qualquer impacto significativo a nível da redução dos diferenciais de preço. Além disso, a introdução da tecnologia da informação e a poupança a nível logístico decorrente de uma estreita cooperação na cadeia de distribuição significam que as diferenças de preço têm de tornar-se ainda mais acentuadas antes que se justifique o comércio paralelo do ponto de vista económico, nomeadamente, atendendo à natureza forçosamente incerta e ao carácter aleatório do abastecimento junto dessa fonte. A tecnologia da informação permite aos produtores detectarem e destruírem mais facilmente as fontes de comércio paralelo entre os mercados nacionais. Mesmo quando os distribuidores procuravam abastecer-se noutros Estados-membros (mais baratos), estes eram geralmente remetidos para a filial nacional do produtor ou para o seu concessionário exclusivo no território para o qual o distribuidor em causa pretendia importar as mercadorias. Todas estas práticas aumentam a incerteza

associada às importações paralelas e tornam-nas menos atractivas, pelo que, por si só, dificilmente poderão preencher qualquer função de integração de mercado.

37. Foram tecidas determinadas críticas sobre a estrutura e a aplicação da actual política da Comissão às restrições verticais e isenções por categorias, tendo sido igualmente apresentados vários pedidos de alteração ou adaptação⁽⁴⁾. Os pontos mais frequentemente destacados foram os seguintes:

- a falta de flexibilidade dos actuais regulamentos de isenção por categoria, bem como o seu efeito excessivo do ponto de vista regulamentar;
- a excessiva ênfase colocada na análise das cláusulas individuais, em detrimento do impacto económico global dos acordos. Uma política mais rigorosa poderia consistir numa prática mais activa de retirada do benefício da isenção por categoria;
- a importância da abordagem de tipo "balcão único" ("one stop shop"), bem como a necessidade de segurança jurídica, cuja perda seria possível em caso de abandono da metodologia da isenção por categoria. Os ofícios de arquivamento não constituem uma solução satisfatória;
- na eventualidade de ser mantida a abordagem dos regulamentos de isenção por categoria, esta deve tornar-se mais flexível, menos dirigista e possuir um alcance mais vasto. Por exemplo, uma cláusula que não seja passível de ser isenta não deve anular a isenção na sua globalidade, as isenções por categoria podiam incluir mercadorias intermédias e não apenas as mercadorias para fins de revenda como sucede actualmente;
- a política da Comissão deve promover e não discriminar contra a diversidade dos sistemas de distribuição, o que pode verificar-se quando os grupos de compra e as associações de retalhistas (ou um grupo que reúna filiais integradas e estabelecimentos de venda não integrados como, por exemplo, franquizados) procuram obter a redução dos custos logísticos decorrente da plena aplicação da tecnologia da informação e da integração da cadeia de abastecimento;
- alguns entrevistados interrogaram-se sobre a possível utilidade de regras contra a discriminação em matéria de preços mesmo para as empresas em posição não dominante a fim de impedir as filiais integradas de imputar preços diferentes nos distintos Estados-membros;

⁽⁴⁾Em muitos aspectos, estas observações reflectem as apresentadas por organismos sectoriais: UNICE (Modernising EU competition policy UNICE 1995), BDI (Standortfaktor Wettbewerbspolitik - Reformbedarf auf deutscher und europäischer Ebene, BDI 1995) e CBI (Loosening the strait-jacket CBI proposals for reform of the scope and administration of Article 85. CBI 1995) bem como pelos seus assessores jurídicos e professores académicos (por exemplo, B. Hawk: "System failure: Vertical Restraints and EC Competition Law", Common Market Law Review, Vol. 32, N° 4, 1995.). Em termos genéricos, a tónica predominante destas observações incidia no facto de o n.º 1 do artigo 85º ser utilizado de forma demasiado lata no âmbito das restrições verticais, de os regulamentos de isenção por categoria terem um efeito restritivo do ponto de vista regulamentar e de o actual sistema de notificações individuais e ofícios de arquivamento ser oneroso, não assegurando simultaneamente a devida segurança jurídica.

- as opiniões sobre a distribuição selectiva caracterizavam-se pela sua diversidade. Alguns manifestaram a sua satisfação com o seu funcionamento, considerando-a necessária para a distribuição de determinados produtos. Outros entendiam que dava origem a uma estrutura rígida de preços, excluía as cadeias de desconto mesmo se estas respeitassem os critérios de participação no sistema e que a distribuição selectiva era utilizada para muitos produtos quando já não se justificava. Foram apresentadas queixas sobre a falta de transparência e objectividade na aplicação dos critérios de admissão ao participação no sistema e sobre a arbitrariedade dos produtores.

VIII. Opções

38. O Livro Verde solicita a apresentação de observações sobre as quatro opções a seguir delineadas. Estas opções não revestem um carácter exaustivo e podem ser conjugados diferentes elementos das diversas opções.

39. Várias senão todas as opções suscitam algumas observações ou perguntas comuns.

- Não obstante o facto de a Comissão reconhecer que a jurisprudência dos tribunais comunitários, bem como a sua própria política em matéria de restrições verticais ter evoluído ao longo do tempo, sendo susceptível de continuar a evoluir no futuro, prevê apenas soluções alternativas dentro dos limites demarcados pelo artigo 85º, conforme interpretado pelos tribunais europeus; e

- a protecção territorial absoluta e a manutenção dos preços de revenda (MPR), práticas susceptíveis de afectarem as trocas comerciais entre os Estados-membros não apenas continuarão a ser automaticamente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85º como é pouco provável que possam beneficiar de uma isenção;

- as opções dizem apenas respeito aos acordos de distribuição vertical e não aos acordos entre concorrentes, embora estes últimos possam ser autorizados para determinadas PME;

- as opções referem-se sobretudo aos acordos verticais relativos a mercadorias para fins de revenda. Solicitam-se observações sobre a possibilidade de alargar as opções aos produtos intermédios;

- os procedimentos de não oposição não constituem uma solução adequada para a resolução de um importante número de casos;

- solicitam-se observações sobre a fixação de limiares sob a forma de quotas de mercado para definir a elegibilidade para efeitos de isenção ou como princípio de orientação para as estruturas de mercado nos casos em que a Comissão pode retirar o benefício da isenção;

- encontra-se actualmente a decorrer um exercício separado destinado a incrementar os limiares abaixo dos quais o n.º 1 do artigo 85º não é aplicável (Comunicação sobre os Acordos de Importância Menor - "*de minimis*"). Como uma hipótese de trabalho para o presente exercício, este limiar pode ser considerado de 10 %.

OPÇÃO I - MANUTENÇÃO DO SISTEMA ACTUAL

40. As vantagens da abordagem actual são expostas no ponto V supra. Continuariam a vigorar as disposições especiais relativas à cerveja e às estações de serviço.

OPÇÃO II - ISENÇÕES POR CATEGORIA COM UM ÂMBITO DE APLICAÇÃO MAIS VASTO

41. Esta opção consiste na manutenção da abordagem actual e das diversas vantagens inerentes aos regulamentos de isenção por categoria mas responderia às críticas tecidas incrementando a sua flexibilidade por forma a cobrir uma maior diversidade de situações, assumindo um carácter menos regulamentar. Além disso, esta opção levanta a questão de saber se se justifica a adopção de um regulamento de isenção por categoria relativamente à distribuição selectiva ou a criação de um procedimento de arbitragem independente para os litígios relativos à admissão a estes tipos de sistemas de distribuição. As disposições especiais aplicáveis à cerveja e à gasolina seriam igualmente tornadas mais flexíveis.

Solicita-se a apresentação de sugestões quanto ao tipo de alterações a efectuar.

OPÇÃO III - ISENÇÕES POR CATEGORIA MAIS CENTRADAS

42. Dado que subsistem ainda diferenças de preço consideráveis no mercado único, que as restrições verticais podem ser anticoncorrenciais quando conjugadas com poder de mercado e que a concorrência no âmbito da mesma marca é importante, em especial, quando a concorrência entre marcas diferentes é ténue, esta opção propõe limitar a isenção conferida pelos actuais regulamentos de isenção por categoria às empresas com quotas de mercado inferiores a um determinado limiar [40 %]⁽⁵⁾. Sugestões quanto à forma de limitar qualquer problema de "avalanche" de notificações ou de insegurança jurídica susceptível de ocorrer nos casos que excedam o referido limiar incluem: isenção apenas na condição de não se verificar qualquer discriminação em matéria de preços entre os diferentes Estados-membros. As disposições especiais aplicáveis à cerveja e à gasolina limitariam igualmente o âmbito de aplicação da isenção para além do limiar de uma quota de mercado de [40 %].

OPÇÃO IV - REDUZIR O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 85º

43. Em resposta às críticas no sentido de que as isenções por categoria têm um efeito restritivo e que o n.º 1 do artigo 85º tem vindo a ser aplicado de forma demasiado lata às restrições verticais sem ter em conta o respectivo contexto económico e a situação de mercado, esta opção propõe, em relação às partes com uma quota de mercado inferior a [20 %], introduzir uma presunção refutável de compatibilidade com o n.º 1 do artigo 85º ("a presunção de certificado negativo"). Esta presunção de certificado negativo poderia ser instituída através de uma comunicação e, subsequentemente, à luz da experiência adquirida, no quadro de um regulamento correspondente. Esta abordagem aplicar-se-ia aos

⁽⁵⁾Abaixo deste limiar, é possível introduzir as sugestões aventadas na Opção II.

sectores de fornecimento de cerveja e gasolina apenas na medida em que o impacto cumulativo das redes paralelas não tivesse qualquer efeito significativo em termos de compartimentação do mercado. A presunção de certificado negativo podia ser refutada com base numa análise de mercado que tivesse em conta factores como a estrutura de mercado (por exemplo, oligopólio), os entraves de acesso, o grau de integração do mercado único ou o impacto cumulativo das redes paralelas.

44. Acima do limiar de [20 %] existem duas variantes:

- Variante I: regulamentos de isenção por categoria com um âmbito de aplicação mais vasto, conforme descritos na opção II.
- Variante II: aplicação da opção III com regulamentos de isenção por categoria de alcance mais vasto até uma quota de mercado de 40 % mas inaplicabilidade ou alcance limitado das isenções por categoria para além deste limiar.

As variantes relativas à cerveja e petróleo supra [20 %] seriam as descritas nas opções II e III para estes sectores.

* * * * *

OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE AS OPÇÕES

45. Embora a Comissão se manifeste na disponibilidade de proceder a consultas e debater eventuais alterações à sua política, é de sublinhar que a política e as regras actualmente vigentes serão aplicadas até serem por ela alteradas.

46. A Comissão muito agradecerá que as observações formuladas sobre as opções incidissem sobre os seguintes aspectos, os quais devem ser globalmente tomados em consideração na escolha de uma opção.

- preocupações da política da concorrência do ponto de vista substancial

- em que medida a opção estabelece uma distinção eficaz entre os efeitos favoráveis e prejudiciais à concorrência decorrentes dos acordos; até que ponto facilita a integração de mercado; até que ponto permite a introdução de novas e inovadoras formas de distribuição; os consumidores beneficiam de uma quota equitativa dos benefícios? E qual é a posição em relação à utilização de limiares sob a forma de quotas de mercado enquanto norma para a aplicação da política da concorrência?

- preocupações do ponto de vista processual e jurídico

- até que ponto a opção garante a segurança jurídica e uma aplicação rápida e eficiente das normas sem criar o problema da "avalanche" de inúmeras notificações individuais e em que medida permite a descentralização e a abordagem do tipo "balção único"?

- até que ponto pode a opção ser implementada sem a alteração das actuais práticas da Comissão (por exemplo, ofícios de arquivamento) ou respectivas regras (por exemplo, regulamentos da Comissão); ou em que medida seriam necessárias importantes alterações jurídicas do ponto de vista substancial (por exemplo, regulamentos do Conselho)?

O endereço para o qual devem ser enviadas as observações figura após o ponto 306.

INTRODUÇÃO AO LIVRO VERDE E CONVITE A TERCEIROS PARA A APRESENTAÇÃO DAS SUAS OBSERVAÇÕES

I. Importância das restrições verticais para a política comunitária da concorrência

1. A integração das diferentes economias dos Estados-membros e a criação de um mercado único constituem objectivos políticos primordiais da União Europeia (artigo 2º). Um dos instrumentos utilizados para a integração do mercado comum tem sido a instituição de um sistema de concorrência não falseada (ponto 3 do artigo G). Esta integração baseada numa concorrência não falseada é hoje em dia largamente reconhecida como um dos elementos-chave da competitividade industrial europeia nos mercados globais mais vastos e como uma forma de acelerar o crescimento e a criação de emprego. A política comunitária da concorrência, por conseguinte, ao invés da política de concorrência dos Estados-membros ou dos seus parceiros comerciais não deve apenas tomar em consideração a necessidade de um sistema de concorrência não distorcida como também o objectivo da integração do mercado.

2. Devido a este objectivo de integração, a relação entre produtores e distribuidores e as outras relações verticais na cadeia de distribuição têm merecido uma preocupação especial por parte da política comunitária da concorrência. Os produtores têm relações verticais com fornecedores de componentes ou de matérias-primas em cadeias de distribuição caracterizadas pela sua crescente complexidade. A maioria dos produtores recorre igualmente a distribuidores especializados, frequentemente com intermediários especializados (por exemplo grossistas) para atingir os seus consumidores finais. Estas relações verticais e de distribuição são necessárias para:

- uma distribuição eficiente, uma vez que os produtores nem sempre dispõem das aptidões ou dos conhecimentos necessários em matéria de distribuição, podendo os distribuidores especializados beneficiar frequentemente de economias de escala ou de gama através da distribuição simultânea de muitos produtos; e
- a penetração em novos mercados, dado que uma relação com um distribuidor local com conhecimento específico dos mercados em que o produto será lançado pode aumentar as possibilidades de êxito e reduzir os riscos concomitantes.

3. Para além de promover a eficiência e a integração do mercado, estas restrições verticais podem igualmente suscitar problemas do ponto de vista da política da concorrência, por exemplo:

- a organização de um sistema de distribuição com distribuidores exclusivos designados em cada Estado-membro pode facilitar a compartimentação do mercado único numa base nacional; ou
- se vários fabricantes concorrentes entre si subordinarem todos os distribuidores existentes num dado território através de contratos exclusivos, tal pode criar entraves de acesso aos novos produtores no mercado, uma vez que estes últimos não poderão aceder ao sistema de distribuição.

Assim, as restrições verticais constituem motivo de especial preocupação para a política comunitária da concorrência.

II. Âmbito de aplicação do Livro Verde

4. Existe uma grande diversidade de sistemas de distribuição e de relações verticais numa economia moderna complexa. Com efeito, à medida que as empresas recorrem cada vez mais ao abastecimento externo e a serviços especializados como os prestados pelos distribuidores, a cadeia de abastecimento ou a cadeia logística torna-se mais vasta. Consequentemente, as relações verticais podem vir a assumir crescente importância. No entanto, para efeitos analíticos, a Comissão distinguiu quatro tipos de sistemas de distribuição, a saber:

- venda exclusiva em que um produtor se compromete a vender apenas a um determinado distribuidor num dado território;
- compra exclusiva em que um distribuidor se compromete a abastecer-se apenas junto de um único produtor no que diz respeito ao produto em causa (o que sucede nomeadamente no caso da cerveja e da gasolina);
- franquias em que é atribuído a um franqueado um território em regime de exclusividade no qual pode explorar o saber-fazer e os direitos de propriedade intelectual do franqueador e vender sob um formato normalizado;
- distribuição selectiva em que os distribuidores são escolhidos em função de critérios objectivos, necessários para a distribuição eficiente do produto em causa e em que os distribuidores podem apenas vender quer aos consumidores finais (aos quais prestam normalmente um serviço para além do produto) ou a outros distribuidores seleccionados que preenchem certos critérios objectivos. Este sistema é nomeadamente aplicado em relação a certos produtos de alta tecnologia (por exemplo, alguns produtos electrónicos destinados ao grande público) ou bens de luxo (perfumes).

5. A Comissão desenvolveu uma política específica para estes quatro tipos de distribuição. Em relação aos primeiros três tipos⁽¹⁾, esta foi compilada em regulamentos da Comissão e, no que respeita ao último, nas decisões individuais, bem como na prática da Comissão.

6. O presente Livro Verde abrange todas as relações verticais na cadeia de distribuição, embora a tónica predominante seja colocada nos quatro tipos de distribuição acima enumerados⁽²⁾. Dado que (quase) toda a actividade moderna económica envolve relações verticais, a política comunitária da concorrência neste domínio revela-se, mais do que em qualquer outro, do interesse de um grande número de empresas. O presente Livro Verde não se debruçará directamente sobre questões relacionadas com o poder de compra. Embora se verifique alguma sobreposição, estas questões devem ser tratadas de forma separada.

⁽¹⁾Regulamentos (CEE) n.ºs 1983/83, 1984/83 da Comissão (ver também Comunicação 84/c 101/02 da Comissão) e 4087/88. Todos os regulamentos e comunicações, bem como outros textos legais fundamentais constam da publicação intitulada "Direito da concorrência nas Comunidades Europeias, Vol. 1A Regras aplicáveis às empresas". Comissão Europeia 1994.

⁽²⁾O presente Livro Verde não abrange os veículos automóveis (que foram objectos de um recente Regulamento da Comissão (1475/95) nem qualquer relação vertical visando o licenciamento de direitos de propriedade intelectual nem agentes comerciais (que são objecto de exercícios separados). Deve ser ainda lembrado que geralmente o Artigo 85 aplica-se à produção e ao comércio de produtos agrícolas. No entanto, o n.º 1 do Artigo 85 não se aplica a acordos que constituem parte integral de uma organização do Mercado Comum.

III. Objectivo do Livro Verde

7. O objectivo do Livro Verde é o de empreender um importante exame da política aplicável às restrições verticais. A política actual foi desenvolvida e tem vindo a evoluir com vista a enfrentar com êxito as transformações registadas nos últimos 30 anos. No entanto, considera-se actualmente necessário um exame devido ao seguinte:

- os três regulamentos que regem os contratos de compra e venda exclusiva (incluindo as disposições especiais relativas à cerveja e às estações de serviço), bem como os contratos de franquia findarão e o exame contribuirá para preparar a sua prorrogação com a introdução das eventuais alterações relevantes;
- foi já adoptada a maior parte da legislação relativa ao mercado único. Por conseguinte, no futuro, os entraves privados (por exemplo, acordos entre empresas) podem adquirir uma maior importância em relação aos entraves públicos enquanto factores responsáveis pela compartimentação do mercado único;
- verificaram-se importantes transformações tanto a nível da estrutura da distribuição final como a nível da organização logística (devido largamente à aplicação da tecnologia da informação), o que é susceptível de ter implicações para a política comunitária em matéria de restrições verticais.

8. O Livro Verde expõe a actual situação económica e jurídica quanto às restrições verticais, bem como os resultados de um inquérito realizado neste âmbito. A tónica será colocada na integração do mercado, bem como em questões conexas puramente relacionadas com a concorrência. Este exercício permitiu à Comissão identificar uma série de opções possíveis quanto à futura orientação da política a adoptar em matéria de restrições verticais. (Ver Síntese Preliminar e Capítulo VIII relativo às opções).

IV. Convite para a apresentação de observações

9. A Comissão transmitirá o presente Livro Verde ao Parlamento, aos Estados-membros, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões. A Comissão encetará um diálogo com estes parceiros e convida-os a manifestar a sua posição sobre o Livro Verde e as respectivas opções nele delineadas.

10. Com a publicação do Livro Verde, a Comissão convida igualmente todos os terceiros interessados - produtores, distribuidores, organismos de consumidores e representantes dos trabalhadores - a apresentar as suas eventuais observações. Os terceiros são nomeadamente convidados a tecer observações sobre as diferentes opções apresentadas, devendo justificar a sua escolha mediante a apresentação dos devidos elementos comprovativos de índole quantitativa ou outros. Devem igualmente apresentar a sua opinião sobre a forma mais eficaz de implementar a opção escolhida e as alterações legislativas a ela inerentes. A Comissão pode decidir convocar audiências findo o prazo para a apresentação das observações por escrito caso haja um interesse suficiente e se considerar que as observações formuladas justificam a realização das referidas audiências.

O presente processo de consulta com todos os parceiros socioeconómicos interessados permitirá subsequentemente à Comissão decidir sobre a orientação e a forma da política a adoptar neste domínio atendendo plenamente a todos os factos e opiniões.

11. O endereço para o qual devem ser enviadas as observações figura após o ponto 306.

12. Embora a Comissão se manifeste na disponibilidade de proceder a consultas e debater eventuais alterações à sua política, é de sublinhar que a política e regras vigentes continuarão a ser aplicadas até serem por ela alteradas.

* * * * *

Capítulo I

ESTRUTURA DE DISTRIBUIÇÃO

I. Introdução

13. O presente capítulo tem por objectivo apresentar uma breve panorâmica geral do sector da distribuição e assinalar as alterações e tendências registadas na estrutura da distribuição susceptíveis de serem relevantes para a política da concorrência da União Europeia em matéria de restrições verticais⁽³⁾. É de reconhecer desde o início que se verificam importantes divergências na estrutura da distribuição entre os Estados-membros da CE e que muitas das transformações e tendências verificadas no sector da distribuição e identificadas no presente capítulo são difíceis de avaliar visto que o seu grau varia consoante os Estados-membros e os sectores de distribuição sendo, não obstante, importantes para compreender as implicações das restrições verticais sobre as relações concorrenciais entre as empresas da CE e a criação e manutenção do mercado único. No presente capítulo, por "distribuição" deve entender-se o termo mais genérico, englobando todas as actividades comerciais entre produtores e consumidores, em que estes últimos podem ser transformadores, fabricantes ou consumidores finais.

14. A distinção entre fabrico, venda grossista e sector retalhista tem vindo a tornar-se cada vez mais nebulosa. Actualmente, o fabricante assume muitas vezes, de forma parcial ou total, as funções correspondentes à distribuição grossista, enquanto alguns retalhistas exercem actividades tanto a nível da distribuição grossista como a nível do fabrico. Tal torna extremamente difícil analisar estes sectores de forma independente ou interpretar os respectivos dados estatísticos. Estes subsectores são cada vez mais considerados como actividades que constituem parte integrante de uma única cadeia de distribuição desde o fornecimento das matérias-primas até ao fabrico e distribuição ao utilizador final. No presente capítulo, os termos "fabricante" e "fornecedor" são utilizados como sinónimos para descrever empresas que constituem o primeiro elo na cadeia de abastecimento para um determinado produto (os fornecedores a jusante na cadeia de abastecimento são denominados grossistas ou retalhistas).

II. Importância da distribuição

15. A maioria das mercadorias e muitos serviços procedem do produtor para o consumidor através de um processo de comercialização e/ou distribuição. A distribuição deve ser considerada não apenas como um sector mas também como um processo ou uma função na economia. Desempenha uma função de valor acrescentado por direito próprio. No início da década 90, cerca de 4,5 milhões de empresas (29,4 % do total) na Comunidade Europeia (CE) desenvolviam actividades no sector da distribuição, dos quais

⁽³⁾A Direcção-Geral XXIII da Comissão publicou um anúncio de concurso relativo a um estudo da "Estrutura e tendências do comércio na Comunidade Europeia" cuja conclusão está prevista para 1996 (JO n.º C 228 de 2.9.95, p. 17). Este e outros estudos relevantes que serão subsequentemente divulgados, podem ser tomados em consideração durante o processo de consulta que decorrerá na sequência da publicação do presente Livro Verde.

3,4 milhões no sector retalhista e 1,1 milhão no sector grossista.⁽⁴⁾ Esta percentagem pode variar de forma considerável consoante os diferentes Estados-membros, cifrando-se em cerca de 20 % na Dinamarca e na Bélgica e atingindo 40 % na Grécia⁽⁵⁾. Os sectores da distribuição empregavam aproximadamente 22 milhões de pessoas na CE em 1994 (15,6 % do emprego total). Em 1991, 12,9 % de todo o valor acrescentado na CE foi gerado no sector da distribuição, variando desde 10 % na Alemanha até 17 % em Portugal.

16. A viabilidade a longo prazo de qualquer membro individual de uma cadeia de abastecimento tem vindo a depender cada vez da capacidade da cadeia no seu conjunto de concorrer com as cadeias de outros operadores económicos. Por este motivo, os membros de uma cadeia podem procurar influenciar o seu funcionamento. O controlo completo pode ser obtido mediante a aquisição dos outros membros da cadeia, isto é, a integração vertical. Embora muitos produtores não disponham dos recursos financeiros necessários para a venda directa aos consumidores finais, os grossistas e/ou retalhistas são utilizados sobretudo devido à sua maior eficiência na colocação das mercadorias à disposição dos clientes visados. Sempre que, conforme sucede na maioria dos sistemas de distribuição, não se verifique qualquer integração vertical no que respeita a parte ou à totalidade da cadeia de abastecimento, as relações podem ser regidas por restrições verticais, questão que é objecto do presente Livro Verde.

III. Distribuição grossista

Descrição

17. A venda grossista é uma actividade difícil de definir com diferentes conotações nos vários Estados-membros da CE. A sua função evoluiu ao longo do tempo e diferentes tipos de organizações grossistas coexistem ainda em fases de desenvolvimento diversas. A classificação NACE rev. 1 define a distribuição grossista como "unidades cuja actividade económica consiste, principalmente, em revender mercadorias em nome próprio a retalhistas, ou utilizadores industriais, comerciais, institucionais ou utentes profissionais, ou a outros comerciantes por grosso".

18. Os grossistas compram sobretudo aos fabricantes e vendem principalmente aos retalhistas, utentes industriais e outros grossistas. Os grossistas desempenham muitas funções de valor acrescentado, incluindo a venda e a promoção, a compra e criação de gamas de produtos, a divisão em lotes, a armazenagem, o transporte, o financiamento, a assunção de riscos, o fornecimento de informações de mercado e a prestação de serviços de gestão. Ao longo da cadeia de distribuição, as funções necessárias para a realização do processo económico podem ser desempenhadas quer por empresas grossistas independentes, quer a montante ou a jusante na cadeia de distribuição pelas empresas comerciais dos fornecedores ou pelos departamentos de compra dos adquirentes. Em geral, os grossistas são apenas utilizados pelos fabricantes ou adquirentes quando revelam uma maior eficiência no desempenho de uma ou mais destas funções de valor acrescentado.

⁽⁴⁾Ver anexo relativo às estatísticas do "Livro Verde sobre o Comércio" da Comissão, COM(96)530 de 20.11.1996

⁽⁵⁾As definições e os métodos estatísticos para o processamento de dados sobre a distribuição nas contas nacionais denotam consideráveis divergências. Um sistema de classificação harmonizada (NACE Rev. 1) entrou em vigor apenas em 1993.

19. A comercialização grossista é descrita por certos analistas como uma função que colma as lacunas nas cadeias de distribuição em termos de espaço, tempo, volume ou preços. De modo geral, a venda grossista apenas deve ser examinada ao abrigo das regras comunitárias da concorrência em matéria de restrições verticais quando o acesso a esta função é limitada a certas mercadorias (por exemplo, distribuição exclusiva) ou é apenas possível ao abrigo de acordos restritivos (por exemplo, compra exclusiva e restrições em matéria de clientela). A existência de grossistas afigura-se igualmente importante em termos de acesso ao mercado, nomeadamente, para as pequenas e médias empresas. Os grossistas que não actuam numa base exclusiva podem igualmente desempenhar um importante papel na obtenção de preços mais vantajosos, nomeadamente nos sectores em que os retalhistas não dispõem de recursos suficientes para proceder a actividades significativas de importação e exportação. A informação limitada sobre os grossistas tende a indicar que, para estas empresas, os mercados estrangeiros são mais importantes para efeitos de abastecimento do que para vendas, embora seja certo que facilitam as exportações.

Tendências

20. A economia europeia tem vindo a atravessar um processo de transformação que se tem repercutido sobre a cadeia de distribuição e a posição dos grossistas. Uma maior concentração e integração no sector retalhista alterou a posição do sector grossista, intermediário tradicional entre os fabricantes e os estabelecimentos de venda a retalho. Uma tendência patente tem sido a absorção das funções do grossista pela cadeia retalhista, sendo provável a prossecução desta tendência. A evolução a nível da tecnologia da informação e dos modernos sistemas de distribuição conduziu a uma transferência do controlo sobre as existências dos grossistas para os retalhistas (por exemplo, o acesso à informação dos estabelecimentos de venda permite às cadeias retalhistas de maior dimensão prever a procura de forma mais exacta, reduzindo assim os seus níveis de existências e os seus prazos de entrega). Outra tendência tem sido a redução no número de distribuidores nacionais independentes, nomeadamente nos sectores dos produtos alimentares e das bebidas, em que os fabricantes confiam a distribuição nacional dos seus produtos às suas filiais a 100 %.

21. Nalguns casos, os grossistas procuram oferecer serviços suplementares aos retalhistas em áreas como, como exemplo, o controlo financeiro e o controlo das existências, a criação de novos estabelecimentos de venda a retalho, o desenvolvimento de uma imagem comum, etc. Alguns grossistas criaram as denominadas cadeias voluntárias que envolvem a aquisição central por conta dos seus membros. Estas cadeias associam empresas distintas (tanto grossistas como retalhistas) de modo a permitir-lhes concorrer de forma mais eficiente com as grandes empresas integradas mediante a utilização comum de uma única cadeia de abastecimento, moderna e eficiente.

22. No mercado dos serviços de distribuição, têm vindo a penetrar novas entidades como, por exemplo, especialistas de armazenagem e de distribuição física para a prestação de serviços de distribuição a nível europeu aos grandes fabricantes. Estes prestadores de serviços logísticos não participam no processo comercial na mesma medida que os grossistas (isto é, não detêm direitos de propriedade sobre os produtos em causa). Estes especialistas podem assumir o controlo das actividades logísticas da indústria transformadora e dos grossistas visto que dispõem de sistemas de informação e se encontram implantados em toda a Europa. Integram-se frequentemente nas grandes

empresas de transporte que desejam investir na criação destes serviços, sendo as suas margens substancialmente mais reduzidas do que as do sector grossista.

23. Confrontados com a descida das taxas de remuneração no sector grossista e a integração de outros membros na cadeia de abastecimento, muitos grossistas reestruturaram as suas operações com vista a aumentar o seu poder de aquisição, as economias de escala e o valor acrescentado, reduzindo simultaneamente os custos de exploração. Três estratégias têm sido particularmente significativas neste contexto. A primeira consiste na criação da cadeia voluntária supramencionada em que o grossista tem procurado desempenhar o papel preponderante no reagrupamento de pequenos adquirentes mediante a aquisição centralizada, a prestação de serviços comuns ou mesmo a utilização de uma única designação comercial. A segunda consiste na diversificação das operações dos grossistas noutros mercados, nomeadamente, no sector retalhista. A terceira estratégia de relevo ocorre nos casos em que os grossistas transferem as suas actividades do comércio por entrega para os armazéns "Cash and Carry", em que os pequenos retalhistas reúnem e pagam as suas mercadorias, e a partir dos quais asseguram a função de transporte.

24. Nalguns sectores como o farmacêutico, o comércio grossista europeu detém uma posição muito sólida, enquanto noutros as suas funções foram integradas com as de fornecedores ou adquirentes. Alguns fabricantes têm vindo a concentrar-se nas suas actividades nucleares, transferindo as suas outras actividades comerciais, incluindo a distribuição, para especialistas com melhores conhecimentos locais, técnicos e logísticos. Aparentemente, muitos grossistas aumentaram ou estão em vias de aumentar o seu poder de aquisição face aos produtores mediante o desenvolvimento ou alargamento das redes de distribuição dos comerciantes independentes. O desenvolvimento, por parte do grossista, de serviços que se revertem em benefício dos seus clientes retalhistas permitir-lhe-á igualmente incorporar um "valor acrescentado" superior nas suas actividades comerciais.

IV. Distribuição a retalho

Descrição

25. A venda a retalho representa um sector dinâmico e complexo que envolve uma grande diversidade de empresas de escala variável. A sua estrutura reflecte as características culturais da sociedade em que se integra e a evolução a nível regulamentar, sociológico, económico e tecnológico repercute-se sobre o sector a retalho. Entre estes factores, cabe destacar os padrões populacionais e as tendências sociais conexas (por exemplo, envelhecimento da população, mobilidade, desenvolvimento urbano e propriedade de veículos automóveis). Existe uma maior densidade de estabelecimentos de venda nos países mediterrânicos (nomeadamente, Grécia, Portugal e Itália) do que na maioria dos países do norte da Europa, devido à grande proporção de empresas familiares e outros pequenos comerciantes a retalho. Em 1992, 32 % dos estimados 3,8 milhões de estabelecimentos de venda a retalho na CE consagravam-se à venda a retalho de produtos alimentares, 58 % à venda a retalho de produtos não alimentares e 10 % ao sector automóvel. Nos países mediterrânicos, caracterizados por uma elevada percentagem de proprietários únicos, o número de estabelecimentos locais é quase equivalente ao das empresas a retalho. Na Europa do norte, contudo, área em que existe uma maior concentração, a diferença entre o número de empresas e o de estabelecimentos de venda tem vindo a aumentar todos os anos, à medida que um pequeno número de empresas

adquire o controlo de redes de estabelecimentos de venda de dimensão cada vez maior. O volume de negócios do sector retalhista, a preços constantes, aumentou quase 20 % na CE (excluindo a Espanha, a Itália e Portugal) no período compreendido entre 1985 e 1991. A venda a retalho representa um importante empregador na CE. Em 1990, o emprego no sector de venda a retalho na CE cifrava-se em aproximadamente 13,3 milhões de postos de trabalho, o que representa 10 % do emprego total.

26. O consumo das famílias é o factor determinante mais significativo para a actividade do comércio a retalho. Em 1990, o consumo corrente, que corresponde aos gastos no sector a retalho, representou quase 53 % do consumo total das famílias na CE. O consumo corrente excede a média comunitária em Portugal (66,1 %) e na Irlanda (64,6 %). Nestes países, a quota dos produtos alimentares chega a atingir 40 %, em comparação com apenas 16,6 % na Alemanha, 18,4 % nos Países Baixos e cerca de 19 % na Bélgica e em França. A análise sectorial do consumo das famílias revela a persistência de uma vasta diversidade em termos de níveis de vida, clima, cultura e hábitos. Os mercados para determinadas categorias de produto (por exemplo, cosméticos, veículos automóveis, bens de luxo) têm vindo a evoluir em direcção a um certo grau de homogeneidade. Persistem diferenças regionais para produtos como produtos alimentares, vestuário e calçado. A normalização dos produtos a nível comunitário constitui, por conseguinte, um processo moroso; os retalhistas precisam de estar plenamente conscientes das necessidades dos consumidores e dos padrões de vida locais.

27. Os entraves em matéria de acesso ao sector retalhista podem, em certas circunstâncias, aumentar os efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais. Um relatório de 1994 sobre o emprego elaborado pelo McKinsey Global Institute ("Report on Employment Performance") contém um estudo sobre o emprego no sector a retalho. O estudo revela que a criação de postos de trabalho neste sector na Europa é inferior à registada nos Estados Unidos e identifica uma série de problemas para os decisores políticos. No que se refere ao sector retalhista, o estudo conclui que "as restrições nos mercados de produto representam os entraves mais evidentes à criação de emprego e os mais fáceis de suprimir. As restrições em matéria de horários de abertura, as restrições excessivas a nível da regulamentação urbanística e o poder de veto detido pelos retalhistas existentes limitaram a criação de estruturas de venda a retalho de maior valor acrescentado e de postos de trabalho, bem como as oportunidades de consumo à disposição dos consumidores. Estas restrições não asseguraram a sobrevivência dos retalhistas existentes que se destinavam a proteger, conforme revela o rápido declínio no número de armazéns individuais em França, Alemanha e Japão (...). Saldaram-se apenas por limitar o número de novos postos de trabalho, o que conduziu, por seu turno, a uma diminuição do emprego, a um rendimento nacional mais baixo e a condições mais desvantajosas para o consumidor". A tendência observada nos últimos anos nos Estados-membros do relaxamento de restrições sem comprometer objectivos de carácter social, de emprego ou de planeamento deve ser encarada de forma positiva.

28. A venda a retalho é o último elo na cadeia de distribuição entre o consumidor e o fabricante do produto no que respeita à maioria dos bens de consumo. No entanto, são raros os fabricantes que possuem os seus próprios estabelecimentos de venda a retalho. Confiam esta actividade a retalhistas especializados devido quer às suas economias de escala e de gama, quer ao seu capital ou aos seus conhecimentos locais. Na sua forma mais simples, a venda a retalho é a actividade que coloca à disposição dos consumidores mercadorias e serviços para efeitos de compra e consumo. O papel dos retalhistas na cadeia de distribuição varia em função das características dos produtos e dos serviços

relevantes e do tipo e da natureza das relações comerciais com terceiros envolvidos na cadeia. Normalmente, a venda a retalho não cria em si bens e serviços, pelo que as actividades desempenhadas pelos retalhistas reflectem este papel. Actualmente, a actividade de venda a retalho incorpora crescentemente "valor acrescentado" aos produtos e serviços e torna-os mais atractivos para os consumidores. É cada vez maior o número de cadeias retalhistas de produtos alimentares que oferecem uma vasta gama de produtos sob as suas próprias marcas privadas. Algumas cadeias retalhistas têm igualmente vindo a criar uma marca que é vendida no exterior dos seus estabelecimentos de venda. Nos países da Europa Ocidental, assiste-se a uma maior integração a montante, o que significa que um volume cada vez maior de produtos de grande mobilidade são entregues directamente pelos fornecedores aos estabelecimentos de venda a retalho. Esta tendência é devida à redução dos prazos normais de transporte e a uma tecnologia da informação mais sofisticada.

29. Embora alguns fabricantes ofereçam produtos que são comercializados em todos os países europeus sob a mesma marca, e as cadeias retalhistas tenham vindo a desempenhar cada vez mais actividades transfronteiras, a actividade de venda a retalho não constitui uma única entidade internacional homogénea. Não obstante a sua crescente importância, a internacionalização circunscreve-se ainda a certos grupos retalhistas, bem como a certos países. No início da década de 90, 75 % das operações de venda a retalho de produtos alimentares a nível internacional na CE eram controladas apenas por três países, a saber, Alemanha, França e Reino Unido. A noção de que "a venda a retalho constitui uma actividade local" é ainda correcta, não apenas devido a determinadas diferenças culturais, delimitadas geograficamente mas também devido a técnicas de organização e de venda. Muitos retalhistas transfronteiras tiveram de adaptar a sua oferta por forma a satisfazer os hábitos dos consumidores locais e continuam a abastecer-se a nível nacional e não com base em modalidades e condições a nível europeu.

Tendências

30. A venda a retalho representa um sector extremamente dinâmico e em rápida mutação com elevados índices de criação e desaparecimento de empresas, nomeadamente, entre os retalhistas de dimensão mais reduzida. Ao passo que a existência de estabelecimentos de venda independentes abastecidos por grossistas constituía a norma geral em muitos países na década 50, as cadeias de sucursais múltiplas têm vindo a desempenhar um papel significativo em muitos países. Na maior parte do norte da Europa, os grandes retalhistas representam mais de 50 % das vendas a retalho. Com a possível excepção da Suécia e Finlândia, países em que grupos de comerciantes asseguram a sobrevivência de muitos pequenos operadores, o norte da Europa possui, em geral, a rede mais desenvolvida de postos de venda, controlando os estabelecimentos de maior envergadura um importante volume de comércio. A tendência de concentração é mais acentuada no sector alimentar do que nos restantes sectores. Na maior parte da Europa do Norte, os cinco principais retalhistas de produtos alimentares em cada Estado-membro representam mais de 50 % das vendas a retalho de produtos alimentares. No sul da Europa, a venda a retalho é menos concentrada, prevalecendo unidades de menor dimensão. A concentração a nível da distribuição reflecte uma tendência análoga na indústria transformadora. Tal é igualmente comprovado pelo desenvolvimento das marcas

próprias dos retalhistas e pelo declínio das marcas secundárias nalguns Estados-membros⁽⁶⁾.

31. De todos os participantes na cadeia de distribuição, o retalhista é o que se encontra mais próximo do consumidor tendo vindo a utilizar cada vez mais os conhecimentos decorrentes desta posição para desenvolver actividades em maior sintonia com as exigências do consumidor. As empresas neste sector reconheceram que as percepções dos consumidores quanto à organização e estrutura dos armazéns são fundamentais para a venda a retalho, tendo reagido de forma consequente. Por um lado, em relação a alguns segmentos de venda a retalho, verifica-se a tendência de passar de uma oferta a retalho em massa para uma oferta a retalho especializada, particularmente visível nos pontos de venda de menor dimensão. O objectivo consiste em explorar os segmentos de mercado especializados, identificar os clientes visados e assegurar uma oferta a retalho destinada a satisfazer estas necessidades. Por outro lado, para muitos consumidores, uma oferta a retalho "em massa" ou de carácter genérico é ainda adequada para determinadas necessidades. O crescimento e a generalização de estabelecimentos de venda de grande dimensão de produtos alimentares (hipermercado ou supermercado) atesta tal facto. No entanto, mesmo no sector dos grandes armazéns, normalmente associado à venda a retalho em massa, tem vindo a registar-se uma certa especialização neste domínio. Os grandes armazéns especializados têm vindo a desenvolver muitas categorias de produtos (mobiliário, centros de "faça você mesmo", vestuário, calçado, discos e brinquedos), e muitos armazéns têm adaptado as suas gamas de produto, tornando-se na prática grandes especialistas têxteis.

32. Cada tipo de estabelecimento de venda (por exemplo, grande armazém, hipermercado e lojas especializadas de grande escala) pode ser comparado com um produto com um ciclo de vida específico. Na Alemanha, França e Reino Unido, os armazéns e os estabelecimentos de venda convencionais do estilo "self-service" (supermercados e minimercados) têm vindo a registar um declínio no seu crescimento. As lojas especializadas de grande escala nos subúrbios e os armazéns de desconto, as cadeias especializadas e os estabelecimentos de conveniência nos centros urbanos têm vindo a atravessar uma fase de crescimento. À medida que têm vindo a desaparecer determinadas formas tradicionais de venda a retalho, estas têm vindo a ser substituídas por outras. As novas formas são geralmente mais modernas e mais bem adequadas aos requisitos locais. A fase atingida por um determinado tipo de estabelecimento de venda não é idêntica em todos os países. O hipermercado tem conhecido uma rápida expansão no sul da Europa (Espanha, Itália, Grécia e Portugal), mas o seu crescimento tem sofrido uma desaceleração no norte da Europa.

33. Para além do "marketing" que constitui um factor fundamental para o aumento das vendas, os quadros no sector retalhista têm vindo a centrar as atenções nas estruturas dos custos. Por esse motivo, é atribuída uma maior importância à maximização dos benefícios que advêm do poder de compra através do aumento das economias de escala e de eficiência. A escala prende-se com o volume de produtos vendidos no âmbito de uma gama de produtos, o crescimento das vendas através do desenvolvimento interno, aquisição ou colaboração. A diversidade das gamas de produto e o número de marcas armazenadas tem igualmente repercussões sobre o poder de compra, uma vez que o volume das vendas se concentra ou se dispersa ao longo das gamas ou marcas. A

⁽⁶⁾Sobre a questão do declínio das marcas secundárias, ver também Capítulo VII.

eficiência na tomada das decisões e a centralização ou a coordenação das compras incrementa igualmente o poder de compra detido. Da perspectiva da política da concorrência, é importante reconhecer que esta eficiência pode ser perdida quando um retalhista desenvolve actividades comerciais paralelas ou recorre a outras fontes fora da sua cadeia de abastecimento normal⁽⁷⁾. Embora os preços de compra sejam importantes, nenhum retalhista separa os preços de aquisição dos custos de transporte, de armazenagem e das despesas administrativas, nem do impacto do abastecimento sobre a eficiência da cadeia de abastecimento. Os estabelecimentos de venda a retalho de produtos alimentares optimizam, em especial, a gestão dos expositores de venda, um factor determinante nas decisões de compra. Estreitamente associado ao custo de compra, nomeadamente no que respeita aos retalhistas com elevado volume de vendas, encontra-se a gestão da entrega e a distribuição dos produtos aos armazéns e clientes. Uma nítida tendência na Europa tem sido a centralização da distribuição física, em que os fornecedores procedem a entregas junto de um ponto central tendo em vista a sua redistribuição posterior em detrimento das entregas directas nos armazéns. Frequentemente, este processo pode envolver a subcontratação desta actividade a terceiros, designadamente, empresas especializadas de distribuição.

34. A gestão da cadeia de abastecimento tem vindo a tornar-se cada vez mais importante na melhoria do "marketing" e do controlo. Enquanto as modalidades e as condições de compra são ainda objecto de negociações entre os fornecedores e os retalhistas, a natureza destas discussões tem vindo a assumir cada vez mais um carácter de cooperação. A coordenação a nível da cadeia de abastecimento tem vindo a incrementar, melhorada pela informação acrescida sobre o fluxo dos produtos e pelo crescente poder dos retalhistas que velam pela imagem de qualidade dos estabelecimentos de venda. A conjugação de actividades, produtos e serviços prestados pelos retalhistas incorpora "valor acrescentado" ao produto de base e propicia uma forma de diferenciação em relação aos concorrentes. O crescimento na publicidade efectuada pelos retalhistas reflecte esta tendência, tal como o desenvolvimento das gamas de produtos de marca própria do retalhista. O papel da marca própria dos retalhistas mudou, nomeadamente no sector dos produtos alimentares. O posicionamento inicial no mercado destas marcas de produtos alimentares consistia numa alternativa de baixo preço/menor qualidade às marcas dos fabricantes. Contudo, uma vez que estas marcas comportam a designação do retalhista e são apenas vendidas nos seus estabelecimentos de venda, estas foram reposicionadas, a sua qualidade melhorou e encontram-se cada vez mais associadas ao lançamento de novos produtos. Nalgumas cadeias de venda a retalho de produtos alimentares, as marcas próprias representam já 30 % da gama de produtos de grande mobilidade.

35. Todos estes aspectos operacionais foram assistidos pela introdução da tecnologia no sector a retalho e pelo desenvolvimento de técnicas de gestão. Inicialmente, o investimento na tecnologia foi impulsionado pelo desejo de obter uma melhor gestão dos activos e as concomitantes melhorias de produtividade. É cada vez maior o número de empresas a retalho que reconhece o contributo potencial da tecnologia da informação para o "marketing" e a tomada de decisões estratégicas em matéria de gestão. A aceitação de normas universais que permitem a identificação de produtos, a transmissão de dados e o processamento electrónico foi fulcral para a adopção da tecnologia no sector retalhista. Por exemplo, sem acordos sobre as normas em matéria de código de barras, não teria sido

⁽⁷⁾Ver pontos 41 e 45 do presente capítulo sobre outras eventuais perdas em matéria de eficiência.

levado a cabo o investimento em equipamento de identificação de produtos como, por exemplo, leitores de código de barras. O investimento nestas tecnologias propiciou a infra-estrutura de informação em que se baseiam as tecnologias de aplicação como, por exemplo, a transferência electrónica de fundos no ponto de venda (EFT-POS) e a transferência electrónica de dados (EDI). Estas tecnologias de aplicação asseguram a base de informação para uma melhor gestão por parte dos retalhistas e facilitam o contacto directo entre o fabricante, o fornecedor e os sistemas de informação sobre a venda ao público. Permitiram também aos retalhistas de grande dimensão integrar as funções grossistas e desenvolver formas de distribuição alternativas.

36. Face à concorrência das grandes empresas de distribuição, muitas pequenas e médias empresas defenderam as suas quotas de mercado mediante a sua associação numa rede que lhes confere o acesso a estruturas logísticas eficientes e que lhes permite adquirir a massa crítica necessária e as devidas economias de escala. Estas associações de rede de empresas independentes são sobretudo estruturadas sob a forma de cooperativas de consumidores ou retalhistas, grupos de compra, cadeias voluntárias entre um grossista e muitos retalhistas ou mesmo sob a forma de franquias. A franquia, cujo desenvolvimento é mais recente do que a das outras redes, tem vindo a registar um rápido desenvolvimento, nomeadamente nos sectores que não o dos produtos alimentares à medida que os fabricantes procuram moldar as suas redes de distribuição. Tem conhecido o seu maior desenvolvimento em França, país em que representou cerca de 8 % do volume de negócios total das vendas a retalho em 1991. A principal vantagem da franquia em relação às outras redes é a sua maior ênfase na transferência do saber-fazer comercial e no "marketing" de uma imagem mais homogénea. Ao reunir sob uma marca comum empresas independentes de dimensões distintas, estas redes propiciam às pequenas e médias empresas a possibilidade de concorrer de forma mais eficiente com as grandes empresas de distribuição. Na Alemanha, o comércio através destas redes denota uma tendência de crescimento, correspondendo a cerca de 50 % das vendas de produtos alimentares em 1992. Em termos de volume de negócio, algumas destas redes são comparáveis às empresas de distribuição de grande envergadura (as duas principais redes independentes em França encontram-se entre os primeiros dez grupos de venda a retalho na Europa).

37. Os grandes retalhistas têm vindo a desenvolver, de forma crescente, estratégias destinadas a assegurar o crescimento e a qualidade dos seus serviços no mercado. Algumas destas estratégias incluem:

- procura de uma posição dominante no mercado do produto. Pretende-se o crescimento no mercado de produto "nuclear" à medida que as empresas procuram aumentar as suas quotas de vendas através da criação de novos estabelecimentos de venda ou através da cooperação ou da aquisição de terceiros que operam no mercado;
- diversificação para além das actividades iniciais da empresa em novos mercados de produto ou em mercados conexos;
- integração vertical, o que pode incluir actividades como funções grossistas, o desenvolvimento de produtos de marca própria e a publicidade da marca;
- a diversificação geográfica no exterior do mercado nacional. Tem sido cada vez maior o número de retalhistas que comercializa a nível internacional e que adopta uma vasta gama de estratégias de penetração no mercado. Os grandes retalhistas geram uma proporção significativa das suas vendas a partir de actividades internacionais. O envolvimento dos quadros nas operações internacionais pode

assumir formas diversas, desde uma participação financeira nas empresas existentes até à franquia e ao controlo da gestão quotidiana.

Além disso, os retalhistas de produtos alimentares têm vindo a celebrar alianças transfronteiras. Embora estas alianças não tenham aparentemente efectuado quaisquer aquisições colectivas em grande escala, facilitam frequentemente a troca de informações sobre os produtores e respectivos preços, o que exerce pressões sobre os produtores no sentido de justificar as diferenças de preço entre os vários Estados-membros. Todas estas estratégias permitiram aos retalhistas adquirir alguma influência sobre a cadeia de abastecimento, tornando-se parceiros de negociação mais equilibrados em relação aos fornecedores, tendo mesmo nalguns casos actuado como concorrentes dos mesmos.

38. As tendências registadas no sector a retalho não são uniformes em toda a CE, sendo influenciadas não apenas pelas forças concorrenciais em cada Estado-membro, como também pelos diferentes costumes nacionais e medidas que regulam a dimensão, a localização, os custos salariais, os horários de abertura e as práticas de comercialização dos estabelecimentos de venda a retalho em cada país. Verificam-se importantes divergências na estrutura da distribuição entre os Estados-membros da CE. Estas divergências decorrem não apenas do facto de este sector se encontrar em diferentes fases de desenvolvimento nos vários Estados-membros como também de diferenças culturais e regulamentares. Ao passo que as diferenças regulamentares podem ser suprimidas ao longo do tempo, as diferenças culturais são susceptíveis de persistir e continuarão a restringir a expansão orgânica dos distribuidores a retalho fora dos seus territórios nacionais. Não obstante, à medida que a internacionalização do sector a retalho nas suas diversas formas se desenvolver a partir da sua actual base restrita no decurso da próxima década, poderão aumentar as similaridades nos sistemas e nas técnicas de gestão do sector retalhista nos diferentes países. Apesar desta evolução, o sector a retalho continuará a reter, contudo, características nacionais distintas. Na maioria dos países e dos mercados de venda a retalho, o poder de compra das grandes organizações tem vindo a aumentar.

39. Embora possa ser ainda prematuro avaliar o pleno impacto desta evolução e mutações sobre a política comunitária da concorrência aplicável às restrições verticais, afigura-se que o comércio paralelo e a arbitragem constituem ainda questões importantes, dado que a distribuição no sector retalhista funciona ainda sobretudo em moldes nacionais, sendo as mercadorias fornecidas com base em modalidades e condições nacionais.

V. Alterações a nível da distribuição

Gestão e tecnologia

40. Os canais de distribuição tradicionais, constituídos por fabricantes independentes, grossistas e retalhistas, encontram-se em declínio. Estes canais tradicionais são compostos por operadores independentes que actuam em condições normais de concorrência e que procuram maximizar os seus lucros próprios em detrimento do canal no seu conjunto.

41. Toda a natureza do sector da distribuição foi transformada pela revolução da tecnologia da informação. Os sistemas de informação obrigaram as empresas a reavaliar e a adaptar as suas relações comerciais com os clientes e com os fornecedores, tendo-lhes permitido adoptar práticas comerciais mais eficientes e mais rigorosas do ponto de vista da gestão. A adopção do princípio "just in time" (JIT) pela indústria transformadora e o

seu alargamento aos sistemas de distribuição tradicionais tem tido profundas repercussões sobre a cadeia de distribuição no seu conjunto. A prática JIT baseia-se no princípio de que não devem ser fabricados quaisquer produtos, nem encomendadas quaisquer componentes até à apresentação de uma encomenda a jusante. Juntamente com a tecnologia moderna (isto é, computadores, automatização, leitores de código de barras, etc.), o JIT facilitou a transição de um processo em que os produtos são fabricados e armazenados na antecipação da procura para um processo em que é a procura dos consumidores que atrai os produtos para o mercado, sendo o fluxo das componentes igualmente determinado por essa procura na cadeia de abastecimento. A desvantagem do primeiro sistema reside no facto de dar frequentemente origem a níveis de existências mais elevados ou inferiores ao necessário. A adopção das técnicas JIT reduz o volume de existências e obriga as empresas a sanar as ineficiências ou os engarrafamentos existentes na cadeia de abastecimento. O princípio JIT envolve igualmente a transição de sistemas de grandes carregamentos para carregamentos de menor dimensão e de maior frequência, um factor que impele tanto os fornecedores como os clientes em direcção à consolidação (isto é, as entregas JIT relativas a uma série de mercadorias são consolidadas numa única entrega, reduzindo assim os custos de transporte e outros custos decorrentes de entregas menos frequentes e de dimensão mais reduzida).

42. A logística da resposta rápida, decorrente de um maior aperfeiçoamento do princípio JIT, representa um conceito utilizado para descrever a captação da procura num prazo o mais próximo possível do tempo real e da forma mais próxima possível do consumidor final. A implementação da metodologia da resposta rápida tem sido facilitada pela transferência electrónica de dados (EDI), pelo reabastecimento eficiente, pela introdução dos códigos de barra e dos respectivos leitores, etc. A evolução mais recente destes conceitos no sector a retalho tem sido a denominada resposta eficiente ao consumidor, que tem por objectivo fornecer aos consumidores produtos, serviços e diversidade ao melhor preço possível através de uma colaboração destinada a melhorar a cadeia de abastecimento.

43. A adopção de sistemas "JIT", de resposta rápida e de resposta eficiente ao consumidor no sector da distribuição implicou uma mudança na relação tradicional baseada em condições normais de concorrência entre os fabricantes, grossistas e retalhistas para uma relação de cooperação, nomeadamente, no domínio da logística⁽⁸⁾. Embora mais avançada nos Estados Unidos, foi sugerido que a cooperação entre os fabricantes de produtos e os retalhistas da cadeia de abastecimento se encontra ainda nos seus primórdios na CE devido a uma série de entraves, incluindo o sempre eterno conflito entre os fabricantes de marcas comerciais e os grandes armazéns que preferem vender as suas marcas próprias, assim como a existência de diferentes condições e modalidades comerciais nacionais. Um dos exemplos mais citados de cooperação entre um fabricante e um retalhista é o da "parceria" nos Estados Unidos entre a Procter & Gamble (P&G) e a Wal-Mart, um dos maiores retalhistas da América do Norte, em que o primeiro recebe

⁽⁸⁾É igualmente importante reconhecer a importância da integração logística enquanto instrumento concorrencial, nomeadamente nos mercados globais. Tal é claramente ilustrado num estudo de 1993 cuja elaboração foi solicitada pela Comissão Europeia e intitulado "The Evolving Competitive Challenge for the European Automotive Components Industry". Este estudo revela que, tanto em termos de produtividade como do volume de existências, o sector de componentes comunitário atingia apenas um terço do nível japonês. Um dos principais motivos aventados para esta desvantagem concorrencial foi a falta de uma "verdadeira parceria ao longo da cadeia de valor".

os dados de vendas directamente das caixas registadoras deste último. A P&G utiliza esta informação para efeitos de adequação da produção à procura da Wal-Mart. As vantagens deste sistema tanto para os fabricantes como para os retalhistas reside no facto de estes poderem reduzir assim os níveis das existências, melhorando simultaneamente a disponibilidade dos produtos para os consumidores. Embora o conceito de parceria plenamente integrada como a existente entre a P&G e a Wal-Mart possa ainda encontrar-se nos seus primórdios na Europa, temos vindo a assistir à emergência de sistemas de logística integrados que associam as operações de toda a cadeia de abastecimento.

Estrutura

44. A distribuição na CE tem vindo a atravessar uma profunda reestruturação. As transformações registadas incluem concentração, redução no número de grossistas tradicionais, mutações no sector a retalho e tendência para a diversificação e internacionalização.

Esta evolução pode ser sintetizada da seguinte forma:

- concentração, expressa em termos de um reduzido número de grandes operadores e ligações verticais mais estreitas entre fabricantes, grossistas e retalhistas;
- desenvolvimento de redes de comerciantes independentes, sobretudo como reacção à tendência de concentração e ao crescimento de grandes grupos integrados. De modo geral, os retalhistas sem infra-estruturas próprias de distribuição e capacidade de iludir o grossista não se encontram em condições de concorrer com os grandes grupos retalhistas em termos de preço e assistência;
- redução geral no número de grossistas tradicionais/distribuidores nacionais independentes, atendendo ao facto do conceito de venda por grosso ter diferentes acepções consoante os vários Estados-membros;
- diversas transformações no sector retalhista, com acentuadas diferenças entre os Estados-membros. Em geral, tem-se assistido a um crescimento menos rápido dos hipermercados, a um incremento das franquias e a uma proliferação das formas de venda à distância;
- tendência de diversificação das actividades noutros domínios de serviços. Além disso, algumas tendências específicas no sentido da internacionalização, embora estas sejam ainda ténues, uma vez que as vendas a retalho assumem ainda um carácter essencialmente nacional.

45. As alterações a nível da gestão e da tecnologia descritas supra têm importantes implicações para a política comunitária da concorrência em matéria de restrições verticais. As restrições verticais podem ser utilizadas para isolar os mercados nacionais, nomeadamente quando existem diferenças de preço entre os Estados-membros. A fim de reagir a este isolamento, a Comissão tem defendido o desenvolvimento de actividades de "comércio paralelo" e de arbitragem. Foi já há muito reconhecido que o "comércio paralelo" tem sido prejudicado por medidas de carácter público (por exemplo, diferentes moedas, sistemas fiscais, regulamentações técnicas e formalidades administrativas), privados (por exemplo, acordos que proibem os fornecimentos transfronteiras) e factores sociais (por exemplo, diferenças culturais, linguísticas e distintas preferências dos consumidores⁽⁹⁾). No entanto, afigura-se actualmente que, mesmo nos casos em que é

⁽⁹⁾Ver também Capítulo II sobre o mercado único.

teoricamente possível o "comércio paralelo", a natureza intrínseca dos sistemas de distribuição modernos pode ter reduzido a possibilidade de exploração deste mecanismos. Embora o preço seja ainda um factor importante, tem aumentado a importância relativa da segurança e da eficiência do abastecimento. Quando considera se deve ou não proceder a trocas comerciais paralelas, um grossista ou retalhista integrado numa cadeia de abastecimento eficiente não terá apenas em conta considerações financeiras imediatas como, por exemplo, custos de transporte e armazenagem, despesas de investimento e encargos administrativos, como também outras considerações financeiras a curto e médio prazo decorrentes do impacto de uma transacção deste tipo sobre a cadeia de abastecimento. Por exemplo, os ganhos financeiros imediatos decorrentes de uma transacção comercial paralela podem ser eliminados quando o grossista ou retalhista tiver subsequentemente de reverter para a sua cadeia de abastecimento inicial (por exemplo, importador nacional ou fabricante) e sofrer atrasos no seu reabastecimento. Estes atrasos podem ocorrer meramente devido a uma redução das existências em conformidade com o princípio JIT (isto é, as existências já não são fabricadas e armazenadas na antecipação da procura). A adopção destes princípios e o declínio no número de grossistas independentes são igualmente susceptíveis de reduzir o nível das existências disponíveis no mercado do comércio paralelo.

VI. Estações de serviço e cerveja

46. Registaram-se importantes transformações na distribuição da gasolina e da cerveja, embora seja difícil efectuar generalizações. Estas não são debatidas de forma pormenorizada neste contexto devido ao facto de a situação divergir consoante os Estados-membros. Nalguns Estados-membros, está a ser analisado o impacto da liberalização dos monopólios estatais (Espanha e Portugal no que respeita à gasolina), vigorando ainda monopólios nalguns novos Estados-membros (Suécia, Finlândia e Áustria). A Comissão gostaria de obter informações sobre estes sectores e, nomeadamente, no que respeita à cerveja, sobre a facilidade ou não com que os produtores de um Estado-membro podem penetrar num novo mercado. Em especial, seria profícuo analisar se o sistema generalizado de contratos de compra exclusiva facilitou ou prejudicou este processo. Não obstante estas ressalvas, podem ser tecidas algumas observações gerais.

Estações de serviço

47. O número de estações de gasolina tem vindo a diminuir com o aumento da dimensão média de cada posto de venda. Os super/hipermercados penetraram igualmente neste mercado, tendo adoptado uma política agressiva em matéria de preços. Representam actualmente uma quota relativamente importante de alguns mercados (até 33 %). Assistiu-se também à emergência da gasolina sem marca ou com marca própria. Além disso, outras marcas comerciais lograram penetrar nos mercados nacionais. O investimento necessário para uma estação de gasolina tem vindo a aumentar consideravelmente (maior dimensão, protecção ambiental e diversificação acrescida dos serviços prestados). Tem vindo a aumentar a importância relativa da parte do estabelecimento não relacionada com o abastecimento de gasolina, com o desenvolvimento de lojas de conveniência que vendem uma série de produtos de consumo para além dos acessórios e lubrificantes para veículos automóveis⁽¹⁰⁾. Com efeito, é vendida uma percentagem muito mais reduzida de

⁽¹⁰⁾Cada empresa petrolífera tem desenvolvido um formato normalizado distinto para a sua cadeia de lojas

lubrificantes através das estações de gasolina devido ao crescimento dos armazéns/cadeias de acessórios especiais para veículos automóveis. À excepção dos supermercados, as próprias estações de gasolina continuam a ser detidas/alugadas/geridas por pequenas empresas (frequentemente constituídas por uma única pessoa) associadas aos grandes produtores de petróleo através de contratos de compra exclusiva. Além disso, a estação de gasolina e respectivo equipamento são frequentemente financiados por empréstimos concedidos pelos produtores.

Cerveja

48. A estrutura do sector da cerveja denota acentuadas divergências entre os Estados-membros, desde uma estrutura muito dispersa até uma situação de oligopólio rigoroso senão mesmo de posição dominante. Os produtores locais tendem a representar a maior parte das vendas em cada Estado-membro, embora se tenha verificado um aumento na penetração entre mercados diferentes. Tal tem sido empreendido de diversas formas: importações directas por uma filial do produtor, fabrico de cerveja sob licença, aquisição de cervejeiras locais ou criação de empresa comum com estas últimas, aquisição de pontos de venda a retalho através de grossistas, criação de novas cervejeiras ou celebração de acordos de distribuição com cervejeiras locais.

49. O transporte de cervejas correntes ao longo de grandes distâncias não é viável do ponto de vista económico. Verifica-se uma tendência, bastante acentuada nalguns Estados-membros, de aumento da proporção das vendas para consumo fora do estabelecimento (por exemplo, através de supermercados para consumo no exterior das respectivas instalações) comparativamente às vendas no estabelecimento (isto é, para consumo nas instalações). Os postos de venda tendem a ser detidos/alugados/geridos por pequenas empresas, constituídas muitas vezes por uma única pessoa. Encontram-se frequentemente, embora nem sempre, vinculadas a cervejeiras através de contratos de compra exclusiva. Além disso, estes estabelecimentos podem ser financiados através de empréstimos concedidos pelas cervejeiras. Este financiamento é cada vez mais importante uma vez que o nível de conforto (valor acrescentado) do estabelecimento de venda tende a aumentar, o que se traduz no aumento subsequente dos custos de investimento. Recentemente, assistiu-se à emergência de empresas especializadas de gestão de estabelecimentos de venda a retalho que detêm a propriedade de vários estabelecimentos. Estas empresas de gestão negociam o seu abastecimento com as cervejeiras.

VII. Conclusões e perguntas

50. Com a tecnologia da informação actuando como catalisador, verifica-se uma tendência no sentido da substituição dos canais de distribuição convencionais, baseados na oferta, por cadeias de abastecimento impulsionadas pela procura e geridas profissionalmente em que os fornecedores, os fabricantes, os grossistas e os retalhistas actuam enquanto sistema integrado e concorrem com outros sistemas integrados a fim de maximizar a eficiência e a resposta ao consumidor. No entanto, é de observar que a "parceria" entre fabricantes e retalhistas na gestão da cadeia de abastecimento tem sido limitada até à data por uma série de obstáculos, incluindo modalidades e condições comerciais nacionais e práticas comerciais divergentes.

de conveniência.

51. Do ponto de vista da concorrência, é importante salientar que a passagem das relações tradicionais baseadas em condições normais da concorrência para relações baseadas na cooperação pode debilitar as forças concorrenciais positivas na cadeia de abastecimento como, por exemplo, a concorrência no âmbito da mesma marca. Além disso, é maior o potencial de uma cadeia de abastecimento deste tipo dar origem a uma posição dominante por parte de um dos seus membros do que no âmbito de um canal de distribuição normal, o que resultará na imposição de funções e custos sobre os outros operadores na cadeia (em contraposição a uma situação em que todos os operadores independentes atribuem e integram livremente as suas funções com base em negociações efectuadas em condições normais de concorrência). Tal constitui um factor importante para a política comunitária da concorrência, nomeadamente quando o operador responsável pela gestão da cadeia de fornecimento é uma grande empresa e os restantes são pequenas e médias empresas que se encontram economicamente dependentes dessa cadeia de abastecimento, dado que tal pode dar debilitar substancialmente a concorrência no âmbito da mesma marca e/ou vedar o acesso à cadeia de abastecimento no que respeita a outros produtores nos mesmos mercados ou em mercados conexos.

52. Os sistemas unificados, juntamente com a tecnologia da informação, facilitaram a transição de uma cadeia de abastecimento baseado na oferta para um sistema baseado na procura em muitos sectores da distribuição. Por outro lado, verifica-se actualmente em muitos sectores uma concentração num extremo ou outro da cadeia de abastecimento, com o desaparecimento dos intermediários independentes. Ambos estes factores parecem ter reduzido consideravelmente a possibilidade de trocas comerciais paralelas ou de arbitragem mesmo quando subsistem diferenças de preço substanciais entre os Estados-membros. A principal implicação destas alterações para a política comunitária da concorrência em matéria de restrições verticais é a de que os modernos sistemas de distribuição podem "institucionalizar" a compartimentação dos mercados nacionais, dado que a distribuição no sector retalhista possui ainda um cariz nacional. Tal pode ter implicações de relevo para o objectivo da integração do mercado comunitário.

53. Não foi possível obter estatísticas relevantes sobre a dimensão e a importância relativa dos vários canais de distribuição utilizados pelos fabricantes, designadamente, a distribuição exclusiva, a compra exclusiva, a distribuição selectiva, a distribuição aberta e a franquia. Também não foi possível obter informações úteis sobre o declínio no número de grossistas independentes/distribuidores na Europa. A Comissão gostaria, em especial, de receber observações (apoiadas por dados estatísticos) de terceiros interessados sobre a dimensão e a importância relativa dos canais de distribuição na Europa e respectiva acessibilidade, bem como sobre o declínio dos grossistas/distribuidores independentes. Gostaria também de receber observações sobre a medida em que os novos sistemas de distribuição e quaisquer outros factores identificados no presente capítulo podem reforçar a compartimentação dos mercados nacionais mediante as restrições verticais.

* * * * *

Capítulo II

ANÁLISE ECONÓMICA DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS E O MERCADO ÚNICO

I. Antecedentes

54. A análise económica das restrições verticais tem sido objecto de controverso debate entre economistas. No início da década 80, deixaram de ser consideradas como nefastas para a concorrência, passando a haver a percepção generalizada de que eram inofensivas neste contexto (a escola de Chicago). Hoje em dia, tem vindo a emergir um novo consenso e os economistas tornaram-se mais prudentes na sua apreciação das restrições verticais no âmbito da política da concorrência, manifestando maior relutância em efectuar generalizações deste teor, uma vez que as restrições verticais não podem ser consideradas globalmente benéficas em si para a concorrência⁽¹¹⁾. No entanto, um elemento sobressai neste quadro. A teoria económica actual sublinha a importância da estrutura do mercado para determinar o impacto das restrições verticais sobre a concorrência. Quanto maior for a concorrência entre as marcas, tanto mais os efeitos a favor da concorrência e da eficiência tenderão a compensar quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes das restrições verticais, sucedendo o inverso quando esta concorrência for deficiente e existirem importantes obstáculos de acesso.

55. O presente capítulo exporá algumas das conclusões das recentes teorias económicas sobre as restrições verticais que podem ser úteis na formulação da política a adoptar⁽¹²⁾. Examinará igualmente a relação entre o estado de avanço do processo de integração do mercado único e as restrições verticais. Apesar de terem sido suprimidos muitos entraves administrativos e outros de carácter público, não existe ainda um verdadeiro mercado único nalguns sectores, subsistindo diferenças de preço significativas entre os Estados-membros. Tal sugere que uma maior integração permitiria tirar partido de vantagens económicas significativas ainda por explorar e que a importância dos acordos privados (por exemplo, restrições verticais) destinadas a promover ou a prejudicar a integração económica tem aumentado comparativamente com a dos entraves públicos.

II. A interpretação económica das restrições verticais

56. À medida que a relação entre um produtor e um distribuidor progride para além de uma mera relação pontual baseada em condições normais de concorrência, são necessários contactos mais regulares e estreitos, podendo os contratos e as restrições

⁽¹¹⁾Em especial, uma premissa fundamental das conclusões da escola de Chicago era a existência de uma concorrência perfeita a nível da distribuição. O estudo McKinsey (op cit) sugere que tal não seria o caso na Europa e identificou entraves significativos em matéria de acesso.

⁽¹²⁾Tal baseia-se no estudo de P. Rey e F. Caballero intitulado "The implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints" a aparecer como Documento económico da Comissão Europeia, DG II, Bruxelas. Remetemos igualmente para a obra de Dobson e Waterson: "Vertical Restraints and Competition Policy", London, 1996 e "Competition Policy and Vertical Restraints", OCDE, Paris 1994.

verticais, por exemplo, reduzir os custos das transacções realizadas entre os mesmos. Tal é nomeadamente o caso quando a distribuição requer relações a mais longo prazo, envolvendo a divisão das funções de venda e actividades de promoção, bem como a transferência de bens incorpóreos como o *trespasse* e o *saber-fazer*. Nenhuma parte tem conhecimento completo das actividades das outras partes. Cada operador possui objectivos diferentes, cuja prossecução numa base independente nem sempre toma em conta o impacto sobre os interesses da outra parte. Por outro lado, os produtores e distribuidores têm um poder de decisão específico e independente relativamente a diferentes elementos na cadeia de produção e distribuição. Atendendo a este contexto geral, é possível que as restrições verticais contribuam para uma maior eficiência não apenas para os produtores e para os distribuidores como também para os consumidores. A coordenação entre os produtores e distribuidores, formalizada através da imposição de restrições verticais, pode assistir as empresas a aumentar os seus lucros e, em determinadas circunstâncias, essa maior eficiência pode reverter-se em benefício dos consumidores. Citam-se subsequentemente alguns exemplos ilustrativos.

As restrições verticais enquanto forma de melhorar a eficiência económica através de uma melhor coordenação entre produtores e distribuidores⁽¹³⁾

57. Do ponto de vista da política da concorrência, devem-se distinguir por um lado casos em que as restrições verticais têm um efeito geral positivo, e por outro, casos em que as restrições verticais são prejudiciais. As restrições verticais têm um efeito positivo óbvio quando são introduzidas devidamente para evitar problemas de coordenação, ao passo que os seus efeitos negativos tendem a prevalecer na presença de uma fraca concorrência a montante e/ou a jusante.

a) Coordenação vertical em matéria de fixação de preços

58. Na ausência de qualquer coordenação, as estruturas verticais podem dar origem a preços que são demasiado elevados, não apenas do ponto de vista dos consumidores como também do ponto de vista dos produtores e distribuidores. Sempre que detenham um certo poder de mercado, os produtores e distribuidores imputarão "mais-valias" aos seus custos respectivos⁽¹⁴⁾. Esta "dupla" imposição, denominada dupla marginalização, decorre do facto de cada empresa tomar as suas decisões em matéria de preços de forma independente, sem tomar em consideração o impacto da sua decisão sobre o seu parceiro na estrutura vertical. Em consequência, o preço é provavelmente demasiado elevado, isto é, mais elevado do que o preço que maximizaria os lucros conjuntos do produtor e distribuidor(es). A fixação de preços máximos de venda a retalho pelos produtores pode contribuir para solucionar este problema. Outros tipos de restrições verticais podem contribuir para solucionar o problema da dupla marginalização. Por exemplo, no âmbito dos acordos de franquia é geralmente prevista uma tarifa composta por duas vertentes, a saber, um encargo fixo e um preço grossista. A imposição de obrigações em matéria de compra de volumes mínimos pode igualmente solucionar o problema da dupla

⁽¹³⁾Existem outros ganhos em termos de eficiência que podem ser obtidos através das restrições verticais que são igualmente tomados em consideração para efeitos da política da Comissão neste domínio. Estes são enumerados no Capítulo IV, não sendo repetidos no presente capítulo.

⁽¹⁴⁾Por poder de mercado, deve entender-se que o produtor e distribuidor enfrentam curvas da procura descendentes e não a curva da procura horizontal que defrontariam em condições de concorrência perfeita.

marginalização. Contudo, estas soluções alternativas podem não ter o mesmo efeito do ponto de vista da concorrência.

b) **Coordenação a nível da prestação de serviços**

59. A distribuição de mercadorias e serviços requer normalmente a prestação de serviços suplementares pelos distribuidores. Estes podem assumir a forma de serviços de assistência pós-venda tal como a garantia ou a manutenção, ou serviços pré-venda como a informação ou a assistência técnica aos adquirentes potenciais. Tal levanta dois tipos de problemas diferentes em termos de eficiência económica⁽¹⁵⁾.

i) **Problemas de afectação.** Se um distribuidor investir na prestação de informações prévias aos clientes ou melhorar as suas instalações, a procura do seu produto aumentará pelo que ele recolherá os benefícios desse investimento. Mas o fabricante que fornece os produtos por ele vendidos também beneficiará, uma vez que aumentará as suas vendas ao distribuidor. Nestas situações, os esforços de vendas dos distribuidores situar-se-ão a um nível inferior que seria atingido se pudessem obter todos os benefícios decorrentes dos seus esforços suplementares. As restrições verticais podem contribuir para a optimização dos resultados da estrutura vertical. Os consumidores retirarão igualmente benefícios destes resultados se existir uma concorrência activa entre marcas diferentes. Uma vez mais, um sistema de franquia com encargos fixos para o franqueado e um preço grossista mais baixo pode contribuir para a melhoria dos esforços envidados em matéria de vendas.

ii) **Problemas de equidade ("free rider").** Quando vários retalhistas vendem a mesma marca de um dado produto numa zona determinada, todos os retalhistas beneficiarão dos esforços envidados por um destes em matéria de vendas. Por exemplo, se um retalhista investir na informação aos consumidores nessa área ou efectuar a publicidade da referida marca, os restantes retalhistas podem efectuar poupanças em matéria de publicidade e beneficiar gratuitamente dos serviços prestados pelo primeiro ("free ride"). Numa situação deste tipo, todos os retalhistas tenderão a não investir o suficiente nestas actividades. Este problema pode ser solucionado através da atribuição de territórios exclusivos pelo produtor. Se um território exclusivo for afectado a um dado distribuidor em que este será o único fornecedor de uma determinada marca, os custos de transporte e das transacções minimizarão as repercussões deste problema.

Restrições verticais prejudiciais à concorrência

60. Para examinar o impacto das restrições verticais sobre a concorrência, deve tomar-se em consideração a concorrência não apenas ao nível da distribuição, isto é, a concorrência no âmbito da mesma marca, mas também o nível da concorrência entre os fabricantes ou a concorrência entre marcas diferentes. A introdução de restrições verticais pode constituir uma forma de diluir a concorrência a montante entre os fabricantes que não concorrem directamente entre si mas através dos seus retalhistas. Nesse caso, pode falar-se de concorrência entre "estruturas verticais". As restrições verticais podem restringir a concorrência de três formas diferentes, pelo menos.

⁽¹⁵⁾Na realidade, os economistas tomariam em consideração outros problemas como a transferência do risco ou os problemas de responsabilidade colectiva. No intuito de simplificar, estas questões não são discutidas neste contexto. Em relação a estes problemas, ver Rey e Caballero op. cit..

a) Cartéis de distribuição ou produção:

61. Restrições verticais como a manutenção de preços de revenda ou a exclusividade territorial têm como efeito directo a restrição ou mesmo a supressão da concorrência no âmbito da mesma marca em determinadas circunstâncias. Por esse motivo, os distribuidores podem manifestar interesse na celebração de acordos com os seus fornecedores no intuito de restringir a concorrência a nível dos retalhistas. Quando os distribuidores detêm um certo poder de mercado, este interesse é particularmente susceptível de se manifestar se as condições de acesso ao sector de distribuição forem difíceis. As restrições verticais podem ser igualmente utilizadas para a imposição de práticas concertadas em matéria de preços entre fabricantes. Por exemplo, a manutenção dos preços de revenda pode facilitar a concertação uma vez que a redução dos preços a nível retalhista é menos desejável e de mais fácil detecção. Se todos os retalhistas de marcas diversas mantiverem os preços estabelecidos pelos produtores, quaisquer reduções dos preços grossistas não poderiam repercutir-se a nível da venda a retalho sem o risco de serem rapidamente detectadas. A impossibilidade de fazer beneficiar a terceiros estas reduções e o risco de retaliação por outros membros do cartel asseguram a maior estabilidade dos acordos deste tipo mediante a manutenção dos preços de revenda.

b) Restrições verticais enquanto instrumentos de compartimentação do mercado

62. As restrições verticais podem ser introduzidas com a finalidade de prejudicar a penetração no mercado de outros fabricantes concorrentes potencialmente mais eficientes. Tal pode ser claramente o caso se os produtores existentes celebram acordos exclusivos com os distribuidores de um dado produto disponível numa determinada área. A existência de algum tipo de entrave de acesso ou qualquer outro factor que limite o número de retalhistas constitui uma condição necessária para a compartimentação do mercado. Contudo, isto é igualmente possível sempre que as economias de escala ou de gama no sector retalhista forem importantes, de modo que a assinatura de contratos exclusivos com os retalhistas existentes dificultaria o acesso a novos operadores a nível da produção, uma vez que os novos concorrentes teriam de defrontar custos de distribuição mais elevados do que as empresas já estabelecidas⁽¹⁶⁾.

63. Não obstante, as restrições verticais podem também fomentar o acesso ao mercado a longo prazo, em determinadas circunstâncias. Na medida em que as restrições verticais como, por exemplo, a exclusividade territorial tendem a aumentar os lucros obtidos através de estruturas verticais, estas fomentarão igualmente a penetração no mercado de outros distribuidores e produtores potenciais o que promoverá a eficiência a longo prazo.

c) Restrições verticais enquanto forma de diluir a concorrência entre os produtores

64. Nos mercados oligopolísticos, a introdução de restrições verticais no âmbito das estruturas verticais pode reduzir ainda mais o grau de concorrência entre marcas diferentes. Por exemplo, em certos casos, a comercialização exclusiva permitirá aos fabricantes aumentar as suas margens mediante o aumento dos preços grossistas. Nesse caso, se a venda a retalho for realizada em condições não concorrenciais e existirem

⁽¹⁶⁾Pode ser invocado um argumento análogo sobre a compartimentação do mercado da produção pelos distribuidores se estes últimos detiverem uma posição suficientemente forte.

entraves de acesso, os retalhistas tenderão a reagir ao aumento dos preços grossistas mediante o incremento dos preços finais para os consumidores. Alternativamente, para além de reduzir a concorrência no âmbito da mesma marca, a exclusividade implementada por mais do que um produtor pode igualmente diminuir a concorrência entre marcas diferentes ao reduzir os incentivos para os fabricantes no sentido de reduzirem os preços face a outros fabricantes. Deste modo, para além de reduzir a concorrência no âmbito da mesma marca nos mercados oligopolísticos, as restrições verticais podem igualmente diminuir a concorrência entre marcas diferentes⁽¹⁷⁾.

III. Elaboração de regras viáveis: concorrência no âmbito da mesma marca e entre marcas diferentes

65. Para efeitos da política da Comissão, é necessário transformar as conclusões da análise económica em instrumentos viáveis que se coadunem com as regras comunitárias da concorrência e que sejam relativamente fáceis de aplicar, assegurando a devida segurança jurídica para as empresas. Na análise do impacto das restrições verticais é de salientar um elemento crucial: o grau de concorrência entre marcas diferentes. A existência de uma estrutura de mercado conducente a um nível de concorrência suficiente na distribuição e/ou produção será determinante para o efeito global das restrições verticais sobre a concorrência. Este elemento pode contribuir para a elaboração de uma política que se coadune com a análise económica e que tome em consideração tanto as vantagens de uma análise de mercado aprofundada de todos os casos como os custos de um mecanismo deste tipo.

66. Se forem introduzidas restrições verticais como, por exemplo, territórios exclusivos ou acordos de franquia a fim de evitar as consequências de uma distribuição não equitativa dos benefícios, a concorrência entre os retalhistas da mesma marca pode ser igualmente restringida. A maior eficiência decorrente da introdução destas restrições aumentará os lucros obtidos pela estrutura vertical. É também provável que os consumidores beneficiem desta maior eficiência se a estrutura vertical se defrontar com uma forte concorrência de outros fornecedores de mercadorias que possam ser considerados substitutos do produto em causa. Se a estrutura vertical detiver um poder de mercado suficiente, disporá de menos incentivos no sentido de reduzir os preços e tenderá a absorver qualquer eficiência acrescida sob a forma de lucros suplementares. No entanto, uma estrutura de mercado relativamente concorrencial pode diminuir os efeitos potencialmente negativos das restrições verticais sobre a concorrência.

67. Surge também a questão dos acordos com múltiplas restrições verticais. A conjugação de diferentes cláusulas no âmbito do mesmo contrato pode complicar de forma significativa a análise económica do impacto concorrencial das restrições verticais. A introdução suplementar de restrições verticais não implica forçosamente um impacto negativo proporcional sobre as condições da concorrência. Por exemplo, a introdução de territórios exclusivos, destinados a evitar o problema da distribuição não equitativa dos benefícios (*free rider*), tenderia a reduzir a concorrência no âmbito da mesma marca e os retalhistas poderiam cair na tentação de aumentar os preços. Além disso, os problemas da

⁽¹⁷⁾Ver, por exemplo, Besanko and Perry "Exclusive dealing in a spacial model of retail competition", International Journal of Industrial Organisation, vol. 12, 1994 pp. 297-329 e Rey e Stiglitz "The role of exclusive territories in Producers' competition", Rand Journal of Economics, vol. 26, n.º 3, Outono de 1995, pp. 431-51.

dupla marginalização são agravados pela exclusividade territorial uma vez que este sistema confere mais poder de mercado aos distribuidores. A fim de evitar esta reacção que resultaria na venda de níveis de produção mais reduzidos, os fabricantes podem conjugar a introdução de territórios exclusivos com uma restrição vertical suplementar como, por exemplo, limiares em matéria de preços ou tarifas compostas por duas vertentes a fim de evitar o problema das dupla marginalização. Neste caso, a conjugação de duas restrições verticais poderia revelar-se positiva em termos de concorrência.

68. No entanto, a conjugação de diferentes restrições verticais pode ser igualmente reflexo de motivos diversos, susceptíveis de terem efeitos adversos sobre a concorrência. Se uma determinada restrição vertical for introduzida para solucionar problemas em matéria de coordenação, juntamente com outra destinada a restringir deliberadamente a concorrência como, por exemplo, a criação de um cartel, poderá não existir qualquer efeito de compensação nem qualquer melhoria da situação do ponto de vista da concorrência.

69. Por estes motivos, a análise das repercussões dos acordos em que se denota uma conjugação de restrições verticais deve ser realizada tendo em conta o efeito global e conjunto de todas as restrições verticais incluídas no acordo no seu contexto de mercado. Uma análise casuística das diferentes restrições verticais pode ser insuficiente para uma apreciação correcta do acordo.

IV. Restrições verticais e o mercado único

70. O processo de integração em curso do mercado único confere uma dimensão suplementar à análise das restrições verticais. O programa de 1992 foi o resultado de uma convicção generalizada de que a não realização do mercado único levaria a indústria europeia a incorrer em custos desnecessários e a desperdiçar oportunidades. O título do Relatório Cecchini, "O custo da não Europa",⁽¹⁸⁾ atesta claramente tal facto. Os esforços envidados desde a entrada em vigor do Tratado CEE em 1958 não tinham exausto, até meados da década 80, todos os benefícios potenciais decorrentes de uma plena integração económica dos Estados-membros. Após a adopção de medidas suplementares para eliminar os obstáculos que subsistem à livre circulação de mercadorias, serviços e factores de produção, afigura-se que são ainda necessários esforços acrescidos para obter o maior grau de integração possível. Esta integração tem assumido um significado mais lato, uma vez que um mercado único funcional que confira às empresas europeias a possibilidade de economias de escala e de gama, estando simultaneamente sujeito a uma concorrência efectiva, é encarado como uma rampa de lançamento para assegurar a competitividade em mercados crescentemente globais e competitivos a nível mundial.

71. A concorrência é vital para assegurar as vantagens económicas decorrentes do mercado único. Estas vantagens apenas se concretizarão se as empresas concorrerem entre si e penetrarem nos mercados das outras empresas. Estes benefícios advirão de:
- eficiências estáticas, em que as pressões concorrenciais reduzem os preços nos Estados-membros com os níveis mais elevados para os níveis mais próximos dos

⁽¹⁸⁾Ver resumo no "The European Challenge - 1992. The Benefits of a single market". Paolo Cecchini Wildwood House 1988.

Estados-membros com os níveis mais reduzidos. Os preços podem ser mais baixos devido às vantagens de custo "naturais" ou devido a maiores pressões concorrenciais;

- eficiências dinâmicas, em que o processo de crescentes pressões concorrenciais incentivará as empresas a obter uma maior eficiência. Um dos aspectos mais simples de explicar é porventura o das economias de escala decorrentes de um mercado mais vasto, mas muitas vantagens decorrerão também provavelmente do mero incremento da concorrência, nomeadamente, em mercados previamente protegidos por entraves ou não objecto de pressões eficazes por parte dos concorrentes.

72. É evidente que nem todos os mercados assumirão uma natureza europeia. Alguns continuarão a revestir uma natureza local (por exemplo, os cabeleireiros) sendo alguns já de carácter global (por exemplo, aeromotores civis). Mas, para muitos produtos, o mercado geográfico relevante será cada vez mais a Europa. Não obstante os indícios que apontam para a convergência dos preços de determinadas mercadorias comercializadas, existe ainda margem de manobra para vantagens acrescidas decorrentes de uma maior concorrência e integração.

73. O programa do mercado único baseava-se no pressuposto de que a supressão dos entraves não aduaneiros conduziria a uma maior concorrência que, por seu turno, daria origem a uma pressão para a baixa dos preços. Previa-se que as pressões concorrenciais conduziram a reduções dos preços para além dos limites permitidos pelas economias de escala, o que implicaria uma redução nas margens preço-custo em toda a economia e, em especial, nos sectores mais directamente afectados pelo mercado único. Esperava-se que o resultado final destas pressões concorrenciais sobre os preços se traduziria num processo de convergência dos preços das mercadorias nos diferentes Estados-membros, em benefício dos consumidores. Estas previsões eram apoiadas por dados empíricos que revelavam a existência de uma importante dispersão de preços para um determinado grupo de bens e serviços em toda a Comunidade. Em 1985, os preços finais para os consumidores divergiam de forma substancial de país para país.

74. Actualmente, os diferenciais de preço continuam a ser substanciais, em especial no que se refere a determinadas mercadorias. Mais importante ainda parece ser o facto de existirem diferenças de preço significativas entre os Estados-membros no que respeita aos preços líquidos de compra dos distribuidores. Em relação à electrónica destinada ao grande público, as diferenças podem atingir até 35 % para o mesmo produto/modelo comprado junto do mesmo fabricante. Não obstante a persistência de importantes diferenciais de preço entre os Estados-membros, um estudo recente realizado no âmbito da análise do mercado único aponta para a existência de uma tendência de convergência dos preços. O Quadro 1 indica os índices de dispersão para preços de diferentes categorias de produtos⁽¹⁹⁾. Os índices foram calculados com e sem impostos por forma a não ter em consideração os efeitos da fiscalidade indirecta. Os resultados revelam que, em relação às mercadorias e serviços comercializados sobre os quais o mercado único teve um impacto significativo, a dispersão de preços foi reduzida. No entanto, no sector da construção e da energia, em que o impacto do mercado único é muito limitado, não se verificou qualquer convergência em matéria de preços. Na realidade, nalguns casos, a

⁽¹⁹⁾Os preços indicados no quadro são os preços no sector retalhista. Os preços grossistas constituiriam um melhor indicador para efeitos do presente relatório mas não estavam disponíveis. No entanto, os preços a retalho são provavelmente suficientes para demonstrar quaisquer tendências de convergência dos preços e indicam, embora de forma imperfeita, as diferenças de preço ainda existentes a nível grossista.

dispersão dos preços aumentou. Não obstante todas as reservas metodológicas que as comparações deste tipo impõem, tal parece confirmar o impacto efectivo do programa do mercado único em termos da convergência de preços. Não obstante, em 1993 subsistiam ainda diferenças de preço substanciais.

Quadro 1

Coefficientes de variação entre países de preços para categorias seleccionadas

	1980		1985		1990		1993	
	<i>Impostos incl.</i>	<i>Impostos excl.</i>						
<i>EC-6</i>								
<i>Bens de consumo</i>	15.9	15.7	14.2	14.2	13.5	13.4	12.4	12.6
<i>Serviços</i>	22.7	23.1	23.9	24.6	20.0	20.2	21.3	21.7
<i>Energia</i>	18.4	17.2	12.5	10.4	19.4	18.8	24.3	23.4
<i>Bens de equipamento</i>	10.5	10.5	9.7	9.7	11.6	11.6	12.5	12.5
<i>Construção</i>	15.7	15.7	11.0	11.0	14.0	14.0	19.1	19.1
<i>EC-9</i>								
<i>Bens de consumo</i>	19.9	18.8	19.1	17.7	20.3	18.5	18.0	16.6
<i>Serviços</i>	25.2	25.7	25.6	25.2	24.6	23.7	23.4	23.3
<i>Energia</i>	22.1	20.5	16.1	13.3	24.7	22.6	30.6	27.4
<i>Bens de equipamento</i>	13.1	13.1	12.5	12.5	12.2	12.2	12.9	12.9
<i>Construção</i>	20.1	20.1	14.4	14.4	16.5	16.5	22.4	22.4
<i>EC-12</i>								
<i>Bens de consumo</i>	26.0	24.2	22.5	21.4	22.8	21.5	19.6	18.4
<i>Serviços</i>	33.0	31.9	33.7	31.5	31.8	30.4	28.6	28.3
<i>Energia</i>	30.8	28.0	21.1	16.9	28.0	26.0	31.7	29.7
<i>Bens de equipamento</i>	18.0	18.0	14.0	14.0	13.1	13.1	14.5	14.5
<i>Construção</i>	24.4	24.4	22.1	22.1	23.5	23.5	27.4	27.4

Fonte DRI, E de Ghellinck e Horack, Adler and Associates, "Study on the Emergence of Pan European Markets". Projecto de Relatório Final, Fevereiro de 1996.

75. No entanto, as plenas possibilidades de uma concorrência acrescida propiciadas pelas diferenças de preço remanescentes não serão objecto de uma súbita erosão mesmo em relação às mercadorias ou serviços em que o mercado geográfico relevante poderá eventualmente ser mais vasto do que o de um Estado-membro. Tal deve-se aos seguintes motivos:

- existem ainda alguns obstáculos regulamentares ou administrativos a suprimir; e
- há outros factores "naturais" (língua, as preferências ou os costumes locais) que continuarão a criar custos (e consequentemente barreiras) à integração do mercado, bem como factores menos naturais (por exemplo, existência de diferentes divisas e flutuações cambiais).

76. Mesmo na ausência de custos naturais ou outros factores, a introdução de uma concorrência eficaz a nível europeu requer frequentemente a penetração em novos mercados ou o aumento dos esforços em matéria de vendas mesmo quando um produtor se encontra presente no mercado de um outro Estado-membro. Este processo requer muitas vezes um investimento considerável para a consolidação das redes de distribuição e para o desmembramento da sólida posição das empresas já estabelecidas.

77. Além disso, o êxito do mercado único requer alterações substanciais a nível da distribuição na Europa. Duas questões foram referidas neste contexto.

- O inquérito realizado para a elaboração do presente Livro Verde demonstra que as modernas técnicas de distribuição podem reduzir a possibilidade de os observadores independentes influenciarem os mercados de forma significativa. A Comissão gostaria de receber informações relevantes quanto a este aspecto.
- A Comissão carece igualmente de elementos comprovativos sobre a forma como o processo de integração é prejudicado pelo facto de muitos poucos distribuidores a nível europeu terem expandido no exterior do seu território nacional comparativamente com o número de produtores que vendem regularmente e de forma significativa fora dos seus mercados nacionais. Mesmo quando os distribuidores expandiram noutros mercados, assumiram frequentemente o controlo dos distribuidores locais existentes (tendo mantido as designações iniciais, o estilo, etc.). Além disso, esses distribuidores parecem, em geral, abastecer-se a nível local quer devido às eficiências inerentes às cadeias de abastecimento locais quer à insistência dos fabricantes de fornecer apenas através da sua filial ou concessionário local nesse Estado-membro. Aparentemente, a discriminação em matéria de preços por produtores entre Estados-membros seria mais difícil se estes se deparassem com alguns distribuidores a nível europeu. A Comissão gostaria de receber informações quanto a este aspecto.

78. A experiência comunitária revela que a supressão dos obstáculos não aduaneiros não é suficiente para o pleno desenvolvimento do comércio paralelo, arbitragem e alterações na distribuição em toda a Europa. Para lograr o êxito total da integração económica, é necessário que os produtores, os distribuidores e os consumidores considerem vantajoso a transição para a nova situação de mercado e não empreendam acções destinadas a eximir-se ou a contrariar os efeitos das medidas do mercado único. A supressão dos entraves ao comércio pode não lograr os objectivos pretendidos se os produtores e/ou distribuidores introduzirem práticas contrárias ao objectivo da integração. Infelizmente, em muitos casos, é provável que disponham de fortes incentivos no sentido da adopção destas práticas.

79. Os produtores de mercadorias e serviços que disponham de poder de mercado suficiente podem tirar partido da segmentação do mercado resultante do cenário anterior a 1992 e utilizar as diferenças linguísticas ou outras para praticar uma discriminação de preços transfronteiras. Tal permitir-lhes-á maximizar os seus lucros. Por outro lado, os distribuidores com poder de mercado no seu país "nacional" podem adoptar medidas para evitar a integração do mercado uma vez que tal poderia debilitar a sua posição no mercado. Além disso, em determinadas circunstâncias, a discriminação de preços pode ser mantida após a supressão das barreiras não aduaneiras ao comércio, mesmo se os fabricantes ou os distribuidores obtiverem menos lucros após a eliminação destes entraves. Tal pode suceder se a soma dos lucros dos fabricantes e distribuidores for superior no cenário da discriminação de preços do que no contexto da *arbitragem* e da integração de mercado. Por exemplo, os lucros suplementares obtidos através da discriminação de

preços por um fabricante podem ser de tal modo elevados que este procurará chegar a um acordo com os seus distribuidores por forma a que estes beneficiem de parte destes lucros, na condição de estes não procederem a qualquer comércio paralelo. Nesses casos, ambos disporão de incentivos no sentido de manter a situação prevalecente antes da integração, não empreendendo quaisquer trocas comerciais paralelas. Deste modo, há razões para crer que as empresas procurarão introduzir este tipo de práticas sempre que possam bloquear ou enterrar o comércio paralelo e a *arbitragem*.

Restrições verticais destinadas a facilitar a integração

80. Após a supressão dos entraves administrativos e outros à integração, a penetração no mercado não é automática. A criação de novos canais de distribuição ou a alteração das redes existentes é onerosa em termos de investimento. Além disso, a introdução de novos produtos ou marcas nos mercados estrangeiros exige investimentos em estudos de prospecção de mercado, publicidade e infra-estrutura, tanto pelos produtores como pelos retalhistas locais, que se deparam frequentemente com uma situação de mercado incerta. No contexto da integração económica, a existência de diferentes moedas e a possibilidade de flutuações cambiais aumentarão a incerteza quanto ao resultado final do investimento efectuado. Estes factores têm um elemento em comum: o investimento necessário para a introdução de novos serviços e mercadorias num mercado "estrangeiro" é específico a um produto ou a uma marca. Nesse sentido, o investidor não poderá recuperar os montantes investidos se não lograr desenvolver um novo mercado. Em termos económicos, os investimentos necessários para a abertura de novos canais de distribuição são considerados custos "a fundo perdido", isto é, custos que as empresas não poderão recuperar se fracassarem ou se desejarem retirar-se do mercado.

81. Esta irreversibilidade, juntamente com a natureza muito incerta do resultado das decisões de investimento para os produtores e distribuidores, significa que algumas decisões quanto à penetração em novos mercados serão adiadas ou mesmo nunca tomadas. As empresas apenas penetrarão efectivamente nos mercados, consolidando assim a integração do mercado, se os seus lucros projectados excederem significativamente os custos irreversíveis de acesso ao mercado. No entanto, a introdução de restrições verticais pode aumentar efectivamente o número de circunstâncias favoráveis a esta penetração. Por exemplo, a exclusividade pode reduzir os riscos para os distribuidores ou facilitar os fluxos de informação. Por conseguinte, nas circunstâncias supramencionadas de elevado risco e investimento, poderá justificar-se, pelo menos temporariamente, a concessão de um tratamento mais favorável às restrições verticais destinadas a facilitar uma nova penetração ou uma expansão significativa das posições de mercado existentes.

Restrições verticais destinadas a dificultar a integração

82. Tal como facilitam e aceleram a integração do mercado, as restrições verticais podem igualmente dificultar este processo. É de salientar que este resultado negativo é apenas susceptível de ocorrer se o poder de mercado detido for elevado e existirem entraves de acesso; nos mercados concorrenciais, as restrições verticais são pouco susceptíveis de prejudicar a integração⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾A ameaça de penetração pode ter um efeito benéfico mesmo se não se verificar uma penetração efectiva. Se esta ameaça de penetração for credível e potencialmente rápida, será suficiente para atenuar os efeitos potencialmente desfavoráveis da existência de territórios exclusivos em relação aos consumidores. Os

83. Existem, contudo, circunstâncias em que as restrições verticais podem dificultar a integração do mercado, nomeadamente quando:

- o acesso ao mercado é vedado por uma vasta rede de acordos de compra exclusiva ou de distribuição que restringem a liberdade do distribuidor de comercializar produtos concorrentes;
- a concorrência entre marcas diferentes é já bastante ténue, algumas restrições verticais podem traduzir-se na redução da concorrência no âmbito da mesma marca e entre marcas diferentes, dificultando assim o processo de integração. Tal é nomeadamente o caso quando existem diferenças de preço significativas, o que confere aos produtores um incentivo no sentido de continuar a praticar a discriminação de preços e a compartimentar os mercados. As restrições verticais, juntamente com a detenção de um certo poder de mercado, facilitam a manutenção de práticas discriminatórias em matéria de preços pelos produtores.

84. A integração de mercado pode ser igualmente prejudicada pela existência de distribuidores com um poder de mercado significativo. Se esses distribuidores puderem criar as suas próprias instalações de produção ou representarem uma percentagem significativa das vendas de um produtor, podem insistir na introdução de restrições verticais, obrigando assim os produtores a não fornecer a novos concorrentes. Este poder exercido sobre os produtores em matéria de abastecimento é particularmente pernicioso quando praticado contra novos concorrentes que poderiam adoptar práticas de desconto. Nestas circunstâncias, as práticas referidas servem para manter níveis de preços elevados.

V. Conclusões

85. O presente capítulo expõe de forma sucinta as conclusões da recente análise económica sobre as restrições verticais. Podem ser tiradas uma série de conclusões, a saber:

- i. Os efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais são susceptíveis de serem insignificativos em mercados concorrenciais. Ao invés, é provável que melhorem a eficiência e se revertam em benefício dos consumidores. São apenas prováveis efeitos anticoncorrenciais quando a concorrência entre marcas diferentes for ténue e existirem entraves de acesso ao mercado.
- ii. As cláusulas individuais ou os diferentes tipos de restrições verticais não podem ser considerados, em si, como tendo repercussões negativas ou positivas sobre a concorrência ou a integração.
- iii. A conjugação de várias restrições verticais não aumenta forçosamente os efeitos anticoncorrenciais mas pode, na prática, tornar a situação mais favorável.
- iv. A análise deve centrar-se no impacto sobre o mercado, em detrimento da forma que revestem os acordos, por exemplo, no facto de o acesso ser vedado por uma rede de acordos ou se o acordo vertical, juntamente com o poder de mercado, permite aos produtores ou distribuidores adoptar práticas discriminatórias em matéria de preços entre os diferentes Estados-membros.
- v. Dado os riscos associados à penetração em novos mercados ou a expansões significativas no mercado (isto é, criação de novos fluxos comerciais conducentes à integração do mercado), deve ponderar-se a possibilidade de conceder um

produtores e distribuidores com exclusividade territorial abster-se-ão de exercer na íntegra qualquer poder de mercado a fim de impedir esta penetração.

tratamento mais favorável às restrições verticais sempre que estas sejam acompanhadas por um investimento corpóreo ou incorpóreo significativo. Este tratamento mais favorável deve assumir um carácter temporal.

- vi. A natureza dos produtos, a necessidade de serviços e o investimento necessário para levar a cabo uma distribuição eficiente e as necessidades e o conhecimento dos consumidores podem constituir elementos importantes para determinar tanto a eficiência objectiva promovida pelas restrições verticais como quaisquer efeitos anticoncorrenciais. O subseqüente Quadro 2, extraído de Dobson and Waterson (op cit) fornece uma orientação quanto aos possíveis efeitos das restrições verticais e se estes se justificam. A Comissão gostaria de receber observações sobre a utilidade de integrar este quadro nas suas directrizes.

Quadro 2

A validade do argumento da eficiência aplicado às restrições verticais em diferentes condições de produção/distribuição

<i>Natureza do produto/distribuição</i>	<i>Casos com maior probabilidade de que as restrições obtenham uma maior eficiência</i>	<i>Casos com menor probabilidade de que as restrições produzam uma menor eficiência</i>
Complexidade do produto	Elevada complexidade ou muito técnico	Simples ou não técnica
Custo para o consumidor	Oneroso - grande parte do orçamento	Não oneroso
Hábitos de compra do consumidor	Compras pontuais	Compras repetidas
Tipo de estabelecimento em que é efectuada a compra	Estabelecimento de venda geral	Estabelecimento de venda de conveniência
Informação do consumidor sobre o produto	Conhecimento limitado	Pormenores/características muito conhecidos
Comparabilidade preço/qualidade	Mercadorias muito testadas ou fiáveis	Produtos em fase de ensaio
Percepção da diferenciação do produto	Pouco clara - marca débil	Clara - marca forte
Posição no ciclo de vida do produto	Novo	Estabelecida ou madura
Entraves de acesso no sector retalhista	Reduzidos	Elevados
Economias de gama no sector retalhista	Insignificativas	Substanciais

86. Embora as opções delineadas no Capítulo VIII tenham em conta estas conclusões, cabe esclarecer que a teoria económica não pode constituir o único factor na concepção da política comunitária por diversos motivos. Em primeiro lugar, uma teoria económica pura constitui apenas uma fonte entre várias possíveis. Na prática, a aplicação da teoria económica deve ser levada a caso no contexto da legislação e da jurisprudência existente. Em segundo lugar, as teorias económicas baseiam-se forçosamente em premissas muito

simplificadas, frequentemente obtidas no âmbito de modelos teóricos muito estilizados que não podem tomar em consideração todas as complexidades da realidade. Apenas uma análise individual de cada caso permitirá apreciar o impacto das restrições verticais com uma certa exactidão. Por último, uma análise económica completa de cada caso seria muito onerosa e poderia não ser justificada do ponto de vista dos benefícios obtidos na identificação das situações de mercado e das restrições verticais prejudiciais para a concorrência. Nestas circunstâncias, a política da concorrência pode ter de recorrer a princípios de bom senso relativamente simples, sem proceder a uma análise económica exaustiva de cada caso. Os custos que adviriam para as empresas devido à incerteza daí decorrente e os recursos necessários para efectuar esta análise não justificariam os benefícios económicos resultantes de uma abordagem deste tipo.

* * * * *

Capítulo III

PROCEDIMENTOS E ENQUADRAMENTO INSTITUCIONAL

I. Artigo 85º e o sistema instituído pelo Regulamento nº 17/62

87. O artigo 85º divide-se em duas partes, estabelecendo, por um lado, uma proibição geral e prevendo a possibilidade de isenção, por outro.

O n.º 1 do artigo 85º impõe uma proibição geral em relação aos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham "por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum". Esta proibição é aplicável a todas as fases da cadeia de produção e de distribuição, desde a investigação e desenvolvimento até à comercialização a retalho.

Para declarar um acordo, decisão ou prática concertada contrária ao disposto no n.º 1 do artigo 85º, a Comissão deve determinar que (1) existe uma restrição da concorrência, (2) esta é significativa e (3) afecta o comércio entre os Estados-membros.

A proibição geral relativa aos acordos restritivos é atenuada pela possibilidade de isenção prevista pelo n.º 3 do artigo 85º, que permite à Comissão isentar os acordos que infringem o n.º 1 do artigo 85º mas que cumprem os requisitos nele estabelecidos. O n.º 3 do artigo 85º estabelece os fundamentos com base nos quais pode ser concedida uma isenção. Para ser elegível, um acordo, decisão ou prática concertada deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos consumidores se reserve uma parte equitativa dos lucros daí resultantes; simultaneamente, não deve impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos, nem deve dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

88. Nos termos do disposto no artigo 87º, a Comissão apresentou uma proposta ao Conselho relativa às regras processuais para a aplicação dos artigos 85º e 86º. Estas regras foram adoptadas sob a forma do Regulamento n.º 17/62 pelo Conselho, por maioria qualificada. O Regulamento n.º 17/62 prevê que uma parte pode solicitar à Comissão a emissão de um certificado de que a transacção descrita no pedido não infringe o disposto no n.º 1 do artigo 85º, o denominado "certificado negativo" (artigo 2º). Além disso, requer a notificação dos acordos, decisões e práticas concertadas proibidas pelo n.º 1 do artigo 85º do Tratado, em relação aos quais as partes relevantes solicitem uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º. Os pedidos de certificado negativo ou as notificações para efeitos de isenção devem ser apresentados em conformidade com as regras estabelecidas no Regulamento n.º 3385/94 da Comissão.

89. Ao abrigo do Regulamento n.º 17/62, a Comissão tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto no n.º 1 do artigo 85º mediante a concessão de uma

isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º, sem prejuízo do controlo da decisão pelos tribunais comunitários (n.º 1 do artigo 9º).

90. O Regulamento n.º 17/62 procurou limitar o número de acordos sujeitos ao requisito de notificação. O n.º 2 do artigo 4º prevê que o requisito de notificação não é aplicável às transacções quando:

- (1) nelas participem apenas empresas de um único Estado-membro e não digam respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros;
- (2) neles participem apenas duas empresas e as condições do acordo respeitarem determinados requisitos especificados no artigo; ou
- (3) o acordo se restringe a certos objectivos específicos⁽²¹⁾. Esta disposição tem por objectivo eximir as partes em causa da obrigação de notificação, detendo a Comissão a possibilidade de aplicar o n.º 1 do artigo 85º aos referidos acordos. De um ponto de vista prático, a vantagem decorrente para as empresas consiste no facto de a Comissão poder analisar esses acordos *ex officio* a fim de determinar se se encontram reunidas as condições previstas no n.º 3 do artigo 85º. Em caso afirmativo, pode emitir uma decisão nesse sentido com efeitos retroactivos a partir da data de celebração do acordo. Além disso, o n.º 2 do artigo 4º prevê que esses acordos podem ser notificados. A vantagem dessa notificação reside no facto de que, em conformidade com o n.º 5 do artigo 15º do Regulamento n.º 17/62, as empresas serão dispensadas do eventual pagamento de uma coima. O n.º 2 do artigo 4º não impede a Comissão, na falta de apresentação de uma notificação, de impor uma coima relativamente aos acordos abrangidos por esta disposição.

91. No que diz respeito aos pedidos de certificado negativo ou de isenção individual, a Comissão procede a uma análise casuística. O Regulamento n.º 17/62 identifica as circunstâncias que dão origem ao início de uma investigação por parte da Comissão, a qual pode ser desencadeada por um pedido de certificado negativo (artigo 2º), uma notificação para efeitos de isenção individual (artigo 4º), uma denúncia ou uma iniciativa *ex officio* (artigo 3º), ou assumir a forma de uma investigação sectorial (artigo 12º). Especifica igualmente os poderes de investigação da Comissão, incluindo em matéria de

⁽²¹⁾Mais especificamente, o n.º 2 do artigo 4º prevê que a notificação é facultativa nos casos em que:

- (1) Neles participem apenas empresas de um único Estado-membro e tais acordos, decisões ou práticas não digam respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros;
- (2) Neles participem apenas duas empresas e tais acordos tenham somente por efeito:
 - (a) restringir a liberdade de formação dos preços ou condições de transacção de uma das partes contratantes aquando da revenda de mercadorias que adquira à outra parte contratante, ou
 - (b) impor restrições ao exercício de direitos de propriedade industrial ao adquirente ou ao utilizador - nomeadamente patentes, modelos de utilidade, desenhos e modelos ou marcas - ou ao beneficiário de contratos relativos à cessão ou concessão do direito de usar processos de fabrico ou conhecimentos relacionados com a utilização e a aplicação de técnicas industriais;
- (3) Tenham apenas por objecto:
 - (a) a elaboração ou a aplicação uniforme de normas ou de tipos;
 - (b) a investigação ou o desenvolvimento em comum;
 - (c) a especialização no fabrico de produtos, incluindo os acordos necessários à sua realização,
 - quando os produtos objecto da especialização não representarem, numa parte substancial do mercado comum, mais do que 15 % do volume de negócios realizado com produtos iguais ou considerados similares pelo utilizador, em razão das suas propriedades, preço e uso, e
 - quando o volume de vendas anual total realizado pelas empresas participantes não ultrapassar 200 milhões de unidades de conta.

pedidos de informação (artigo 11º) e de inspecções no local (artigo 14º) ou de pedidos de assistência aos Estados-membros na realização das averiguações (artigo 13º). O artigo 19º estabelece os direitos de defesa da empresa no decurso deste processo (incluindo protecção dos sigilos comerciais), bem como o direito de audição de terceiros; o artigo 20º prevê a não divulgação dos segredos profissionais.

92. Na sequência de uma investigação, a Comissão pode decidir conceder um certificado negativo ou uma isenção se considerar que as actividades em causa podem ser elegíveis para esse efeito. Por outro lado, pode concluir que as actividades infringem o disposto no n.º 1 do artigo 85º e emitir uma comunicação de acusações. A comunicação de acusações consiste numa carta dirigida às empresas que desenvolvem as actividades consideradas pela Comissão como contrárias ao disposto no n.º 1 do artigo 85º, não sendo passíveis de beneficiar de uma isenção. Nessa carta, a Comissão deve expor claramente os factos essenciais em que assentam as suas objecções. Além disso, deve indicar os documentos de que dispõe e considerados como elementos de prova da alegada infracção. A Comissão deve apresentar a sua apreciação dos factos e especificar as medidas que prevê tomar para sanar a situação, incluindo a imposição de coimas. A Comissão permite às empresas inspeccionar todos os documentos com excepção de documentos internos, documentos que contenham segredos profissionais ou outros documentos confidenciais. O Regulamento n.º 99/63 requer que a Comissão especifique na comunicação das acusações o prazo de que dispõem as empresas ou a associação de empresas em causa para a apresentação a sua resposta. Esta pode consistir na apresentação das observações por escrito, com a documentação relevante apensa. Os terceiros interessados beneficiam igualmente da oportunidade de apresentar as suas observações num determinado prazo. O Regulamento n.º 17/62 e o Regulamento n.º 99/63 exigem que a Comissão faculte a todos aqueles que assim o solicitem nas suas observações por escrito a oportunidade de expor o seu ponto de vista numa audição, devendo ser enviado um resumo por escrito às pessoas que nela participem. O Regulamento n.º 17/62 prevê a consulta de um Comité Consultivo composto por representantes dos Estados-membros antes da tomada de qualquer decisão sobre um pedido ou notificação. A Comissão pode subsequentemente adoptar a sua decisão final, que é publicada em todas as línguas oficiais comunitárias, especificando a data a partir da qual produzirá efeito.

93. Antes de emitir um certificado negativo ou uma isenção, a Comissão deve publicar um resumo do pedido ou da notificação relevante em todas as línguas oficiais da Comunidade e convidar os terceiros interessados a apresentar as suas observações (n.º 3 do artigo 19º). O Regulamento n.º 17/62 requer que seja consultado um Comité Consultivo com representantes de todos os Estados-membros antes da tomada de qualquer decisão sobre um pedido ou notificação. A Comissão deve publicar a sua decisão final mediante a qual concede um certificado negativo ou uma isenção em todas as línguas oficiais da Comunidade (n.º 1 do artigo 21º).

94. Por força do Regulamento n.º 17/62, quando a Comissão decide conceder uma isenção, deve especificar a data em que começa a produzir efeito (n.º 1 do artigo 6º), o respectivo prazo de vigência e quaisquer condições ou obrigações específicas (n.º 1 do artigo 8º). Não podem ser impostas coimas relativamente a actos que sejam abrangidos pelos limites das actividades descritas na notificação e realizados após a data de apresentação da notificação mas antes da tomada de uma decisão pela Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 85º (n.º 5, alínea a), do artigo 15º).

95. É apenas possível adoptar anualmente um número limitado de decisões formais relativamente aos casos da aplicação dos artigos 85º e 86º. As decisões formais permitem à Comissão expor a sua posição no que respeita a determinadas questões e/ou determinados sectores e clarificar os critérios que serão subsequentemente aplicados no que se refere a acordos análogos. São igualmente tomadas decisões desfavoráveis a fim de obrigar as empresas a respeitar as normas comunitárias da concorrência e, nomeadamente, para a imposição de coimas.

96. Na maior parte dos casos de pedido de certificado negativo ou isenção individual, a Comissão limita-se a declarar através de uma simples carta, o denominado "ofício de arquivamento", (i) que considera que não há motivos que justifiquem uma intervenção da sua parte contra o acordo nos termos do n.º 1 do artigo 85º (certificado negativo), ou (ii) que o acordo parece respeitar as condições necessárias para a concessão de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º. Relativamente aos casos verticais, em média, este processo é concluído num prazo de 18 meses a contar da data de recepção da notificação. Os ofícios de arquivamento constituem uma garantia considerável, embora não assegurem uma segurança jurídica total. Limitam-se a indicar, à partida, a abordagem favorável da Comissão relativamente ao caso em análise.

97. Uma isenção, uma vez concedida, pode ser renovada (n.º 2 do artigo 8º). Pode ser igualmente revogada ou alterada com efeitos retroactivos, se a situação de facto se alterar, se as partes não cumprirem uma obrigação incluída na decisão, se a decisão se fundamentar em indicações inexactas ou tiver sido obtida fraudulentamente, ou se as partes abusarem da isenção (n.º 3 do artigo 8º).

II. Isenções por categoria relacionadas com as restrições verticais

Regulamento n.º 19/65 e a adopção de regulamentos de isenção por categoria

98. O artigo 87º do Tratado de Roma prevê que o Conselho, sob proposta da Comissão, adoptará regulamentos conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85º e 86º, incluindo regulamentos para "determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 85º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo" e "definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 85º e 86º, relativamente aos diversos sectores económicos".

99. Na sequência da entrada em vigor do Regulamento n.º 17/62, a Comissão deparou-se com o problema de uma "avalanche" de notificações, muitas das quais incidiam sobre as restrições verticais (quase 30 000 acordos notificados). Consequentemente, a fim de facilitar a tarefa da Comissão na tramitação do importante número de notificações apresentadas, o Conselho adoptou por maioria qualificada o Regulamento n.º 19/65, sob proposta da Comissão, baseando-se para o efeito nas competências que lhe eram conferidas nos termos do artigo 87º do Tratado. O Regulamento n.º 19/65 do Conselho permitiu à Comissão "declarar, por meio de regulamento, que o disposto no n.º 1 do artigo 85º não é aplicável a determinadas categorias de acordos e práticas concertadas". O Regulamento n.º 19/65 especificava que esses regulamentos eram apenas aplicáveis às categorias de acordos em que participassem duas empresas e envolvessem acordos de distribuição exclusiva e acordos de compra exclusiva relativos a mercadorias para fins de revenda, e as restrições impostas em matéria de concessão de direitos de propriedade industrial (n.º 1 do artigo 1º). O regulamento

deve especificar as restrições ou as cláusulas que não podem figurar nos acordos, bem como as cláusulas que devem figurar nos acordos ou quaisquer outras condições que devam ser preenchidas (n.º 2 do artigo 1º). Todos os regulamentos que prevejam isenções por categoria terão uma vigência limitada (artigo 2º), podendo ser revogados ou alterados quando as circunstâncias se alterarem em relação a um elemento que tenha sido essencial para a sua adopção. Podem ser igualmente revogados relativamente a um caso específico sempre que tenham efeitos que são incompatíveis com o n.º 3 do artigo 85º (artigo 7º). Para retirar o benefício de uma isenção por categoria, a Comissão deve observar todo o procedimento conducente à adopção de uma decisão ao abrigo do n.º 1 do artigo 85º. Actualmente, não existe qualquer mecanismo de retirada do benefício de uma isenção por categoria que anule o benefício da suspensão das coimas, de forma análoga ao previsto no n.º 6 do artigo 15º do Regulamento n.º 17/62.

100. Consequentemente, o regulamento da isenção por categoria permite à Comissão isentar uma categoria de acordos análogos cujos benefícios a favor da concorrência são superiores aos seus efeitos anticoncorrenciais. Um acordo correspondente que respeite as condições estabelecidas nesse regulamento é automaticamente considerado isento do disposto no n.º 1 do artigo 85º, não precisando de ser notificado. Os acordos que satisfazem as condições de uma isenção por categoria beneficiam do mesmo estatuto jurídico e das mesmas vantagens que os acordos aos quais tenha sido concedida uma isenção individual.

Regulamentos de isenção por categoria da Comissão relativos a restrições verticais

101. Os regulamentos de isenção por categoria da Comissão abrangem a maioria dos acordos verticais, isto é, a distribuição exclusiva (Regulamento n.º 1983/83), a compra exclusiva, com disposições especiais relativamente à cerveja e às estações de serviço (Regulamento n.º 1984/83) e a franquia (Regulamento n.º 4087/88)⁽²²⁾.

102. Todas as isenções por categoria em matéria de restrições verticais são aplicáveis independentemente das quotas de mercado ou das vendas⁽²³⁾. Os regulamentos relativos à distribuição exclusiva e à compra exclusiva prevêm as seguintes disposições: uma lista exaustiva das cláusulas restritivas que são isentas ao abrigo do regulamento (a denominada "lista branca"); uma lista não exaustiva de outras disposições que não restringem normalmente a concorrência e que podem figurar nos acordos isentos; uma lista de cláusulas restritivas consideradas anticoncorrenciais e que impedem os acordos em causa de beneficiar da isenção por categoria (a denominada "lista negra").

103. Procedimento de não-oposição

Alguns regulamentos de isenção por categoria (incluindo, no contexto dos acordos verticais, o relativo à franquia) prevêm um procedimento de não-oposição, ao qual se

⁽²²⁾Outros regulamentos incluem os relativos à distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis (Regulamento n.º 1475/95) e à propriedade intelectual (Regulamento n.º 2349/84 relativo a acordos de licença de patente e o Regulamento n.º 556/89 relativo a acordos de licença de saber-fazer).

⁽²³⁾A aplicabilidade de algumas isenções por categoria, incluindo as que regem os acordos de especialização e de investigação e desenvolvimento é limitada por limiares estabelecidos sob a forma de quotas de mercado.

pode recorrer em relação às restrições que não sejam claramente dispensadas e não figurem na lista negra, concebido para melhorar a eficiência da tramitação das notificações. Ao abrigo deste procedimento, se a Comissão não se opuser a um acordo no prazo de 6 meses a contar da data de recepção de uma notificação completa, o acordo é considerado isento⁽²⁴⁾. Se a Comissão se opuser a um acordo, os efeitos da notificação são regidos pelo disposto no Regulamento n.º 17/62. Podem verificar-se, contudo, atrasos decorrentes de uma notificação incompleta. Em 1995, o procedimento de não-oposição foi apenas utilizado duas vezes no âmbito do regulamento de isenção por categoria relativo à franquia. A Comissão gostaria de receber observações sobre o motivo pelo qual não se recorreu de forma mais extensiva ao procedimento de não-oposição.

III. Tramitação dos processos relativos a acordos de distribuição selectiva

104. Existe distribuição selectiva quando um fornecedor limita a venda dos seus produtos a distribuidores por ele seleccionados em função de critérios específicos. Este método de distribuição é geralmente empregue apenas em determinados sectores, em especial, os relacionados com produtos de luxo ou de alta tecnologia.

105. Não é aplicável qualquer isenção por categoria aos acordos de distribuição selectiva. A prática da Comissão é reflectida em aproximadamente 20 decisões formais adoptadas ao longo dos últimos anos, em declarações publicadas nos relatórios anuais da concorrência da Comissão e nos acórdãos proferidos pelos tribunais comunitários.

IV. Papel dos tribunais nacionais

106. Os tribunais dos Estados-membros são competentes, tal como a Comissão, para aplicar o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 85º e do artigo 86º através da doutrina do efeito directo. Os tribunais, por seu lado, não estão habilitados a conceder isenções relativamente a práticas restritivas que reúnem as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 85º, sendo a Comissão a única competente nesta matéria (n.º 1 do artigo 9º do Regulamento n.º 17/92).

107. As partes que interpõem acções nos tribunais nacionais por infracções do direito comunitário da concorrência podem recorrer a todas as regras processuais e vias de recurso previstas pela legislação nacional. As vias de recurso e as regras processuais aplicadas pelos tribunais nacionais no caso de infracções ao direito comunitário não podem ser menos favoráveis do que as aplicáveis a uma infracção análoga ao direito nacional, incluindo medidas cautelares, injunções e, em muitos Estados-membros, indemnizações.

108. Em 1992, o Tribunal da Primeira Instância afirmou o direito da Comissão de rejeitar as denúncias que não assumam um interesse comunitário significativo e em que é possível uma solução satisfatória através dos tribunais nacionais. Em conformidade com este acórdão, a Comissão rejeitará essas denúncias pelo que se prevê que tal conduzirá a um aumento significativo no número de processos relativos ao direito comunitário da concorrência interpostos perante os tribunais nacionais.

⁽²⁴⁾Ver, por exemplo, n.º 1 do artigo 6º do Regulamento n.º 4087/88 de 30 de Novembro de 1988.

109. Em 1993, a Comissão emitiu a sua "Comunicação sobre a Cooperação entre os Tribunais Nacionais e a Comissão na Aplicação dos Artigos 85º e 86º do Tratado CEE"⁽²⁵⁾, a fim de assistir os tribunais nacionais na análise destes processos. Nesta comunicação é definido um processo pelo qual os tribunais nacionais se podem orientar na aplicação do direito comunitário da concorrência. Prevê que os tribunais nacionais devem respeitar qualquer decisão de isenção adoptada pela Comissão (ponto 25) e sugere que os tribunais nacionais podem determinar se os acordos, decisões ou práticas concertadas são abrangidos pelo âmbito de aplicação dos regulamentos de isenção por categoria (ponto 26).

V. Papel das autoridades nacionais da concorrência

Aplicação das regras comunitárias da concorrência pelas autoridades nacionais

110. Cada Estado-membro instituiu uma autoridade nacional da concorrência. O artigo 88º do Tratado confere às autoridades nacionais competência para a aplicação do direito comunitário da concorrência. Desde que a Comissão não tenha dado início a um processo nos termos do artigo 85º⁽²⁶⁾, as autoridades dos Estados-membros têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85º, nos termos do artigo 88º do Tratado de Roma (n.º 3 do artigo 9º do Regulamento n.º 17/62). No entanto, não podem conceder uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85º, nem retirar o benefício de uma isenção por categoria. Como supramencionado, a Comissão é a única competente para a concessão de uma isenção desse tipo. As isenções por categoria são, como acima referido, directamente aplicáveis, podendo ser assim aplicadas pelas autoridades nacionais.

111. É necessária a devida legislação nacional para permitir às autoridades nacionais proceder à aplicação dos artigos 85º e 86º e para fazer prevalecer as vias de recurso nacionais. Oito Estados-membros adoptaram legislação nesta matéria⁽²⁷⁾, enquanto sete países não o fizeram ainda⁽²⁸⁾. As vias de recurso variam consideravelmente entre os Estados-membros, em função dos diversos ordenamentos e tradições jurídicos. Deste modo, a posição das partes varia consoante as vias de recurso propiciadas pelo Estado-membro em que é interposta a acção em tribunal.

112. A Comissão publicou recentemente um projecto de comunicação relativo à aplicação do n.º 1 do artigo 85º (e do artigo 86º) pelas autoridades nacionais.⁽²⁹⁾ Tal como a comunicação relativa aos tribunais nacionais, esta comunicação estabelecerá um mecanismo de informação e consulta entre a Comissão e as autoridades nacionais nos

⁽²⁵⁾JO n.º C 39 de 13 de Fevereiro de 1993, p. 5.

⁽²⁶⁾O n.º 3 do artigo 9º do Regulamento n.º 17/62 prevê que enquanto a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2º (emissão de um certificado negativo), 3º (termo das infracções) ou 6º (tomada de uma decisão nos termos do n.º 3 do artigo 85º), as autoridades dos Estados-membros têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85º.

⁽²⁷⁾Áustria, Alemanha, França, Itália, Espanha, Bélgica, Grécia e Portugal.

⁽²⁸⁾ Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Suécia e Reino Unido.

⁽²⁹⁾JO n.º C 262 de 10 de Setembro de 1996

casos em que estas últimas aplicam os referidos artigos ou o direito nacional da concorrência a casos transfronteiras.

Aplicação do direito nacional da concorrência pelas autoridades nacionais

113. No período decorrido desde a entrada em vigor do Tratado de Roma em 1958, todos os Estados-membros adoptaram alguma forma de direito da concorrência ou alteraram a sua legislação já vigente, no que diz respeito às restrições da concorrência e abusos de posição dominante. O Capítulo VI analisa a legislação dos Estados-membros em matéria de restrições verticais.

114. As regras nacionais da concorrência são normalmente aplicáveis a situações em que os principais efeitos sobre a prática vertical são ressentidos nos mercados delimitados geograficamente pelas fronteiras de um único Estado-membro.

115. As autoridades nacionais da concorrência têm competência para aplicar a sua legislação nacional da concorrência. Em geral, dispõem de poderes para investigar, tomar decisões e impor sanções. As decisões administrativas das autoridades da concorrência podem ser, nalgumas circunstâncias, sujeitas a controlo por um tribunal nacional. Os poderes de investigação nalguns Estados-membros são geralmente mais extensivos do que os da Comissão no que diz respeito a dois importantes aspectos: muitas instâncias nacionais podem visar particulares nas suas investigações, impondo sanções em caso de não cooperação, incluindo penas penais em caso de não observância de uma ordem do tribunal; e dispõem de competências policiais, incluindo a possibilidade de obter mandatos de busca, que podem ser utilizados para apoiar os seus esforços na realização de inspecções no local.

116. As legislações dos Estados-membros não podem ser aplicadas se entrarem em conflito com o direito comunitário. Se a Comissão tiver tomado uma decisão quanto à não aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85º, a autoridade nacional pode decidir livremente se foi infringido o direito nacional da concorrência. No entanto, se a Comissão conceder uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º, a autoridade nacional não pode tomar medidas contrárias, quer ao abrigo do direito comunitário, quer ao abrigo do direito nacional.

* * * * *

Capítulo IV

REGRAS VIGENTES EM MATÉRIA DE RESTRIÇÕES VERTICAIS

I. Condições gerais de aplicação do artigo 85º

117. Como anteriormente assinalado, os acordos de distribuição suscitam problemas específicos em virtude da natureza ambivalente que normalmente os caracterizam. Com efeito, estes acordos podem constituir um instrumento adequado para permitir a certas empresas penetrar em novos mercados e comercializar os seus produtos de forma eficaz. Por outro lado, os acordos deste tipo podem, no entanto, ser utilizados para vedar o acesso de terceiros ao mercado e perpetuar a compartimentação do mercado comum. Esta ambivalência deu origem a um aceso debate no que respeita nomeadamente aos limites do âmbito de aplicação do artigo 85º às restrições verticais .

118. Por seu lado, num dos seus primeiros acórdãos proferidos na matéria, o Tribunal de Justiça precisou que o artigo 85º visa tantos os acordos horizontais como os acordos verticais e, no que respeita a estes últimos, estabeleceu nomeadamente o seguinte:

se a concorrência entre os produtores for geralmente mais acentuada que a existente entre os distribuidores da mesma marca, daí não se depreenderá que um acordo susceptível de restringir esta última não é abrangido pela proibição enunciada no n.º 1 do artigo 85º devido ao simples facto de poder reforçar a primeira⁽³⁰⁾.

Para compreender esta abordagem, importa inserir as regras da concorrência previstas pelo Tratado CE no seu contexto global. A este propósito, segundo uma interpretação teleológica baseada nos princípios que figuram nos artigos 2º e na alínea f) do artigo 3º do Tratado CE, as disposições comunitárias em matéria de concorrência visam não apenas *proteger a eficiência do sistema económico* mas representam igualmente um instrumento para *promover a integração das economias nacionais* tendo em vista a criação do mercado único. De modo geral, esta abordagem conduz, por um lado, a que a apreciação das condições de funcionamento da concorrência entre produtos da mesma marca assuma uma função autónoma. Por outro, em virtude do objectivo de integração dos mercados, qualquer sistema de distribuição que dê origem a uma protecção territorial absoluta é normalmente considerado como contrário a um dos objectivos fundamentais do Tratado e, por conseguinte, incompatível com as regras comunitárias da concorrência. Como será em seguida descrito de forma pormenorizado, este último elemento assume uma particular importância para a política da concorrência da Comissão que, nesta matéria, se caracteriza pelo seu empenhamento constante em impugnar os acordos susceptíveis de entravar o comércio paralelo e as vendas passivas no exterior dos territórios concedidos.

⁽³⁰⁾Acórdão de 13 de Julho de 1966, *Grundig et Consten c. Comissão*, processos conjuntos 56/64 e 58/64, Col. 429.

119. O presente capítulo tem nomeadamente por objectivo lembrar as regras prescritas nos regulamentos de isenção por categoria relativos à distribuição, bem como os princípios aplicáveis aos acordos de distribuição selectiva. A complexidade do tema não permite desenvolver neste contexto uma análise pormenorizada dos casos individuais de aplicação do n.º 3 do artigo 85º aos acordos não abrangidos pelos regulamentos em questão. De igual forma, o presente capítulo não procurará descrever de forma exaustiva a prática da Comissão no que se refere às condições gerais de aplicação do n.º 1 do artigo 85º na matéria. Quanto a este último aspecto, as observações subsequentemente tecidas deverão oferecer uma orientação geral.

II. Tipos de acordos de distribuição

120. A prática da Comissão estabelece uma distinção entre *quatro tipos principais de acordos verticais* a saber, a distribuição exclusiva, a compra exclusiva, a distribuição selectiva e a franquia.

Os acordos de distribuição exclusiva

121. O Regulamento n.º 1983/83 visa um tipo específico de acordo de distribuição exclusiva, particularmente utilizado na prática. Nos termos do seu artigo 1º, o referido regulamento abrange nomeadamente "os acordos em que participam apenas duas empresas e nos quais uma das partes se obriga perante a outra a só fornecer certos produtos a esta, para fins de revenda, no todo ou numa parte definida do território do mercado comum". Na prática, o Regulamento n.º 1983/83 visa o conjunto dos acordos bilaterais de distribuição exclusiva que incidem sobre produtos acabados e que produzem efeitos transfronteiras. Em contrapartida, os acordos mediante os quais o fornecedor designa mais do que um concessionário no território contratual não são abrangidos pelo referido regulamento e devem, conseqüentemente, ser objecto de um exame individual. Os acordos que tenham por objecto a prestação de serviços também não são abrangidos pelo âmbito de aplicação deste regulamento. Além disso, o regulamento em questão apenas abrange os acordos celebrados para fins de revenda⁽³¹⁾. De modo geral, no que respeita aos acordos não abrangidos pelo regulamento, a prática da Comissão em matéria de tomada de decisões inspira-se numa interpretação bastante lata do n.º 3 do artigo 85º.

122. Como estabelecido nos quinto ao sétimo considerandos, os acordos de distribuição exclusiva que preenchem todas as condições do Regulamento n.º 1983/83 "conduzem, em geral, a uma melhoria da distribuição" uma vez que o produtor "não é obrigado a manter múltiplas relações comerciais com um grande número de revendedores e o facto de manter relações apenas com um único revendedor permite solucionar, mais facilmente, as dificuldades resultantes, no comércio internacional, das diferenças de ordem linguística, jurídica e outra". Além disso, os acordos em questão "facilitam a promoção da venda de

⁽³¹⁾Segundo a abordagem adoptada pela Comissão, o conceito de revenda abrange igualmente os casos em que o vendedor embala, trasfega ou transvasa os produtos que lhe são fornecidos. Além disso, se o vendedor desempenhar prestações suplementares a fim de melhorar a qualidade, a conservação, a aparência ou o sabor dos produtos, a importância da mais-valia introduzida por estas prestações é determinante para estabelecer se o objectivo do acordo em causa é a revenda dos produtos fornecidos.

um produto e permitem actuar, de forma intensiva, no mercado e assegurar a continuidade do abastecimento, racionalizando a distribuição; [...] tais acordos estimulam, igualmente, a concorrência entre os produtos de diferentes fabricantes", pelo que estes acordos representam o meio frequentemente mais eficaz senão mesmo o único meio, nomeadamente para as pequenas e médias empresas, de penetrar no mercado. Por último, esses acordos permitem igualmente aos utilizadores "encontrar mais rápida e facilmente os produtos fabricados, em especial, noutros Estados-membros".

123. Estas vantagens não decorrem automaticamente dos acordos de exclusividade, tanto recíprocos como não recíprocos, celebrados entre empresas concorrentes. É por esta razão que o regulamento não é aplicável a estes acordos, que devem ser normalmente objecto de um exame individual. A única excepção a esta regra diz respeito aos acordos não recíprocos sempre que as duas partes ou uma destas realize um volume de negócios inferior a 100 milhões de ecus. Salvo esta excepção, os acordos de exclusividade entre concorrentes devem ser objecto de análise numa base casuística da qual poderá resultar, em certas circunstâncias, a concessão de uma isenção a título individual⁽³²⁾.

Os acordos de compra exclusiva

124. O Regulamento n.º 1984/83 apenas abrange os acordos *de compra exclusiva* celebrados entre duas empresas para fins de revenda. Estes acordos caracterizam-se pelo compromisso assumido pelo revendedor no sentido de não comprar os produtos que são objecto do contrato junto de outros fornecedores que não o seu cocontratante (ou terceiro designado por este último). O fornecedor pode abastecer-se junto de outros revendedores na mesma área de venda ao mesmo nível de distribuição e, por seu turno, o revendedor não se encontra sujeito a restrições territoriais nos seus esforços de venda. Em contrapartida, a obrigação principal de compra exclusiva é frequentemente acompanhada por uma obrigação complementar de não concorrência, mediante a qual o revendedor se compromete a não fabricar ou distribuir produtos em concorrência com os produtos abrangidos pelo contrato. No terceiro considerando, o Regulamento n.º 1984/83 indica que "os acordos de compra exclusiva das categorias definidas no presente regulamento podem ser abrangidos pela proibição constante do n.º 1 do artigo 85º do Tratado [...], em especial, quando fazem parte de um sistema de acordos similares que, no conjunto, têm possibilidade de afectar o comércio entre Estados-membros". Com efeito, esses acordos têm como consequência subordinar o revendedor a um fornecedor único e podem, em determinados casos, conduzir à criação de entraves significativos quanto ao acesso ao mercado por terceiros. Daí resulta que as restrições supramencionadas suscitam um interesse significativo no âmbito do direito da concorrência em virtude nomeadamente das suas repercussões sobre a concorrência entre marcas diferentes.

125. Não obstante, importa acrescentar que os acordos de compra exclusiva conformes às condições fixadas pelo Regulamento n.º 1984/83 comportam vantagens económicas que justificam uma apreciação favorável na óptica do n.º 3 do artigo 85º. Em especial, como

⁽³²⁾Ver, por exemplo, a Decisão *Moosehead/Whitbread*, JOCE n.º L 100 de 20.4.1990, p. 15. No âmbito do processo *Carlsberg/Interbrew* (ver XXIV Relatório sobre a Política da Concorrência, p. 419), a autorização do acordo pela Comissão foi condicionada ao facto das funções relativas à determinação dos preços, a acções publicitárias e ao posicionamento dos produtos em causa não serem deixados à discrição do concessionário.

resulta dos quinto, sexto e sétimo considerandos, os acordos de abastecimento exclusivo podem contribuir para melhorar a produção e a distribuição dos produtos dado que permitem às partes contratantes planificar a produção e a venda dos seus produtos de maneira mais exacta e com maior antecedência, limitar os riscos das flutuações de mercado e reduzir os custos de produção, armazenagem e comercialização. A conclusão de tais acordos constitui frequentemente o único meio de as pequenas e médias empresas penetrarem no mercado, fomentando deste modo a concorrência. Além disso, os acordos em causa facilitam a promoção das vendas e permitem actuar de uma forma intensiva no mercado pelo que, em geral, o fornecedor contribui assim para a melhoria da estrutura da rede de distribuição. Por seu turno, os utilizadores tiram partido destes acordos na medida em que beneficiam de um abastecimento regular e mais fácil dos produtos em causa. Contudo, esta apreciação favorável fica subordinada à condição dos acordos em questão não contribuírem para entravar significativamente o acesso ao mercado por terceiros. Assim, no âmbito de um processo recente⁽³³⁾, a Comissão teve que proceder à revogação da isenção por categoria, em virtude nomeadamente do efeito de exclusão resultante dos acordos em causa.

Tal como nos casos dos acordos de distribuição exclusiva, as vantagens supramencionadas não decorrem automaticamente dos acordos de compra exclusiva, tanto recíprocos como não recíprocos, celebrados entre empresas concorrentes. O regulamento é apenas aplicável aos acordos não recíprocos quando as duas partes ou uma destas realiza um volume de negócios inferior a 100 milhões de ecus. Os outros acordos entre concorrentes devem ser objecto de uma análise individual.

Compra exclusiva: acordos de fornecimento de cerveja e acordos relativos a estações de serviço

126. Para além das considerações tecidas supra em relação às compras exclusivas em geral, é de assinalar que são aplicáveis determinadas disposições especiais à cerveja e às estações de serviço. Em relação à cerveja e às estações de serviço, os acordos de compra exclusiva caracterizam-se em geral pelo facto de "o fornecedor conceder ao revendedor vantagens económicas e financeiras particularmente importantes, atribuindo-lhe quantias em dinheiro a fundo perdido, concedendo-lhe ou conseguindo-lhe empréstimos em condições vantajosas, concedendo-lhe um terreno ou locais para a exploração da loja de bebidas ou da estação de serviço, pondo à sua disposição instalações técnicas ou outros equipamentos ou efectuando outros investimentos em benefício do revendedor..." (13º considerando). "As vantagens económicas e financeiras que o fornecedor concede ao revendedor facilitam sensivelmente a instalação ou a modernização de lojas de bebidas ou de estações de serviço, assim como a sua manutenção e exploração; [...] a obrigação de compra exclusiva e a proibição de concorrência levam o vendedor a concentrar os seus esforços de venda nos produtos referidos no acordo, com todos os meios de que dispõe; [...]. Tais acordos levam as partes contratantes a estabelecer uma cooperação de longa duração que lhes permite melhorar a qualidade dos produtos e do serviço aos clientes fornecido pelo revendedor [...]; permite-lhe uma planificação a longo prazo das vendas e, portanto, uma organização rentável da produção e da distribuição; [...] a pressão da concorrência entre produtos de marcas diferentes obriga os interessados a adaptar de modo

⁽³³⁾Decisão *Langnese-Iglo GmbH* de 23.12.1992, JOCE nº L 183 de 26.7.1993, p. 1.

permanente o número e as características das lojas de bebidas e das estações de serviço aos desejos dos clientes" (15º considerando). A fim de obter estas vantagens objectivas, a distribuição exclusiva da cerveja ou da gasolina deve circunscrever-se às instalações designadas para o efeito. Isto estabelece uma distinção entre os acordos relativos à cerveja e à gasolina e os acordos gerais de compra exclusiva em que não são previstos quaisquer limites quanto às instalações designadas. Por conseguinte, no intuito de assegurar aos revendedores a sua liberdade comercial e garantir o acesso a outros fornecedores ao nível retalhista da distribuição, são impostas restrições temporárias e a gama de produtos que pode ser abrangida pelo acordo é objecto de uma definição rigorosa. É de observar que os acordos relativos ao fornecimento de cerveja a favor das pequenas cervejeiras não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º⁽³⁴⁾.

Os acordos de distribuição selectiva

127. Os contratos de distribuição selectiva comportam geralmente um compromisso recíproco das partes por força do qual o fabricante se compromete a abastecer apenas os revendedores que satisfaçam certas condições profissionais ou técnicas e os distribuidores autorizados, por seu turno, comprometem-se a não vender ou a adquirir os produtos abrangidos pelo contrato junto de grossistas ou retalhistas que não se integrem na rede oficial. O recurso a um sistema de distribuição selectiva prende-se, regra geral, com a natureza do produto.

128. Com base na prática administrativa da Comissão e da jurisprudência do Tribunal, pode ser estabelecida uma distinção entre três tipos de distribuição selectiva, cada um dos quais se caracteriza pela natureza mais ou menos restritiva dos critérios aplicados⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾Ponto 40 da Comunicação da Comissão relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e n.º 1984/83 da Comissão de 22 de Junho de 1983, JOCE n.º C 121 de 13.5.1992.

⁽³⁵⁾A distribuição selectiva não é abrangida por qualquer regulamento de isenção por categoria, pelo que as observações relativas a esta forma de distribuição tecidas no presente capítulo se baseiam na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, bem como na prática da Comissão em matéria de tomada de decisões. Os processos mais significativos interpostos perante o Tribunal de Justiça e o TPI são os seguintes: *Metro I* de 25.10.1977, processo 26/76, Col. 1977, p. 1875; *L'Oréal* de 11.12.1980, processo 31/80, Col. 1980, p. 3775; *Lancôme* de 10.7.1980, processo 99/79, Col. 1980, p. 2511; *Salonia* de 16.6.1981, processo 126/80, Col. 1981, p. 1574; *Demo-Studio Schmidt* de 11.10.1983, processo 210/81, Col. 1983, p. 3045; *AEG/Telefunken* de 25.10.1983, processo 107/82, Col. 1983, p. 3151; *Binon* de 3.7.1985, processo 243/83, Col. 1985, p. 2034; *Ford Werke II* de 17.9.1985, processos 25 e 26/84, Col. 1985, p. 2725; *ETA c. DK Investment* de 10.12.1985, processo 31/85, Col. 1985, p. 3933; *Metro II* de 22.10.1986, processo 75/84, Col. 1986, p. 3076; *Vichy* de 27.2.1992, processo T-19/91. Quanto às decisões da Comissão, ver *Kodak*, JOCE n.º L 147 de 7.7.1970, p. 24; *Omega*, JOCE n.º L 242 de 5.11.1970, p. 22; *Bayerische Motoren Werke*, JOCE n.º L 29 de 3.2.1975, p. 1; *SABA I*, JOCE n.º L 29 de 3.2.1976, p. 19; *Junghans*, JOCE n.º L 30 de 2.2.1977, p. 10; *Krupps*, JOCE n.º L 120 de 13.5.1980, p. 26; *Hasselbald*, JOCE n.º L 161 de 12.6.1982, p. 18; *AEG/Telefunken*, JOCE n.º L 117 de 30.4.1982, p. 15; *Ford Werke*, JOCE n.º L 327 de 24.11.1983, p. 31; *Murat*, JOCE n.º L 348 de 10.12.1983, p. 15; *SABA II*, JOCE n.º L 376 de 31.12.1983, p. 41; *IBM Personal Computer*, JOCE n.º L 118 de 5.4.1984, p. 24; *Grohe*, JOCE n.º L 19 de 23.1.1985, p. 17; *Ideal Standard*, JOCE n.º L 20 de 24.1.1985, p. 38; *Grundig*, JOCE n.º L 233 de 30.8.1985, p. 1; *Ivoclar*, JOCE n.º L 369 de 31.12.1985, p. 1; *Villeroy & Boch*, JOCE n.º L 376 de 31.12.1985, p. 15; *Vichy*, JOCE n.º L 75 de 21.3.1991, p. 57; *Yves Saint Laurent Parfums*, JOCE n.º L 12 de 18.1.1992, p. 24; *Givenchy*, JOCE n.º L 236 de 19.08.1992, p. 11.

- i) As redes baseadas unicamente na aplicação de critérios *qualitativos*. Este tipo de selecção assenta em critérios objectivos, que têm como finalidade definir o nível de qualificação profissional que o distribuidor ou o seu pessoal de vendas deve possuir, bem como as condições técnicas e operacionais que cada estabelecimento de venda deve respeitar. No plano jurídico, a Comissão recorreu, desde as suas primeiras decisões na matéria, à aplicação de uma "regra da razão" segundo a qual a proibição enunciada no n.º 1 do artigo 85º não visa, em princípio, estes sistemas de distribuição sempre que a autorização dos revendedores respeitar os três requisitos seguintes⁽³⁶⁾. Em primeiro lugar, os critérios objectivos de natureza qualitativa devem estar relacionados com a natureza dos produtos em causa (*princípio da necessidade*)⁽³⁷⁾. Em segundo lugar, não devem basear-se em exigências excessivas em relação ao objectivo prosseguido, a saber, a manutenção de um comércio especializado que possa assegurar a venda, nas melhores condições, dos produtos contratuais (*princípio da proporcionalidade*). Em terceiro lugar, os critérios de selecção qualitativos devem ser fixados de forma uniforme relativamente a todos os revendedores potenciais e aplicados de forma não discriminatória (*princípio da não discriminação*).
- ii) As redes cujo acesso seja reservado apenas aos revendedores que, embora satisfaçam certos critérios qualitativos, se encontram igualmente dispostos a subscrever compromissos suplementares *de carácter promocional*, não são abrangidas pela aplicação da "regra da razão" e encontram-se sujeitas à proibição enunciada no n.º 1 do artigo 85º. No entanto, uma vez que estas obrigações suplementares permitem concentrar a distribuição nos estabelecimentos de venda mais rentáveis, racionalizando a repartição dos custos ligados à divulgação dos produtos e à assistência aos estabelecimentos de venda autorizados, estas redes podem, em geral, beneficiar de uma isenção por força do n.º 3 do artigo 85º.
- iii) As redes em que o fabricante limite o número de revendedores em função de critérios puramente *quantitativos* (por exemplo, com base no potencial de compra de uma região) são abrangidos, em princípio, pelo n.º 1 do artigo 85º. Actualmente, a Comissão não admite a possibilidade de conceder uma isenção salvo em circunstâncias excepcionais⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾Esta conclusão geral deve, no entanto, ser interpretada de outra forma em determinados casos específicos em que o mercado relevante se caracteriza por uma rigidez e uma estrutura excessiva, devido nomeadamente ao efeito cumulativo decorrente de uma multiplicação das redes de distribuição selectiva, uma vez que o elemento de concorrência inerente a esses sistemas deixaria de ser suficiente para assegurar uma concorrência eficaz. Nestes casos, o sistema em causa poderia ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, devendo assim ser examinado à luz do disposto no n.º 3 do artigo 85º.

⁽³⁷⁾Neste contexto, a Comissão tem assumido até à data uma posição globalmente favorável em relação às redes de distribuição que operam no sector de produtos de alta tecnologia, de determinados produtos especiais (por exemplo, produtos da imprensa) e de determinados bens de luxo.

⁽³⁸⁾Ver, por exemplo, o Regulamento n.º 4075/95 em matéria de distribuição de veículos automóveis.

Os acordos de franquia

129. O Regulamento n.º 4087/88 abrange os acordos pelos quais uma empresa, o franqueador, concede a uma outra, o franqueado, mediante uma compensação financeira directa ou indirecta, o direito de explorar uma franquia com o objectivo de comercializar tipos de produtos e/ou serviços determinados. Por seu turno, a noção de franquia designa neste contexto um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual (marcas, designações comerciais, insígnias, desenhos e modelos, direitos de autor, saber-fazer ou patentes) destinados a ser explorados para a revenda de produtos ou a prestação de serviços aos utilizadores finais. Três elementos essenciais caracterizam uma rede de franquia, a saber (i) a utilização de uma designação ou de uma insígnia comuns e uma apresentação uniforme dos estabelecimentos, (ii) a transmissão pelo franqueador de um saber-fazer, (iii) o fornecimento contínuo pelo franqueador de uma assistência comercial ou técnica.

130. O Regulamento n.º 4087/88 parte do princípio segundo o qual as "cláusulas que são essenciais para preservar a identidade comum e a reputação da rede ou para impedir que os concorrentes beneficiem do saber-fazer e da assistência do franqueador" (11º considerando) não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 85º. Em especial, o n.º 2 do artigo 3º enumera uma série de obrigações não abrangidas pela proibição supramencionada. Trata-se nomeadamente da obrigação de (i) frequentar estágios de formação organizados pelo franqueador, (ii) aplicar os métodos comerciais concebidos pelo franqueador, (iii) cumprir as normas do franqueador quanto ao equipamento e à apresentação das instalações e/ou meios de transporte previstos no contrato, (iv) permitir ao franqueador efectuar os controlos necessários para comprovar a observância das normas supramencionadas, (v) não mudar a localização das instalações previstas no contrato sem o consentimento do franqueador, (vi) não ceder os direitos e obrigações decorrentes do acordo de franquia sem o consentimento do franqueador, (vii) não divulgar o saber-fazer, mesmo após a cessação do acordo, e na condição deste não ser do domínio público, (viii) comunicar e conceder licenças ao franqueador, numa base não exclusiva, das melhorias resultantes da exploração do saber-fazer, (ix) não utilizar o saber-fazer licenciado pelo franqueador para fins que não sejam os da exploração da franquia, (x) informar o franqueador das violações dos direitos de propriedade industrial ou intelectual objecto da licença, agir judicialmente contra os infractores ou apoiar o franqueador em quaisquer acções judiciais contra os mesmos.

131. No entanto, esses acordos podem conter cláusulas restritivas da concorrência como, por exemplo, a concessão de um território exclusivo aos franqueados ou a obrigação de os franqueados não venderem ou utilizarem, no âmbito da prestação de serviços, produtos concorrentes. Estas restrições são, em princípio, abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º mas podem, em determinadas condições, beneficiar de uma isenção. Neste contexto, no quadro do Regulamento n.º 4087/88, as desvantagens inerentes a eventuais restrições da concorrência são avaliadas à luz dos efeitos positivos que podem decorrer das mesmas. Reconhece-se, com efeito, que estas podem melhorar a distribuição "visto darem aos franqueadores a possibilidade de estabelecerem uma rede uniforme com investimentos limitados, facto que pode fomentar a entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente no caso de pequenas e médias empresas, aumentando, deste modo, a concorrência entre marcas; os referidos acordos permitem também a comerciantes independentes estabelecerem pontos de venda mais rapidamente e com maiores probabilidades de êxito do que se tivessem de fazê-lo sem a experiência e a assistência

do franqueador; os comerciantes independentes têm, portanto, a possibilidade de competir mais eficazmente com grandes empresas de distribuição" (sétimo considerando). Além disso, em relação aos consumidores, a franquia associa as vantagens inerentes a uma rede de distribuição coerente e homogénea (garantia de uma qualidade constante dos produtos e dos serviços) com a existência de comerciantes autónomos com interesse directo no funcionamento eficaz do seu negócio (oitavo considerando).

132. O Regulamento n.º 4087/88 não abrange os acordos de franquia em que participem mais de duas empresas, nem os acordos de franquia industrial e a franquia grossista, nem os acordos entre concorrentes⁽³⁹⁾.

III. Apreciação das principais restrições verticais

133. Em seguida, as diferentes restrições verticais serão reagrupadas e examinadas sistematicamente em função de cada tipo de acordo, de acordo com a seguinte ordem: (a) cláusulas que conferem uma protecção territorial aos cocontratantes; (b) obrigações do distribuidor em matéria de abastecimento, incluindo as cláusulas de venda conexas; (c) obrigações do distribuidor em matéria de venda, incluindo as cláusulas que afectam a sua política de preços; (d) cláusula de não concorrência imposta ao revendedor; (e) obrigações que restringem a clientela que o distribuidor pode abastecer.

Restrições territoriais

Acordos de distribuição exclusiva

134. A protecção territorial decorrente da concessão atribuída ao distribuidor exclusivo pode variar, consoante o caso específico, segundo o carácter *rigoroso* das cláusulas destinadas a proteger a exclusividade. Neste contexto, a abordagem constantemente adoptada pela Comissão e pelo Tribunal consiste em distinguir se o objecto ou efeito das referidas cláusulas é o de conceder à distribuição uma protecção territorial absoluta ou apenas relativa.

135. O Regulamento n.º 1983/83 identifica duas situações que produzem uma *protecção territorial absoluta*. A primeira ocorre quanto "os utilizadores só possam comprar os produtos referidos no contrato, no território concedido, ao concessionário exclusivo e não existam fontes alternativas de abastecimento fora do território concedido" (alínea c) do artigo 3º). A alínea d) do artigo 3º identifica a segunda situação que se verifica quando uma das partes entrava as importações paralelas no território concedido. O exercício dos direitos de propriedade industrial para entravar as importações dos "produtos referidos no contrato, com marca regularmente aposta ou regularmente introduzidos no mercado" constitui um exemplo clássico da referida prática (alínea d), ponto 1, artigo 3º). As decisões da Comissão têm identificado certas restrições específicas conducentes à criação de entraves ao comércio paralelo como, por exemplo, as que afectam a validade da garantia do fabricante⁽⁴⁰⁾ ou os "serviços essenciais" ligados ao fornecimento do

⁽³⁹⁾Em contrapartida, o Regulamento n.º 4087/88 abrange os acordos de *franquia principal* pelos quais o franqueador concede ao franqueado principal, mediante uma compensação financeira, o direito de explorar uma franquia com vista a explorar acordos de franquia com terceiros (os franqueados).

⁽⁴⁰⁾Ver, em especial, a Decisão *Zanussi* (JOCE n.º L 322 de 16.11.1978) bem como a posição

produto⁽⁴¹⁾. Algumas práticas de diferenciação dos produtos ou dos preços em função do mercado geográfico de destino podem igualmente ser abrangidos por esta hipótese⁽⁴²⁾. Estas restrições territoriais são geralmente abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, não sendo susceptíveis de beneficiar de uma isenção individual nos termos do n.º 1 do artigo 85º. Ainda no mesmo contexto, a Comissão impugna sistematicamente os acordos de distribuição exclusiva que comportem *restrições à reexportação* do produto para Estados-membros da UE⁽⁴³⁾. Assim, por exemplo, violaria o disposto no artigo 85º subordinar a concessão de um desconto à condição de os produtos referidos no contrato não serem reexportados para outros Estados-membros⁽⁴⁴⁾. De igual forma, certas medidas destinadas a assegurar uma protecção suplementar do concessionário exclusivo através de uma *política de diferenciação dos preços* em detrimento dos exportadores paralelos não foram consideradas pela Comissão como conformes ao prescrito no n.º 3 do artigo 85º⁽⁴⁵⁾. Do mesmo modo, a Comissão considera, além disso, que as condições de venda por força das quais os adquirentes devem pagar *o preço do país de destino do produto* e não o preço em vigor no país do vendedor são susceptíveis de violar o disposto no artigo 85º⁽⁴⁶⁾.

136. Ao invés, a *protecção territorial relativa* caracteriza-se pelo facto de que, independentemente do seu grau de intensidade, deixa subsistir a possibilidade, para os

adoptada pela Comissão nos processos *Matsushita Electrical Trading Company* (XII Relatório sobre a Política da Concorrência, 1982, ponto 77), *Ford Garantie Deutschland* (XIII Relatório sobre a Política da Concorrência, 1983, pontos 104 a 106), *Fiat* (XIV Relatório sobre a Política da Concorrência, 1984, ponto 70) e, em geral, as considerações tecidas no *XVI Relatório sobre a Política da Concorrência*, 1986, ponto 56.

⁽⁴¹⁾Ver neste âmbito o ponto 45 do *XIX Relatório sobre a Política da Concorrência*, sobre o processo *AKZO Coatings*.

⁽⁴²⁾Uma prática deste tipo foi examinada no âmbito da Decisão *Zera/Montedison* de 22.6.1993 (JOCE n.º L 272 de 4.11.1993, p. 28).

⁽⁴³⁾A jurisprudência nesta matéria é muito abundante. Em relação a processos recentes ver, em especial, a decisão de proibição (JOCE n.º L 222/28, 1987), confirmada na íntegra pelo Tribunal de Justiça (processo C-277/87, Col. 1990, p. 45) no âmbito do processo *Sandoz*; a decisão tomada no processo *Tip-Ex* (decisão de 10.8.1987, JOCE n.º L 221, p. 1) confirmada pelo Tribunal, 1987 (processo C-279/87, Col. 1990, p. 261). As duas decisões adoptadas em 1991 nos processos *Viho/Toshiba* (decisão de 5.6.1991, JOCE n.º L 287 de 17.10.1991, p. 39) e *Gosme/Martel* (decisão de 15.5.1991, JOCE n.º L 185 de 11.7.1991, p. 23); as decisões adoptadas em 1992 no âmbito dos processos *Newitt/Dunlop/Slazenger International* (decisão de 18.3.1992, JOCE n.º L 131 de 16.5.1992), *Viho/Parker Pen* (decisão de 15.7.1992, JOCE n.º L 233, p. 27) e *Ford Agricultural* (decisão de 15.12.1992, JOCE n.º L 20, p.1).

⁽⁴⁴⁾Ver as decisões *Pittsburg Corning Europe/Formica Belgium/Hertel* (JOCE n.º L 72 de 5.12.1972, p. 35) e *Sperry New Holland* (JOCE n.º L 376 de 31.12.1985, p. 26).

⁽⁴⁵⁾Ver, nomeadamente, a decisão *Distillers* de 22.12.1977 (JOCE n.º L 50 de 22.2.1978, p. 16) confirmada pelo Tribunal no seu acórdão proferido no âmbito do processo *Distillers Company Ltd. c. Comissão* (processo 30/78, Col. 1980, p. 2229) que não considerou contudo aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 85º ao caso em questão devido à falta de uma notificação apresentada nos termos do Regulamento n.º 17/62. Ver igualmente o processo *Johnny Walker Red Label*, XVII Relatório sobre a Política da Concorrência (1987), ponto 65.

⁽⁴⁶⁾Ver a decisão *Kodak* (JOCE n.º L 147 de 7.7.1970, p. 24).

utilizadores, de obter os produtos referidos no contrato junto de fontes alternativas em relação ao concessionário exclusivo e, para os intermediários, de importar paralelamente os referidos produtos no território concedido. Mais precisamente, o distribuidor exclusivo beneficia de uma protecção territorial relativa se o acordo de concessão se limita a prever:

- a obrigação do fornecedor de fornecer apenas determinados produtos ao concessionário exclusivo (artigo 1º do Regulamento n.º 1983/83) e de "não fornecer os produtos referidos no contrato aos utilizadores, no território concedido" (n.º 1 do artigo 2º do Regulamento n.º 1983/83); e
- a obrigação do concessionário "de não fazer publicidade em relação aos produtos referidos no contrato, de não estabelecer qualquer sucursal e de não manter qualquer depósito para a sua distribuição, fora do território concedido" (n.º 2, alínea c), do artigo 2º do Regulamento n.º 1983/83).

137. Neste caso, o fornecedor pode unicamente proibir aos seus concessionários a adopção de uma política de venda activa fora do território concedido. Isto implica que os concessionários se encontram sujeitos a uma pressão concorrencial *indirecta* dos outros concessionários exclusivos, visto que estes últimos podem abastecer livremente os utilizadores ou os intermediários situados no exterior do território concedido, na medida em que se trate de pedidos de abastecimento não solicitados (*vendas passivas*). Um sistema de protecção territorial relativa deste tipo beneficia da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1983/83.

Acordos de compra exclusiva

138. O Regulamento n.º 1984/83 apenas isenta por uma vigência limitada a obrigação de compra exclusiva, *sem concessão de um território de venda*. Em especial o n.º 1 do artigo 2º especifica que "não pode ser imposta ao fornecedor qualquer outra restrição da concorrência que não a obrigação de ele próprio não vender, na zona de venda principal do vendedor e neste nível de distribuição, os produtos referidos no contrato ou produtos concorrentes". Isto significa que, na medida em que o acordo em causa é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, o fornecedor deve ter a liberdade de abastecer outros comerciantes estabelecidos na zona de venda principal do revendedor e de operar a um nível de distribuição diferente na referida zona. Em contrapartida, a fim de poder beneficiar da isenção por categoria, o acordo de compra exclusiva não deve sujeitar os esforços de venda do revendedor a restrições territoriais. Neste âmbito, o revendedor conserva a sua liberdade de procurar *activamente* clientes fora da sua zona de venda principal.

139. Nos termos do artigo 16º, no caso de o fornecedor conceder ao revendedor um território exclusivo de venda, o acordo em causa deve ser examinado à luz das disposições do Regulamento n.º 1983/83, deixando de ser aplicável o Regulamento n.º 1984/83.

Acordos de fornecimento de cerveja e acordos relativos a estações de serviço

Embora não possam ser impostas quaisquer restrições territoriais aos esforços de venda dos revendedores, o acordo deve indicar claramente as instalações às quais o acordo será aplicável. O revendedor poderá, contudo, desenvolver livremente actividades concorrentes a partir de outras instalações.

Acordos de distribuição selectiva

140. Sempre que a admissão a uma rede de distribuição selectiva se baseie em critérios *quantitativos*, o sistema em causa tem por efeito assegurar a cada revendedor autorizado *uma protecção territorial análoga à decorrente da concessão de um território exclusivo de venda*. Como supramencionado, um sistema deste tipo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 85º, não sendo normalmente susceptível de preencher as condições necessárias para a concessão de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º.

141. Além disso, o fornecedor não pode impor aos distribuidores autorizados a obrigação de não fornecer, no território do mercado comum, os produtos contratuais a utilizadores finais devido ao seu local de residência. Além disso, o fornecedor também não pode impor aos seus distribuidores autorizados obrigações conducentes à compartimentação dos mercados. Em especial, o fabricante deve permitir aos seus distribuidores autorizados abastecerem-se junto de qualquer membro da rede de distribuição (agentes exclusivos, grossistas e/ou retalhistas autorizados) no território do mercado comum. Deve, por outro lado, autorizar os seus distribuidores a vender os produtos abrangidos pelo contrato a qualquer outro membro da rede instalado num país comunitário. Por outras palavras, para poder conceder um certificado negativo ou uma isenção, a Comissão exige que os contratos de distribuição selectiva não entrem em *entregas cruzadas entre distribuidores autorizados estabelecidos tanto no território do mesmo Estado-membro como em países comunitários diferentes*⁽⁴⁷⁾.

Acordos de franquia

142. Uma rede de franquia comporta restrições territoriais normalmente abrangidas pelo n.º 1 do artigo 85º, sendo susceptível de beneficiar da isenção prevista pelo Regulamento n.º 4087/88 *somente na condição destas restrições não conduzirem à criação de uma protecção territorial absoluta*.

143. Em especial, o regulamento prevê a possibilidade de o franqueador conceder ao franqueado um *território exclusivo de venda* e, para este efeito, isenta uma série de obrigações que tenham por objecto limitar as actividades do franqueador no território concedido e as do franqueado fora do referido território⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾Na medida em que o comércio entre os Estados-membros pode ser afectado, a Comissão exige igualmente a possibilidade de vendas cruzadas entre membros autorizados de redes estabelecidas na UE e membros estabelecidos em países que tenham criado uma zona de comércio livre ou outros países terceiros.

⁽⁴⁸⁾Trata-se nomeadamente da "obrigação, por parte do franqueador de, numa área especificada do mercado comum, no território previsto no contrato:

- não conceder a terceiros direitos de exploração relativos à totalidade ou a parte da franquia,
- não explorar, ele próprio, a franquia, ou fornecer ele próprio os produtos ou serviços objecto da franquia sob uma fórmula semelhante,
- não fornecer ele próprio a terceiros os produtos do franqueador"

(alínea a) do artigo 2º). Por outro lado, o franqueado pode estar sujeito à obrigação "de só explorar a franquia nas instalações previstas no contrato" (alínea c) do artigo 2º). Além disso, o franqueado pode estar sujeito à obrigação "de se abster de procurar clientela fora do território que lhe foi atribuído pelo contrato para os produtos ou serviços objecto da franquia" (alínea d) do artigo 2º). No caso do franqueado principal, a alínea b) do artigo 2º isenta "a obrigação, por parte do franqueado principal, de não celebrar acordos de franquia com terceiros fora do território que lhe foi atribuído pelo contrato".

144. Pelo contrário, se os cocontratantes impedirem os utilizadores finais, directa ou indirectamente⁽⁴⁹⁾, de obter os produtos ou os serviços referidos no contrato em virtude do seu local de residência, ou se utilizam diferenças de especificações relativamente a estes produtos ou a estes serviços nos diferentes Estados-membros a fim de vedar o acesso ao mercado, o regulamento deixa de ser aplicável. Além disso, ainda no intuito de impedir a compartimentação do mercado, o Regulamento n.º 4087/89 especifica que os acordos em causa não devem *restringir as entregas cruzadas* entre os membros da rede de franquia e entre estes e os membros de outras redes eventualmente estabelecidas de forma paralela pelo mesmo franqueador⁽⁵⁰⁾.

Obrigações em matéria de abastecimento

Acordos de distribuição exclusiva

145. O Regulamento n.º 1983/83 isenta a obrigação de *compra exclusiva*, isto é, "a obrigação de só comprar à outra parte, para fins de revenda, os produtos referidos no contrato" (n.º 2, alínea b), do artigo 2º) na medida em que esta obrigação seja acordada "apenas para o período de vigência do acordo" (oitavo considerando).

146. As cláusulas de venda conexas não são consideradas como incompatíveis com o n.º 3 do artigo 85º.

147. Por outro lado, o n.º 3, alínea a), do artigo 2º do Regulamento n.º 1983/83 enumera, a título indicativo, outras obrigações em matéria de abastecimento susceptíveis de serem impostas ao distribuidor exclusivo. Trata-se nomeadamente de cláusulas que impõem ao concessionário a compra de *quantidades mínimas* e/ou a compra de gamas completas de produtos contratuais. Em princípio, estas obrigações não são consideradas como restrições abrangidas pelo n.º 1 do artigo 85º. Não devem, todavia, ser "redigidas ou aplicadas de tal modo que adquiram o carácter de restrições de concorrência não autorizadas"⁽⁵¹⁾. Assim, por exemplo, o compromisso de adquirir quantidades mínimas poderia produzir, na prática, os mesmos efeitos que uma cláusula de não concorrência e poderia nesse caso revelar-se necessário examinar se o acordo, no contexto económico em que seria aplicado, era ou não susceptível de entrar de forma significativa o acesso ao

⁽⁴⁹⁾No que respeita às restrições indirectas, cabe referir o disposto na alínea b) do artigo 4º do regulamento nos termos do qual, quando o franqueador obriga o franqueado a prestar uma *garantia* relativamente aos bens do franqueador, esta obrigação pode beneficiar da isenção por categoria na condição de ser igualmente aplicável a produtos vendidos no mercado comum por outros membros da rede franqueada ou por outros distribuidores que prestam garantia similar.

⁽⁵⁰⁾Alínea a) do artigo 4º. Um exemplo de distribuição paralela é o da coexistência de uma rede de franqueados com uma rede de distribuidores autorizados. Ver neste âmbito a decisão *Charles Jourdan* (JOCE n.º L 35 de 7.2.1989, p. 11).

⁽⁵¹⁾Ver nomeadamente a Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 de 22 de Junho de 1993 (JOCE n.º C 101 de 13.4.1984, p. 2), ponto 19. Em determinados casos, por exemplo, o compromisso de adquirir quantidades mínimas poderia produzir, na prática, efeitos equivalentes aos de uma cláusula de não concorrência.

mercado por fornecedores concorrentes. Caso se verificasse um entrave deste tipo na prática, o acordo deixaria de respeitar as condições para uma isenção, mesmo a título individual.

Acordos de compra exclusiva

148. A obrigação de *compra exclusiva* constitui o elemento essencial que caracteriza os acordos abrangidos pela isenção por categoria prevista pelo Regulamento n.º 1984/83. Por força do seu artigo 1º, o regulamento só se aplica aos acordos pelos quais o revendedor se obriga a satisfazer o conjunto das suas necessidades de produtos contratuais abastecendo-se junto da outra parte no acordo⁽⁵²⁾. Nalguns casos, os acordos de abastecimento parcial podem precisar de uma isenção a título individual que, na falta de outras restrições incompatíveis com o n.º 1 do artigo 85º, não é em geral recusada. Ao invés, o regulamento é aplicável aos acordos que contenham uma *cláusula inglesa*, isto é, uma cláusula que permita ao revendedor comprar os produtos em causa a outros fornecedores sempre que este os ofereçam a preços e em condições mais vantajosas que o parceiro⁽⁵³⁾. O revendedor é igualmente eximido da sua obrigação de compra exclusiva no caso de a outra parte estar impossibilitada de fazer fornecimentos.

149. A isenção por categoria deixa de ser aplicável no caso de *vendas subordinadas*, isto é, quando "a obrigação de compra exclusiva diga respeito a vários produtos que não tenham ligação entre si, nem pela sua natureza, nem segundo os usos comerciais" (alínea c) do artigo 3º). Isto significa que, a fim de poder beneficiar da isenção por categoria, os acordos em causa devem incidir "sobre um produto ou gama de produtos" (11º considerando), especificados "pela marca ou denominação"⁽⁵⁴⁾. Por outro lado, para considerar os produtos contratuais como pertencentes à mesma gama, é necessário que exista entre eles uma ligação susceptível de resultar por razões técnicas (por exemplo, peças acessórias, peças sobresselentes), por motivos comerciais (por exemplo, produtos com a mesma utilização) ou de utilizações comerciais (produtos geralmente oferecidos em conjunto). Segundo a prática da Comissão, na medida em que o acordo em causa afecta de forma significativa a concorrência nas trocas comerciais entre os Estados-membros, as cláusulas de vendas subordinadas não são, em geral, susceptíveis de beneficiar de uma isenção a título individual.

150. No que se refere à vigência da obrigação em causa, a alínea d) do artigo 3º do regulamento prevê que a isenção deixa de ser aplicável quando "o acordo seja concluído por tempo indeterminado ou por um período que exceda 5 anos". A prática em matéria

⁽⁵²⁾Ver ponto 35 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83. Por outras palavras, se a obrigação de compra apenas for estabelecida relativamente a uma parte das necessidades do revendedor, o acordo não é abrangido pela isenção por categoria e deve ser objecto de um exame individual.

⁽⁵³⁾Ver ponto 35 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83. A decisão *BP Kemi-DDSF* (JOCE n.º L 286 de 14.11.1979, p. 32) no âmbito da qual a Comissão considerou que uma cláusula inglesa era restritiva da concorrência, deve ser interpretada à luz das circunstâncias específicas e não parece contradizer a regra geral que figura na referida comunicação.

⁽⁵⁴⁾Ponto 36 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 de 22 de Junho de 1983 (JOCE n.º C 101 de 13.4.1984, p. 2).

de decisões confirma a severidade da abordagem da Comissão relativamente aos acordos de compra exclusiva celebrados por um longo período ou por um período indeterminado.

151. Além disso, o Regulamento n.º 1984/83 contém, a título indicativo, uma lista de outras obrigações em matéria de abastecimento que são, em princípio, compatíveis com o n.º 1 do artigo 85º. Trata-se nomeadamente das cláusulas que impõem ao revendedor a compra de *quantidades mínimas e/ou gamas completas*. A sua apreciação no âmbito do Regulamento n.º 1984/83 não diverge substancialmente da efectuada no que respeita aos acordos de distribuição exclusiva.

Acordos de fornecimento de cerveja e acordos relativos às estações de serviço

No que se refere à cerveja, o revendedor apenas pode ser obrigado a abastecer-se exclusivamente junto do fornecedor relativamente a determinadas cervejas ou em relação a determinadas cervejas e outras bebidas especificadas no acordo. O distribuidor pode, todavia, vender livremente cervejas de marca diferente das fornecidas ao abrigo dos acordos, na condição de essas cervejas serem apenas vendidas em garrafas, latas ou outro tipo de acondicionamento de pequena dimensão. Deve dispor também de total liberdade de abastecimento no que respeita a bens e serviços que não as bebidas especificadas no acordo. Em relação às estações de serviço, o revendedor pode apenas ser obrigado a adquirir exclusivamente junto de um determinado fornecedor certos combustíveis para veículos a motor à base de produtos petrolíferos ou certos combustíveis para veículos a motor e combustíveis à base de produtos petrolíferos especificados no acordo. Pode ser igualmente obrigado a utilizar os lubrificantes do fornecedor na estação de serviço quando o fornecedor tenha contribuído para o financiamento de instalações de lubrificação ou de equipamento de remoção de óleos. À excepção destas obrigações, o distribuidor não deve estar sujeito a quaisquer outros condicionalismos.

Acordos de distribuição selectiva

152. Para ser compatíveis com o n.º 1 do artigo 85º ou beneficiar de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85º, os acordos que instituem uma rede de distribuição selectiva não devem incluir cláusulas de *compra exclusiva*. Com efeito, a imposição de uma obrigação deste tipo teria como consequência impedir as entregas cruzadas entre os membros da rede, conduzindo deste modo à compartimentação do mercado relevante.

153. Em contrapartida, a Comissão admite que o fornecedor imponha aos distribuidores autorizados a obrigação de lhe adquirir *directamente quantidades mínimas* de produtos contratuais, na condição, contudo, de o respectivo volume não exceder um limiar razoável, a fim de evitar que o fornecedor possa, através de uma obrigação deste tipo, obter o mesmo resultado que decorreria de uma cláusula de compra exclusiva. Sem prejuízo desta disposição, os acordos de distribuição selectiva que comportem a obrigação supramencionada são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85º, mas podem beneficiar de uma isenção por força do n.º 3 do referido artigo.

154. A obrigação pela qual o distribuidor autorizado se compromete a comprar e a armazenar *gamas representativas da gama dos produtos referidos no contrato* pode, consoante o caso, não ser abrangida pela proibição do n.º 1 do artigo 85º (nomeadamente quando esta obrigação não é acumulada com outras obrigações de natureza promocional) ou beneficiar de uma isenção.

Acordos de franquia

155. Os acordos de franquia não devem prever, em relação ao franqueado, obrigações de compra exclusiva. Neste âmbito, a alínea a) do artigo 4º do Regulamento n.º 4087/88 especifica que a isenção por categoria é aplicável desde que "um franqueado tenha a liberdade de obter os produtos objecto da franquia junto de outros franqueados; quando esses produtos sejam também distribuídos através de uma outra rede de distribuidores aprovados pelo franqueador, o franqueado deve ter a liberdade de obter os produtos junto desses distribuidores aprovados".

156. Pelo contrário, as obrigações nos termos das quais o franqueado se compromete a comprar *quantidades mínimas, a planificar as suas encomendas antecipadamente* e a armazenar uma *gama mínima* de produtos não são considerados como restrições da concorrência, desde que não excedam o necessário para manter a identidade comum e a reputação da rede (n.º 1, alínea f), do artigo 3º).

Obrigações em matéria de vendas

Acordos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva

157. *A imposição de um preço de revenda* ao distribuidor constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 85º que, na fase actual da jurisprudência, não é geralmente susceptível de beneficiar de uma isenção (ver oitavo considerando dos Regulamentos n.º 1983/83 e n.º 1984/83). Neste contexto, é indiferente que se trate de um preço fixo ou de um preço mínimo ou máximo. Além disso, segundo a prática da Comissão, quaisquer limites impostos à liberdade de acção do distribuidor em matéria de descontos ou de publicidade sobre as operações promocionais está sujeita às mesmas considerações. A única prática geralmente admitida em matéria de preços é aquela em que o fornecedor comunica ao seu distribuidor listas de *preços recomendados* que, na medida em que não sejam seguidas de instruções ou de medidas suplementares vinculativas, não são abrangidas pela proibição do n.º 1 do artigo 85º.

158. São igualmente abrangidos pelo artigo 85º os acordos ao abrigo dos quais o concessionário exclusivo se compromete a praticar *preços diferenciados* relativamente a algumas categorias de adquirentes (por exemplo, importadores paralelos ou utilizadores estabelecidos fora do território concedido).

159. Este tipo de acordo prevê normalmente, em relação ao distribuidor, várias *obrigações de natureza promocional*. Neste âmbito, o distribuidor exclusivo pode ser obrigado, por exemplo, a realizar um volume de negócios mínimo, a levar a cabo acções de publicidade, a manter uma rede de vendas, a assegurar determinadas exigências mínimas em matéria de existências, a assegurar um serviço de assistência à clientela e a prestar serviços de garantia, a empregar um pessoal tecnicamente qualificado, a vender os produtos contratuais unicamente sob as marcas e apresentação prescritas pelo fornecedor. Estas obrigações não são abrangidas, em princípio, pelo n.º 1 do artigo 85º⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾Ver o n.º 3 do artigo 2º do Regulamento n.º 1983/83. No entanto, esta apreciação fica sujeita à condição de as obrigações supramencionadas não serem "redigidas ou aplicadas de tal modo que adquiram um carácter de restrições da concorrência não autorizadas" (ponto 19 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 de 22 de Junho de 1983, JOCE n.º C 101 de 13.4.1984, p. 2).

Acordos de fornecimento de cerveja e acordos relativos às estações de serviço

Não podem ser impostas obrigações sobre o revendedor quer no que respeita ao preço de venda, quer no que respeita a quaisquer iniciativas de venda específicas. Embora o revendedor seja obrigado a vender os produtos referidos no contrato exclusivamente a partir de instalações designadas, tem a liberdade de promover as suas actividades sem quaisquer restrições territoriais ou outras.

Acordos de distribuição selectiva

160. O fornecedor não pode intervir de forma alguma no sentido de assegurar por parte dos seus distribuidores a observância de um determinado nível de preços a retalho, independentemente de se tratar de preços fixos, mínimos ou máximos. De igual modo, é geralmente excluída a possibilidade de concessão de uma isenção pela Comissão no que respeita a restrições que limitem a liberdade do distribuidor autorizado de fixar o nível de descontos que deseja conceder aos seus clientes. Além disso, o artigo 85º proíbe que o fornecedor recuse autorizar os distribuidores qualificados devido ao facto de praticarem uma política de baixos preços.

161. A Comissão admite que o fornecedor comunique aos seus distribuidores autorizados *recomendações de preços* desde que, todavia, estas não sejam seguidas de instruções vinculativas ou acompanhadas de medidas que obrigam ou incentivam os retalhistas a não desrespeitar as referidas recomendações. Sem prejuízo desta condição, as recomendações de preço não são consideradas como restritivas da concorrência.

162. Como supramencionado, são normalmente consideradas como compatíveis com o n.º 3 do artigo 85º as *obrigações promocionais* que impõem ao distribuidor autorizado a realização de um volume de negócios mínimo razoável, uma certa rotação anual das existências e/ou a sua cooperação no âmbito das acções promocionais organizadas pelo fornecedor.

Acordos de franquia

163. O Regulamento n.º 4087/88 estabelece a inaplicabilidade da isenção por categoria quando "o franqueado fica limitado na determinação dos seus preços"⁽⁵⁶⁾. Este princípio visa qualquer forma de *imposição de preços de revenda* (preços fixos, preços mínimos ou preços máximos). Ao invés, o franqueador deve ter "a liberdade de recomendar preços aos franqueados [...] na medida em que tal não conduz a práticas concertadas na aplicação efectiva daqueles preços" (13º considerando) entre o franqueador e os franqueados ou entre os franqueados. Importa acrescentar que a Comissão já exigiu, no âmbito de um processo individual, a supressão de uma cláusula que proibia ao franqueado a imposição de preços susceptíveis de prejudicar a imagem de marca dos produtos contratuais. Esta obrigação foi subsequentemente substituída pela indicação de um preço máximo recomendado a ter em conta pelo franqueado no âmbito das suas acções promocionais e publicitárias⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾Décimo terceiro considerando; ver igualmente alínea e) do artigo 5º.

⁽⁵⁷⁾Decisão *Pronuptia*, JOCE n.º L 13 de 15.1.1987, p. 39. Em matéria de preços impostos e recomendados,

164. Ao abrigo do Regulamento n.º 4087/88, as *obrigações promocionais* impostas aos franqueados não são normalmente abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º se se limitarem ao estritamente necessário para preservar a identidade comum e a reputação da rede. A alínea f) do artigo 3º refere expressamente neste contexto as cláusulas pelas quais o franqueado se compromete a realizar um volume de negócios mínimo, a oferecer para venda uma gama mínima de produtos, bem como a assegurar um serviço de assistência à clientela e a prestar serviços de garantia.

165. De igual forma, certas obrigações específicas às redes de franqueados e que limitam as actividades comerciais do franqueado com vista a assegurar a *protecção do saber-fazer concedido*, também não são abrangidas pela proibição enunciada no n.º 1 do artigo 85º. Em contrapartida, a isenção por categoria deixa de ser aplicável quando o franqueador impõe ao franqueado uma obrigação de não contestação dos direitos de propriedade industrial e intelectual incluídos na franquia (alínea f) do artigo 5º).

Cláusula de não concorrência

Acordos de distribuição exclusiva

166. A isenção por categoria abrange os acordos ao abrigo dos quais o concessionário se compromete a "não fabricar ou distribuir produtos concorrentes dos referidos no contrato" (n.º 2, alínea a), do artigo 2º). No entanto, estas obrigações só podem ser estipuladas para o período de vigência do acordo⁽⁵⁸⁾. Além disso, a Comissão deve velar para que os acordos em causa não dêem origem, no contexto económico em que se inserem, a um efeito de exclusão significativo devido à aplicação da cláusula de não concorrência.

Acordos de compra exclusiva

167. O n.º 1 do artigo 2º do Regulamento n.º 1984/83 prevê que, para além da obrigação de compra exclusiva, "não pode ser imposta ao fornecedor qualquer outra restrição de concorrência que não a obrigação dele próprio não vender, na zona de venda principal do revendedor e neste nível de distribuição, os produtos referidos no contrato ou produtos concorrentes". A isenção por categoria apenas abrange esta restrição na medida em que o acordo não seja concluído por um período superior a 5 anos (alínea d) do artigo 3º), no intuito de "garantir o acesso de terceiras empresas aos diferentes estádios da distribuição" (11º considerando). A prática em matéria de decisões confirma que a existência de uma cláusula de não concorrência no quadro dos acordos de compra exclusiva celebrados por um período de longa duração ou por uma vigência indeterminada impede normalmente a concessão de uma isenção a título individual⁽⁵⁹⁾.

ver igualmente as Decisões *Yves Rocher* (JOCE n.º L 8 de 10.1.1987, p. 49), *Computerland* (JOCE n.º L 222 de 10.2.1987, p. 12) e *Service Master* (JOCE n.º L 332 de 3.12.1988, p. 38).

⁽⁵⁸⁾Ponto 18 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 de 22 de Junho de 1983 (JOCE n.º C 101 de 13.4.1984, p. 2).

⁽⁵⁹⁾Decisão *Schöller* de 23.12.1992, JO n.º L 183 de 26.7.1993.

Acordos de fornecimento de cerveja e acordos relativos às estações de serviço

Em relação à cerveja, o revendedor pode ser obrigado a não vender cervejas e outras bebidas oferecidas por terceiras empresas que sejam do mesmo tipo que as cervejas ou bebidas fornecidas nos termos do acordo. Quando o acordo incidir apenas sobre determinadas cervejas específicas (e outras bebidas), o acordo não pode ter uma vigência superior a dez (cinco) anos. Em relação às estações de serviço, o revendedor pode ser obrigado a não revender os combustíveis fornecidos por outras empresas. A vigência do acordo não pode ser superior a dez anos. No entanto, tanto em relação à cerveja como em relação aos produtos petrolíferos, o contrato pode vigorar durante todo o período em que o revendedor explore efectivamente as instalações, se o fornecedor detiver a propriedade das referidas instalações. Além disso, em relação à cerveja, embora unicamente quando o fornecedor detém a propriedade das instalações, o revendedor tem o direito de obter junto de outra empresa bebidas que não a cerveja fornecida ao abrigo do acordo, sempre que estas sejam oferecidas em condições mais vantajosas do que as propiciadas pelo fornecedor ou quando sejam comercializadas sob marcas não oferecidas pelo fornecedor.

Acordos de distribuição selectiva

168. Para serem compatíveis com o artigo 85º, os contratos de distribuição selectiva não devem conter cláusulas de não concorrência.

Acordos de franquia

169. O franqueado pode ser sujeito a dois tipos de obrigações de não concorrência, uma das quais incide sobre *produtos concorrentes* dos produtos que são objecto da franquia e a outra sobre o exercício de *actividades comerciais concorrentes*.

170. No que se refere ao primeiro aspecto, o regulamento estabelece, em primeiro lugar, uma distinção entre os produtos que são objecto da franquia e as peças sobresselentes e/ou os acessórios dos mesmos. Neste contexto, a alínea e) do artigo 2º isenta "a obrigação, por parte do franqueado, de não fabricar, vender ou utilizar na prestação de serviços produtos concorrentes dos produtos do franqueador que sejam objecto da franquia", mas não alarga a isenção à proibição que recai sobre as peças sobresselentes e os acessórios fabricados pelos concorrentes do franqueador. Além disso, o regulamento distingue entre os produtos que são objecto da franquia e os outros produtos. Em relação a esta última categoria de produtos, o franqueador pode obrigar o franqueado a "vender ou utilizar durante a prestação de serviços exclusivamente produtos que satisfaçam as especificações de qualidade objectivas mínimas" (n.º 1, alínea a), do artigo 3º), a fim de assegurar o respeito da identidade comum e a reputação da rede. Pode, por outro lado, limitar a escolha do franqueado aos produtos apenas fabricados pelo franqueador ou por terceiros por ele designados "quando não for viável, devido à natureza dos produtos objecto da franquia, aplicar especificações de qualidade objectiva" (n.º 1, alínea b), do artigo 3º).

171. No tocante ao segundo aspecto, a alínea c) do artigo 3º prevê que a obrigação para o franqueado de "não exercer, directa ou indirectamente, qualquer actividade comercial semelhante num território em que entre em concorrência com um membro da rede franqueada, incluindo o franqueador" não prejudica a aplicação da isenção por categoria, na medida em que esta for necessária para proteger os direitos de propriedade industrial

e intelectual do franqueador ou a identidade comum da rede. Esta obrigação não pode ser prevista por um período que exceda um ano após a cessação do contrato.

Restrições em matéria de clientela

Acordos de distribuição exclusiva

172. Nos termos do oitavo considerando do Regulamento n.º 1983/83, as disposições contratuais "que limitam a liberdade de o concessionário exclusivo [...] escolher os seus clientes não podem ser isentadas pelo presente regulamento". No que respeita às restrições baseadas em critérios territoriais (local de residência do adquirente), foi já assinalado que o benefício da isenção por categoria pressupõe que o distribuidor mantenha a sua liberdade de responder aos pedidos de abastecimento não solicitados provenientes de adquirentes situados no exterior do território concedido (vendas passivas). No que se refere às restrições em matéria de clientela baseadas em critérios de outra natureza, o Regulamento n.º 1983/83 abrange as restrições que obrigam o concessionário a abastecer-se somente junto de revendedores autorizados, que façam parte de uma rede de distribuição selectiva baseada unicamente na aplicação de critérios objectivos de natureza qualitativa⁽⁶⁰⁾. Salvo esta excepção geral, as restrições em matéria de clientela apenas podem beneficiar de uma isenção a título individual e em circunstâncias específicas⁽⁶¹⁾.

Acordos de compra exclusiva

173. As observações formuladas em relação aos acordos de distribuição exclusiva aplicam-se, *mutatis mutandi*, igualmente aos acordos de compra exclusiva, incluindo nos sectores da cerveja e das estações de serviço. No entanto, uma vez que este tipo de acordo não é geralmente utilizado para fins de abastecimento das redes de distribuição selectiva, a derrogação supramencionada no que respeita à obrigação de revenda apenas aos retalhistas autorizados assume, na prática, uma importância prática negligenciável.

Acordos de distribuição selectiva

174. Como acima referido, a integridade de um sistema de distribuição selectiva pressupõe que os distribuidores autorizados aceitam o compromisso de vender os produtos contratuais apenas aos consumidores finais ou a outros membros da rede do fornecedor. Sem prejuízo desta restrição, os acordos em causa são incompatíveis com o artigo 85º sempre que contenham cláusulas que restringem a clientela do distribuidor autorizado com base em critérios territoriais (por exemplo, local de residência do consumidor) ou sem que tal se baseie em critérios objectivos de natureza qualitativa⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾Ponto 20 da Comunicação relativa aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 de 22 de Junho de 1983 (JOCE n.º C 101 de 13.4.1984, p.2).

⁽⁶¹⁾Assim, num caso, a Comissão considerou como compatível com o artigo 85º a proibição imposta aos grossistas de abastecer os utilizadores finais, uma vez que esta limitação correspondia às exigências fixadas pela legislação nacional em matéria de separação das funções de grossista e de retalhista (Decisão *SABA I*, JOCE n.º L 28 de 3.2.1976, p. 19). Num outro caso, a Comissão considerou conforme ao artigo 85º a obrigação imposta aos distribuidores que entregavam com franquias de direitos e taxas revender os produtos em causa unicamente a adquirentes que operassem em regime de franquias de direitos e taxas (Decisão *The Distillers Company Ltd./Avitailleurs* JOCE n.º L 233 de 4.9.1980, p. 43).

⁽⁶²⁾Ver as Decisões *Grohe*, JOCE n.º L 19 de 23.1.1985, p. 17, e *Ideal Standard*, JOCE n.º L 20 de

Acordos de franquia

175. A manutenção da coerência da rede franqueada justifica que o vendedor seja sujeito à obrigação de apenas vender os produtos que são objecto da franquia aos utilizadores finais (sem impor, contudo, limitações quanto ao seu local de residência), aos outros franqueados e aos revendedores pertencentes a outros canais de distribuição abastecidos pelo franqueador (por exemplo, uma rede paralela de distribuição selectiva). Esta restrição não é abrangida pela proibição consignada no n.º 1 do artigo 85º, na medida em que não exceda o necessário para assegurar a protecção do saber-fazer licenciado, bem como a identidade comum e a reputação da rede (alínea e) do artigo 3º do Regulamento n.º 4087/88). Qualquer restrição suplementar em matéria de clientela é abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85º, não sendo coberta pelo regulamento (13º considerando).

IV. Retirada do benefício da isenção por categoria

176. Os três regulamentos de isenção examinados supra especificam as condições em que a Comissão pode proceder à revogação da isenção por categoria relativamente aos acordos que sejam formalmente conformes à disposições dos referidos regulamentos.

177. Em especial, o artigo 6º do Regulamento n.º 1983/83 prevê essa revogação quando "(a) os produtos referidos no contrato não estejam sujeitos, no território concedido, à concorrência efectiva de produtos idênticos ou considerados similares pelo utilizador em razão das suas propriedades, preço e uso; (b) o acesso de outros fornecedores aos diferentes estádios da distribuição, no território concedido, se encontre fortemente entravado; (c) por circunstâncias diferentes das mencionadas nas alíneas c) e d) do artigo 3º, os intermediários ou utilizadores não puderem abastecer-se dos produtos referidos no contrato, junto de distribuidores estabelecidos fora do território concedido, nas condições que estes distribuidores correntemente praticam no seu mercado; (d) o concessionário exclusivo: (i) sem razão objectivamente justificada, excluir do fornecimento, no território concedido, categorias de compradores que não possam abastecer-se de produtos referidos no contrato noutra local, em condições equitativas, ou lhes aplicar preços ou condições de venda diferentes; (ii) vender, a preços excessivos, os produtos referidos no contrato". O artigo 14º do Regulamento n.º 1984/83 contém disposições de natureza idêntica. Estas prevêem, por um lado, regras idênticas às que figuram nas alíneas a) e b) supramencionadas e, por outro, precisam que a Comissão pode retirar o benefício da aplicação da isenção por categoria quando o fornecedor, sem razão objectivamente justificada "(i) excluir do fornecimento categorias de vendedores que não possam abastecer-se de produtos referidos no contrato, junto a outros fornecedores, em condições equitativas, ou lhes aplicar preços ou condições de venda diferentes; (ii) aplicar a um revendedor, vinculado pela obrigação de compra exclusiva, preços ou condições de venda menos favoráveis do que os aplicados a outros revendedores que se situem no mesmo estádio da distribuição". Por último, nos termos do artigo 8º do Regulamento n.º 4087/88, esta revogação pode justificar-se quando o acesso ao mercado em causa for restringido "pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos semelhantes" ou quando os produtos ou serviços referidos no contrato não enfrentam

numa parte substancial do mercado comum uma concorrência efectiva. Além disso, a Comissão pode retirar o benefício da isenção por categoria quando os utilizadores finais são impedidos de obterem, directamente ou através de intermediários, os produtos ou serviços relevantes, em razão do seu local de residência, ou em caso de compartimentação dos mercados, através da utilização de diferenças de especificações relativas àqueles produtos ou serviços. Por último, o mesmo procedimento é aplicável no caso de práticas concertadas em matéria de preços de revenda ou se o franqueador abusar do seu direito de examinar as instalações e os meios de transporte do franqueado ou recusar um pedido do franqueado no sentido de se deslocar às suas instalações.

* * * * *

Capítulo V

AS VANTAGENS DO SISTEMA ACTUAL

178. O presente capítulo é dedicado às vantagens do sistema actual. As suas vantagens e críticas serão delineadas no Capítulo VII (resultados dos inquéritos) abaixo.

179. A política comunitária da concorrência prossegue dois objectivos fundamentais, a saber, a promoção da integração das economias nos Estados-membros num único mercado interno e a instituição e a defesa da concorrência efectiva em toda a Comunidade. Em muitos casos, esses objectivos são promovidos por determinados tipos de acordo entre empresas que melhoram a eficiência da distribuição e não prejudicam o objectivo de integração do mercado da Comunidade. Sempre que esses acordos sejam abrangidos pela proibição enunciada no nº 1 do artigo 85º, podem beneficiar quer de uma isenção individual, quer de uma isenção por categoria nos termos do nº 3 do artigo 85º.

I. Questões do ponto de vista material

180. Protecção da concorrência e promoção dos acordos favoráveis à concorrência
A fim de constituir uma infracção ao nº 1 do artigo 85º, um acordo, decisão ou prática concertada deve ter um efeito "significativo" sobre o comércio entre os Estados-membros. O Tribunal de Justiça sustentou que a apreciação deste carácter significativo requer a análise do contexto económico e jurídico em que se insere o acordo, bem como do efeito cumulativo de outros acordos similares.

Este requisito destina-se a excluir os casos de diminuta importância económica do âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º. No entanto, a Comunicação sobre os acordos de importância menor tem o cuidado de excluir do seu âmbito de aplicação os acordos em que "a concorrência num mercado relevante é restringida pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos similares estabelecidos por vários fabricantes ou comerciantes".

Na apreciação de eventuais práticas restritivas, a consideração primordial prende-se com a noção de que não deve ser prejudicada a estrutura concorrencial dos mercados. Nas suas decisões, a Comissão sempre demonstrou a sua disponibilidade em considerar factores económicos como a eficiência e o bem-estar dos consumidores. Procura proteger a concorrência a todos os níveis da cadeia de produção/distribuição, bem como a concorrência entre marcas diferentes e no âmbito da mesma marca. A Comissão efectua esta análise ao artigo do nº 3 do artigo 85º, que estabelece que um acordo de que resulte a supressão da concorrência não pode beneficiar de uma isenção.

A análise económica desempenha um importante papel na aplicação do direito comunitário da concorrência às restrições verticais. Tal foi sublinhado em vários acórdãos recentemente proferidos pelos tribunais comunitários, que exigem a consideração do efeito

cumulativo das redes paralelas⁽⁶³⁾. No acórdão proferido no processo *Langnese*⁽⁶⁴⁾ o Tribunal de Primeira Instância estabeleceu o seguinte:

há que analisar, conforme a jurisprudência, se do conjunto dos acordos similares celebrados no mercado de referência e dos outros elementos do contexto económico e jurídico em que se enquadram os contratos em causa resulta que esses contratos têm por efeito cumulativo fechar o acesso a esse mercado aos novos concorrentes nacionais e estrangeiros. Se a análise mostrar que não é esse o caso, os contratos individuais que compõem o feixe de acordos não podem constituir um obstáculo à concorrência na acepção do artigo 85º, nº 1 do Tratado. Pelo contrário, se a análise revelar que o mercado em causa é dificilmente acessível, convém em seguida analisar em que medida os acordos litigiosos contribuem para o efeito cumulativo produzido, sendo certo que apenas são proibidos os contratos que contribuem de modo significativo para uma eventual compartimentação do mercado.

181. Integração do mercado

Ao abrigo do sistema actual, os acordos de distribuição exclusiva que contenham proibições em matéria de vendas passivas pelo distribuidor no exterior do seu território concedido não são passíveis de serem isentos. Tal protege o objectivo de integração do mercado e mantém a liberdade das partes num acordo de distribuição de responder aos pedidos de terceiros que desenvolvem actividades comerciais paralelas, contribuindo assim para a supressão de diferenças de preço significativas entre os Estados-membros.

182. Benefícios para os consumidores

O nº 3 do artigo 85º requer que os consumidores beneficiem de uma parte equitativa das vantagens resultantes de uma prática restritiva para que esta seja elegível para efeitos de isenção. As isenções por categoria têm nomeadamente em consideração os eventuais benefícios decorrentes para os consumidores de diversas actividades isentadas. Acordos de distribuição exclusiva contribuem geralmente para reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante, uma vez que estes beneficiam directamente com a melhoria da distribuição e que a sua situação, no plano económico ou em matéria de abastecimento, se encontra melhorada na medida em que pode encontrar mais rápida e facilmente os produtos fabricados, em especial, noutros Estados. No entanto, é óbvio que em certos casos o benefício decorrente aos consumidores deve ser demonstrado de forma concreta antes de ser aplicada uma isenção.

As partes que consideram terem sido prejudicadas por um acordo anticoncorrencial são igualmente protegidas ao abrigo do sistema actual. O Tribunal de Justiça sustentou que "dado as proibições consagradas no nº 1 do artigo 85º e no artigo 86º tenderem, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes artigos criam direitos directos relativamente aos particulares em causa que devem ser salvaguardados pelos tribunais nacionais"⁽⁶⁵⁾. Uma vez que o nº 1 do artigo 85º tem efeitos

⁽⁶³⁾*Delimitis c. Henninger Brau AG*, [1991] Col I-935 e *Langnese-Iglo GmbH c. Comissão* T-7/93 (8.6.1995).

⁽⁶⁴⁾Acórdão *Langnese* de 8.6.1995, processo T-7/93.

⁽⁶⁵⁾*BRT c. Sabam*, [1974] Col. 51, ponto 16.

directos, os particulares podem interpor uma acção perante um tribunal nacional. Podem igualmente invocar o nº 1 do artigo 85º numa acção judicial interposta perante um tribunal nacional com base fundamentalmente noutras disposições, por exemplo, ao abrigo do direito comercial ou de normas relativas à franquia. Podem igualmente apresentar uma denúncia junto da Comissão⁽⁶⁶⁾.

183. Outros objectivos (promoção/protecção das PME)

A Comunicação sobre os acordos de importância menor da Comissão (JO nº C 368 de 23.12.1994, p. 20) destina-se a garantir às pequenas e médias empresas a devida segurança jurídica sem a notificação dos seus acordos. Além disso, muitas disposições constantes dos regulamentos de isenção por categoria são concebidas por forma a beneficiar as PME. Por exemplo, o Regulamento nº 1983/83 prevê que a isenção por categoria não é aplicável aos acordos de distribuição exclusiva entre concorrentes excepto "se uma das partes realizar um volume de negócios anual que não exceda 100 milhões de ecus".

184. Liberdade de determinar o tipo e as modalidades do sistema de distribuição

As partes dispõem da possibilidade de solicitar uma isenção individual ou de estruturar os seus acordos por forma a satisfazer os requisitos de uma isenção por categoria. As partes que preferem não respeitar os parâmetros estabelecidos pelas isenções por categoria podem celebrar os acordos que desejarem, podendo ainda assim beneficiar de uma isenção individual.

II. Questões do ponto de vista processual

185. O nº 1 do artigo 4º do Regulamento nº 17/62 estabelece um sistema de notificação para os acordos em relação aos quais as partes desejam um certificado negativo ou uma isenção nos termos do artigo 85º. O próprio Regulamento nº 17/62 procurou restringir o número de acordos sujeitos ao requisito de notificação mediante o nº 2 do artigo 4º, que delimita os tipos de transacções sujeitos a este requisito. Não obstante, após a adopção do Regulamento nº 17/62, a Comissão defrontou-se com uma "avalanche" de notificações, muitas das quais relacionadas com restrições verticais (aproximadamente 30 000 acordos notificados). A Comissão respondeu a este desafio de duas formas. Em primeiro lugar, em relação a muitos casos, a Comissão adoptou regulamentos de isenção por categoria que isentam uma categoria de acordos similares cujos benefícios a favor da concorrência são considerados como superiores aos seus efeitos anticoncorrenciais. Em segundo lugar, a instrução dos processos remanescentes culminou numa decisão individual ou num ofício de arquivamento. Esta política logrou o êxito desejado, pelo que o atraso na tramitação dos casos notificados foi reduzido de forma substancial.

186. As decisões formais não constituem um meio adequado de fazer face a um grande número de processos individuais. Os processos previstos no Regulamento nº 17 e os recursos de que dispõe a Comissão não lhe permitem tomar um número importante de

⁽⁶⁶⁾*Automec c. Comissão*, 1992 Col. II-2223 confirmou, contudo, que a Comissão dispõe de poder discricionário para rejeitar uma denúncia em virtude de esta ser desprovida de um interesse comunitário significativo, desde que exista uma via de recurso adequada a nível nacional.

decisões⁽⁶⁷⁾. As decisões expõem as orientações políticas, estabelecem o procedimento a observar, põem termo a infracções graves das normas (por exemplo, interferências com o comércio paralelo) e sancionam (através da imposição de coimas) as infracções cometidas. As isenções por categoria⁽⁶⁸⁾ e os ofícios de arquivamento são os "instrumentos" utilizados pela Comissão para a maioria dos casos.

187. Os benefícios de uma isenção por categoria podem ser retirados pela Comissão, o que lhe confere uma maior flexibilidade nesta matéria. A fim de retirar o benefício de uma isenção por categoria, a Comissão deve respeitar todo o procedimento conducente à adopção de uma decisão nos termos do n.1 do artigo 85º. Na prática, tal sucede muito raramente.

188. Eficácia do sistema de notificação

O sistema de notificação propicia à Comissão uma fonte de informação regular sobre as transacções, incluindo os acordos verticais. Uma importante parte das decisões da Comissão são desencadeadas pelas notificações, o que indica que muitas disposições contratuais que requerem um exame minucioso foram submetidas à atenção da Comissão através do processo de notificação. As notificações constituem igualmente a documentação de base em que se fundamenta a Comissão para determinar a necessidade e o alcance das isenções por categoria.

A Comissão é assistida na sua tomada de decisões sobre as notificações individuais por uma disposição que permite aos terceiros interessados apresentar as suas observações na sequência da publicação obrigatória de uma comunicação no Jornal Oficial.

O sistema de isenção é flexível, uma vez que a isenção deve ser limitada no tempo, podendo ser renovada. O processo de renovação permite à Comissão reexaminar a estrutura concorrencial do mercado relevante. O benefício de uma isenção individual pode ser retirado pela Comissão em caso de alteração das circunstâncias ou de apuramento de novos factos.

189. Execução rápida e eficiente

Não obstante o facto de as decisões formais serem viáveis apenas num número limitado de casos, a Comissão dispõe de vários instrumentos para assegurar a celeridade e a eficiência dos procedimentos, a saber:

- o nº 2 do artigo 4º do Regulamento nº 17º limita o número de casos que devem ser notificados;
- as isenções por categoria abrangem a maioria dos acordos verticais com procedimentos de não oposição, quando oportuno;
- os ofícios de arquivamento são um instrumento crucial que assistem a Comissão na tramitação do grande número de notificações por ela recebidas.

⁽⁶⁷⁾A Comissão toma actualmente, em média, 20 decisões por ano e recebe 250 notificações.

⁽⁶⁸⁾Incluindo as disposições relativas à não oposição.

190. Segurança jurídica

As decisões de isenção individual asseguram uma segurança jurídica total em toda a Comunidade. As isenções por categoria também garantem uma segurança jurídica total em relação aos acordos que respeitem plenamente as condições nelas estabelecidas. Os certificados negativos asseguram uma certa segurança jurídica, embora um tribunal ou autoridade nacional possa chegar à conclusão de que um acordo que beneficia de um certificado negativo infringe, não obstante, o direito nacional, embora tal ocorra muito raramente. Tal não é possível relativamente a uma isenção.

O procedimento de oposição no âmbito de algumas isenções por categoria constitui um instrumento que assegura o maior grau possível de segurança jurídica com os menores custos em termos de tempo e formalidades administrativas.

Os officios de arquivamento são imbuídos de uma autoridade considerável embora não assegurem uma segurança jurídica total. As empresas podem confiar de forma razoável na fiabilidade dos officios de arquivamento por diversos motivos. Em primeiro lugar, indicam a opinião favorável à partida da Comissão e revelam a sua falta de interesse em analisar o caso de forma mais aprofundada, pelo menos, num futuro imediato. A Comissão jamais revogaria um officio de arquivamento ou tomaria uma decisão em aberta contradição com o mesmo, salvo na eventualidade de uma importante alteração da situação de facto ou das circunstâncias. Estas são as mesmas condições ao abrigo das quais a Comissão pode retirar o benefício de uma isenção concedida através de uma decisão formal⁽⁶⁹⁾.

Em segundo lugar, um officio de arquivamento revela um compromisso informal por parte da Comissão no sentido de que, caso necessário, esta procederá à adopção de uma decisão formal na matéria.

Em terceiro lugar, um officio de arquivamento desincentiva a contestação de um acordo por terceiros, embora em várias instâncias o tenham feito quando na posse de novos elementos. Por exemplo, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que, dado que a análise provisória da Comissão das condições de mercado em que se baseava um officio de arquivamento tinham registado uma alteração suficientemente significativa devido à entrada de novos concorrentes, existindo entraves ao acesso ao mercado que a Comissão não tinha tido conhecimento aquando da emissão do seu officio de arquivamento, se justificava a reabertura do processo pela Comissão após a emissão do referido officio de arquivamento⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾O artigo 8º do Regulamento nº 17/62 permite à Comissão retirar o benefício de uma decisão de isenção:
“(a) se a situação de facto se alterar em relação a um elemento essencial para a decisão;
(b) se as partes não cumprirem uma obrigação incluída na decisão;
(c) se a decisão se fundamentar em indicações inexactas ou tiver sido obtida fraudulentamente; ou
(d) se as partes abusarem da isenção do disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado que lhes tenha sido concedida pela decisão.”

⁽⁷⁰⁾*Langnese-Iglo GmbH c. Comissão*, T-7/93 (8.6.1995), pontos 38-40.

Por último, embora não sejam vinculados pelos ofícios de arquivamento, nenhum tribunal ou autoridade nacional jamais emitiu uma decisão contrária à posição expressa nesses ofícios. Estes ofícios de arquivamento são dotados de um elevado poder de persuasão, uma vez que indicam a posição da Comissão em relação aos acordos. Deste modo, o tribunal nacional pode deparar-se com a questão da legalidade de um acordo em relação ao qual a Comissão emitiu um ofício de arquivamento em que declarou que o referido acordo é passível de beneficiar de uma isenção. Nesse caso, o tribunal "pode ter em consideração estes ofícios como um elemento de facto".⁽⁷¹⁾

A segurança jurídica assegurada por um ofício de arquivamento é ainda maior se tiver sido publicada uma comunicação nos termos do n° 3 do artigo 19° do Regulamento n° 17, que não tenha sido objecto de observações desfavoráveis por parte de terceiros.

191. Coerência

O sistema actual promove uma aplicação coerente e uniforme do artigo 85° em toda a Comunidade no que diz respeito às restrições verticais. O Regulamento n° 17 atribui à Comissão a função de uma autoridade de concorrência central, declarando-a a única competente para declarar o n°1 do artigo 85° inaplicável mediante a concessão de uma isenção nos termos do n° 3 do artigo 85°, decisão essa que só pode ser revista pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça. Após a concessão de uma isenção, esta é vinculativa em toda a Comunidade e os tribunais nacionais e as autoridades de concorrência nacionais não podem subsequentemente decidir que o acordo infringe o direito comunitário da concorrência. Deste modo, as decisões que envolvem apreciações complexas de questões económicas ou a ponderação da política de concorrência face a outras políticas comunitárias e que podem ter consequências de vasto alcance em toda a Comunidade são tomadas pelas autoridades competentes a nível comunitário.

192. "Balcões únicos"/descentralização

O sistema actual cria "balcões únicos" para as restrições verticais no que respeita às actividades em relação às quais se pretenda obter uma isenção nos termos do n° 3 do artigo 85°. As autoridades e os tribunais nacionais podem desempenhar um papel profícuo na determinação da aplicabilidade das isenções por categoria, podendo debruçar-se sobre as denúncias e as restrições da concorrência que não podem ser objecto de isenção.

* * * *

⁽⁷¹⁾Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85° e 86° do Tratado CEE, JO n° C 39 de 13.12.1953, p. 5, ponto 25, alínea (a).

Capítulo VI

COMPARAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO COM O DIREITO DOS ESTADOS-MEMBROS E DE ALGUNS PAÍSES TERCEIROS APLICÁVEL ÀS RESTRIÇÕES VERTICAIS

193. O presente capítulo compara o direito e a política comunitários com as legislações dos Estados-membros e de alguns países terceiros, tanto do ponto de vista material como processual, conforme aplicáveis às restrições verticais⁽⁷²⁾. Demonstra que, de modo geral, os Estados-membros e os países terceiros analisados colocam mais ênfase do que a Comissão na análise económica do mercado para determinar se uma restrição vertical constitui ou não uma infracção. Além disso, uma vez que nenhum dos enquadramentos jurídicos em causa se preocupa com o objectivo de integração do mercado, não asseguram uma protecção às importações paralelas, ao invés do sistema comunitário.

I. DIREITO MATERIAL

Estados-membros com legislações análogas ao artigo 85º

194. As legislações de nove Estados-membros (Bélgica, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Espanha e Suécia) seguem a abordagem da Comunidade, com regulamentações nacionais que se assemelham ao artigo 85º com a sua estrutura dividida em duas partes, contendo uma proibição geral e uma disposição de isenção. Observam o sistema comunitário de classificação das restrições verticais, incluindo tanto as restrições territoriais como não territoriais, e aplicam critérios análogos para comprovar a existência ou não de uma infracção (posição no mercado das partes, efeito de compartimentação, efeitos sobre a concorrência no âmbito da mesma marca e entre marcas diferentes). Sempre que, até à data, os tribunais ou autoridades nacionais tomaram decisões ao abrigo

⁽⁷²⁾A informação exposta no presente capítulo baseia-se em três fontes.

A primeira ("Survey of the Member State National Laws Governing Vertical Distribution Agreements") foi elaborada pela DG IV em 1995 e publicada em 1996 pelo Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. Contém informações básicas sobre os sistemas nacionais no que se refere aos acordos de distribuição vertical.

A segunda ("Proceedings of the European Competition Forum") incide sobre o Fórum organizado pela DG IV na Primavera de 1995, em que participaram representantes de todas as autoridades nacionais dos Estados-membros, entre outros. Este consistiu em três painéis: distribuição exclusiva, distribuição selectiva e dependência económica dos fornecedores em relação aos grandes grupos de distribuição. A acta co-publicada em 1996 por John Wiley and Sons Ltd.e o Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, tendo sido publicado um resumo da mesma na Newsletter Nº 5 Vol. I da DG IV (Verão de 1995) por Lorraine Laudati.

A terceira ("Surveys of the Member States' Powers to Investigate and Sanction Violations of National Competition Laws"), documento elaborado em 1994 e publicado em 1996 pelo Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, foi utilizada no que se refere a determinadas questões processuais relacionadas com a apresentação das notificações. Embora tenham sido tomadas as devidas medidas para comprovar a veracidade das informações fornecidas no presente capítulo relativamente aos Estados-membros e países terceiros, é de assinalar que tal representa a opinião da Comissão e não reflecte forçosamente as opiniões dos Estados-membros ou de países terceiros.

destas legislações, a influência do direito comunitário é muitas vezes patente. A manutenção de preços de revenda é prática proibida em França e em Espanha, embora sejam autorizados preços recomendados. Em Itália, este mecanismo não é ilegal em si, mas é analisado numa base casuística. As isenções por categoria nacionais foram adoptadas por três dos Estados-membros com legislações similares ao artigo 85º (Irlanda, Espanha e Suécia). Em todos os casos, as isenções por categoria nacionais correspondem, em maior ou menor grau, às isenções por categoria comunitárias. Apenas dois dos Estados-membros (Espanha e Suécia) adoptaram uma regra *de minimis*. A França e a Itália indicaram que não dispõem de uma regra deste tipo dado que preferem efectuar uma análise global do mercado e da posição no mercado das partes.

195. Vários Estados-membros que possuem regulamentações análogas ao artigo 85º indicaram que a sua aplicação do direito nacional que rege os acordos restritivos diverge da aplicação do artigo 85º pela Comissão. Por exemplo, a autoridade italiana efectua uma análise fundamentada para determinar a existência de uma restrição e a fim de averiguar se se justifica a concessão de uma isenção, baseando-se para o efeito na análise económica, nomeadamente, no impacto económico do acordo sobre o mercado relevante. O acesso ao mercado, a posição no mercado das partes, o prazo de vigência do acordo e o efeito cumulativo das redes dos sistemas de distribuição são outros factores igualmente tomados em consideração. Nas observações por ela tecidas, a autoridade italiana declarou o seguinte:

O que pode ser considerado como uma restrição da concorrência ao abrigo do artigo 85º do Tratado, bem como nos termos das disposições nacionais correspondentes não é óbvio em si.

No quadro de uma abordagem jurídica tradicional, pode considerar-se que o artigo 85º proíbe *algumas cláusulas* nos acordos verticais. Contudo, o consenso cada vez mais generalizado aponta para o facto de que o nº 1 do artigo 85º deve ser interpretado como proibindo os acordos verticais apenas na medida em que estes tenham um impacto económico susceptível de restringir a concorrência no mercado. Em especial, em diversos acórdãos por ele proferidos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sustentou que a natureza restritiva do acordo vertical na acepção do nº 1 do artigo 85º apenas pode ser apreciada atendendo ao seu contexto económico e jurídico. No que respeita à análise económica, tende a recolher amplo apoio a opinião de que a análise da natureza potencialmente restritiva (em termos concorrenciais) de um acordo restritivo não deve circunscrever-se aos seus aspectos formais.

196. Em França, a legalidade dos acordos de distribuição é apreciada mediante referência às cláusulas constantes dos contratos e à forma como são aplicadas no contexto económico em que funciona o sistema de distribuição. Este método é utilizado independentemente de as cláusulas de exclusividade figurarem num contrato individual ou numa rede de contratos.

A autoridade francesa entende que a sua interpretação diverge da efectuada pela Comissão, visto que ao abrigo da primeira a exclusividade em matéria de venda ou compra não representa, por si só, uma restrição da concorrência. Deste modo, adopta uma posição favorável em relação aos sistemas de distribuição, considerando que estes contribuem para a eficiência económica, respeitando em geral o disposto no nº 1 do

artigo 85º ou a norma correspondente do direito nacional, salvo nos casos em que sejam acompanhados por cláusulas susceptíveis de prejudicar a concorrência. A autoridade decide da existência de uma restrição com base numa análise económica, tomando em consideração a maior concorrência que é frequentemente gerada por sistemas deste tipo. A compartimentação dos mercados e o efeito cumulativo de uma rede de acordos constituem os principais critérios para determinar a eventual existência de uma restrição da concorrência. A autoridade francesa entende que a presença de um grau de concorrência permanente aponta para a inexistência de qualquer restrição, o que contrasta com a abordagem da Comissão, que a considera uma condição necessária para a concessão de uma isenção.

197. Se, após esta análise inicial, a autoridade de concorrência francesa concluir que existe uma restrição significativa da concorrência, considera se se justifica ou não a concessão de uma isenção. A sua análise é mais rigorosa do que a da Comissão nesta fase. A autoridade explicou que:

Os recentes contactos estabelecidos entre as autoridades dos Estados-membros, nomeadamente no Fórum Europeu da Concorrência realizado em Bruxelas na Primavera passada, revelam que muitos países [com regulamentações análogas ao artigo 85º] consideram que os acordos verticais podem, em determinados casos, ter efeitos favoráveis sobre a concorrência.

É somente quando os acordos verticais têm um objecto ou efeito potencialmente anticoncorrencial que são proibidos ao abrigo da lei de concorrência de 1986, excepto se deles resultarem benefícios económicos suficientes. A disposição relativa ao abuso de posição dominante baseia-se nas mesmas condições.

Estados-membros com legislações distintas do artigo 85º

198. As legislações aplicáveis às restrições da concorrência nos restantes seis Estados-membros (Áustria, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Países Baixos e Reino Unido) não se assemelham ao direito comunitário. A verificação de uma infracção baseia-se, em geral, na comprovação de algum tipo de abuso:

- na Áustria;
- na Dinamarca, quando é susceptível de ser exercida uma "influência dominante";
- na Finlândia, quando o acordo afecta a fixação de preços, diminui a eficiência, impede ou afecta o desenvolvimento de actividades comerciais por outra empresa, ou é incompatível com um acordo vinculativo a nível internacional de uma forma incompatível com uma concorrência sólida e eficaz;
- na Alemanha, quando as restrições têm um efeito adverso sobre a concorrência (em relação aos acordos de distribuição exclusiva, acordos de compra exclusiva e sistemas de distribuição selectiva) ou as restrições excedem o âmbito dos direitos licenciados (em relação aos acordos de franquias);
- nos Países Baixos, quando as restrições são contrárias ao interesse geral;
- No Reino Unido, quando contrários ao interesse público.

199. O sistema de classificação das infracções varia consideravelmente entre estes países, mas em todos eles vigoram regras contra a manutenção de preços de revenda. A

Áustria é o único país deste grupo que adoptou isenções por categoria, análogas às isenções por categoria comunitárias.

200. Cinco destes países (todos à excepção da Finlândia) encontram-se actualmente a analisar a possibilidade de reformar o direito nacional da concorrência a fim de harmonizá-lo com o direito comunitário.

201. A autoridade alemã entende que, regra geral, uma organização restritiva da distribuição não constitui uma ameaça à concorrência, salvo nos casos em que seja conjugada com um grau de poder de mercado. Deste modo, ao abrigo do direito alemão, os acordos de distribuição exclusiva e os acordos de compra exclusiva são, em princípio, passíveis de serem autorizados, sendo, contudo, objecto de fiscalização pelas autoridades da concorrência a fim de impedir quaisquer abusos.

202. No Reino Unido, os acordos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva não são abrangidos pela legislação que rege os acordos, mas por uma lei que permite às autoridades investigar numa base casuística se for atingido o limiar de 25% do mercado quer por uma empresa, quer por um grupo de empresas através de uma rede de acordos verticais. É feita uma análise fundamentada, que envolve a ponderação do efeito das restrições verticais sobre a concorrência a nível da produção e da comercialização a retalho em relação aos benefícios decorrentes de uma maior eficiência. Nesta análise, são consideradas relevantes duas condições estruturais principais, a saber:

- as deficiências do mercado a montante ou a jusante, conducentes a um poder de mercado individual ou colectivo importante, a curto ou médio prazo;
- a utilização generalizada das restrições verticais num determinado mercado do produto, afectando uma proporção significativa das vendas totais no mercado, sem quaisquer antecedentes de penetração no mercado por terceiros.

As autoridades britânicas consideram mais reduzidas as probabilidades de uma melhoria da eficiência quando o produto for simples ou pouco complexo do ponto de vista técnico, barato, objecto de compras repetidas, vendido em estabelecimentos de conveniência, os consumidores dispuserem facilmente de informação sobre o produto, a imagem de marca for sólida, o produto se encontrar consolidado no mercado, existirem grandes entraves de acesso ao sector retalhista e as economias de escala no sector retalhista forem substanciais. A manutenção de preços de revenda é ilegal, mas permitida se o "Restrictive Practices Court" decidir que a não aplicação de preços de revenda mínimos acarretaria claros prejuízos para os consumidores. Vários estudos aprofundados foram realizados recentemente sobre questões relacionadas com restrições verticais nos sectores da cerveja, gasolina, bebidas gaseificadas, veículos automóveis e gelados.

Países terceiros (EUA e Canadá)

- Estados Unidos

203. O objectivo do direito da concorrência nos Estados Unidos é o de fomentar o bem-estar dos consumidores, não prossequindo qualquer objectivo de promover a integração de mercado. As restrições verticais são basicamente regidas pela Secção 1 do Sherman Act⁽⁷³⁾, que prevê que é ilegal qualquer contrato, associação sob forma de

⁽⁷³⁾Em determinadas circunstâncias, a Secção 2 do Sherman Act e a Secção 3 do Clayton Act podem ser

consórcio ou de outro tipo, ou conspiração que restrinja as trocas comerciais entre os diversos Estados ou com países terceiros.

204. Em 1977, o Supremo Tribunal estabeleceu no âmbito do processo *GTE Sylvania*⁽⁷⁴⁾ que as restrições verticais devem ser objecto de uma análise fundamentada, reconhecendo que essas restrições podem "promover a concorrência entre marcas diferentes ao permitir ao fabricante obter uma maior eficiência na distribuição dos seus produtos". Na ausência de qualquer poder de mercado detido pelo fabricante, os acordos de distribuição que contenham restrições verticais são geralmente considerados legais, uma vez que promovem a entrega eficiente e um abastecimento estável de bens e serviços para o consumidor, bem como o aumento da concorrência entre marcas diferentes ao melhorarem a capacidade de concorrência dos fabricantes no âmbito de uma determinada indústria. Além disso, os riscos anticoncorrenciais dessas restrições são geralmente considerados negligenciáveis, uma vez que o interesse do fabricante reside no desenvolvimento de uma distribuição eficaz, a fim de maximizar as vendas aos consumidores, pelo que dispõe de todos os incentivos no sentido de fomentar a concorrência entre os distribuidores no âmbito da mesma marca a fim de manter os preços baixos.

205. A análise fundamentada envolve a identificação do mercado relevante, a determinação do poder de mercado da empresa, bem como vários outros factores utilizados para analisar se a restrição afecta adversamente a concorrência entre marcas diferentes, bem como as justificações relacionadas com o objectivo legítimo e a necessidade da restrição para a prossecução desse objectivo. O arguido deve apresentar argumentos que justifiquem a sua posição e refutem as alegações, mas o ónus da prova é suportado, em última instância, pelo autor que deve convencer o tribunal de que a restrição possui, em geral, um efeito anticoncorrencial. Deve ser igualmente considerado se existem alternativas menos restritivas do que a restrição em causa para a consecução do objectivo legítimo.

206. Os tribunais norte-americanos tendem a ser mais cautelosos sobre os efeitos das restrições sobre a concorrência entre marcas diferentes e podem exigir uma análise de mercado aprofundada, incluindo averiguações sobre "o alcance da compartimentação do mercado e as justificações comerciais do adquirente e do vendedor"⁽⁷⁵⁾. A medida em que os fabricantes concorrentes são privados de estabelecimentos de venda para os seus produtos ou os distribuidores são proibidos de recorrer a fornecedores alternativos constitui um elemento fundamental na análise destas restrições.

207. Não vigora qualquer regra *de minimis* nos Estados Unidos. A manutenção de preços de revenda é ilegal ao abrigo da legislação norte-americana. As sugestões em matéria de preços de venda a retalho não são, todavia, abrangidas por esta proibição.

aplicáveis às restrições verticais.

⁽⁷⁴⁾Continental TV c. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

⁽⁷⁵⁾Ver *Barry Wright Corp. c. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 236-37 (1st Cir. 1983).

- **Canadá**

208. Os acordos de comercialização e compra exclusiva que sejam susceptíveis de ter efeitos restritivos sobre o mercado devido ao facto de serem celebrados por um importante fornecedor de um produto ou serem prática generalizada no mercado, com o resultado concomitante de a concorrência ser provavelmente bastante mais ténue, podem ser proibidos pelo Tribunal da Concorrência. Por "restrição do mercado" entende-se um requisito imposto pelo fornecedor sobre o cliente, no sentido de este último fornecer um determinado produto apenas num mercado definido. Se essa restrição for susceptível de diminuir de forma substancial a concorrência em relação a esse produto, por exemplo, quando é imposta por um importante fornecedor de um produto ou quando é prática generalizada em relação ao produto, esta restrição pode ser proibida pelo Tribunal. Por último, um tribunal pode obrigar um fornecedor a vender a um determinado cliente, susceptível de ser muito afectado nas suas actividades devido à sua incapacidade de obter fornecimentos adequados, desde que este esteja na disposição e em condições de satisfazer as condições comerciais normais. As restrições sobre a concorrência entre marcas diferentes são geralmente consideradas de forma mais rigorosa do que as restrições sobre a concorrência no âmbito da mesma marca. Não é aplicável qualquer regra *de minimis*, mas as autoridades atribuem pouca importância aos casos de reduzido impacto económico.

II. SISTEMA DE NOTIFICAÇÃO

Estados-membros com legislações semelhantes ao artigo 85º

209. Em seis dos Estados-membros com legislações análogas ao artigo 85º (Bélgica, Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha e Suécia), vigora um requisito de notificação relativamente aos acordos restritivos que é semelhante ao requisito comunitário, isto é, que exige a notificação apenas nos casos em que é solicitada uma isenção e/ou um certificado negativo. No entanto, entre estes países, apenas a Bélgica e a Suécia aplicam as mesmas normas em matéria de imunidade relativamente à imposição de coimas após a notificação. Não é prevista qualquer imunidade nesta matéria na Grécia nem em Portugal. A legislação irlandesa não prevê a imposição de coimas.

210. A França e a Itália não requerem a notificação dos acordos restritivos. Em Itália, vigora um sistema de notificação voluntária. Em França, não existe qualquer sistema de notificação para os acordos restritivos, baseando-se as autoridades de fiscalização noutros meios para ter conhecimento das infracções.

O direito francês baseia-se num postulado oposto àquele que sustenta que os acordos ou a cooperação comercial no âmbito das relações verticais são proibidas *a priori*. É por este motivo que não é previsto qualquer sistema de notificação obrigatória. Um sistema deste tipo não se afigura necessário, uma vez que consideramos os acordos verticais como legais *a priori*.

Estados-membros com legislações distintas do artigo 85º

211. Um sistema de notificação semelhante ao sistema comunitário vigora na Finlândia, não sendo contudo prevista qualquer imunidade em matéria de coimas.

Na Alemanha, as restrições verticais são geralmente sujeitas a controlo a fim de evitar abusos, não precisando de ser notificadas. A notificação é apenas exigida no caso de restrições que limitam a liberdade de fixação dos preços ou das condições comerciais, restrições essas que são geralmente proibidas mas que podem beneficiar da concessão de uma isenção.

A notificação dos acordos restritivos é exigida na Áustria, Dinamarca, Países Baixos e Reino Unido, independentemente do facto de se pretender ou poder ser obtida uma isenção ou um certificado negativo. As notificações são exigidas para que as autoridades possam dispor das informações necessárias para determinar a existência de eventuais abusos.

No Luxemburgo, não existe qualquer sistema de notificação para os acordos restritivos.

Países terceiros

212. Nem os Estados Unidos nem o Canadá dispõem de um sistema de notificação relativamente aos acordos restritivos.

III. NÚMERO DE CASOS VERIFICADOS

213. Os Estados-membros em ambos os grupos registaram, em geral, um número moderado de casos de infracção à legislação em matéria de restrições verticais. Não se encontram disponíveis, contudo, dados em vários Estados-membros ou estes não podem ser comparados devido a diferenças nos sistemas nacionais ou nas práticas de registo. Uma estimativa aproximada do volume de actividade é de 0 casos nalguns Estados-membros (Bélgica e Áustria) até aproximadamente 25 por ano na Alemanha.

214. Nos Estados Unidos, as restrições verticais foram praticamente ignoradas pelas autoridades federais durante a década 80. No entanto, as autoridades estatais deram início a alguns processos relativamente a violações em matéria de manutenção de preços de revenda. Recentemente, verificaram-se acções judiciais interpostas pelas autoridades de fiscalização a nível federal e estatal, por vezes em conjunto, em matéria de manutenção de preços de revenda. No entanto, raramente são interpostas acções judiciais relativamente a outros tipos de restrições verticais. Nos últimos anos, verificaram-se alguns casos no sector da assistência sanitária, uma prioridade política, envolvendo sobretudo mercados locais e quando fosse possível comprovar a existência de um poder de mercado significativo.

215. A aplicação da legislação em matéria de restrições verticais afigura-se ténue no Canadá.

V. CONCLUSÕES

216. É patente a considerável diversidade dos mecanismos que vigoram em matéria de acordos verticais nos Estados-membros e nos países terceiros debatidos no presente capítulo. No entanto, podem ser identificados alguns aspectos fundamentais em que estes sistemas se pautam pela sua coerência, bem como pela sua divergência com o sistema

comunitário. Em primeiro lugar, sustentam que a análise económica deve ser utilizada desde o início para determinar a existência ou não de uma infracção. Tal é o caso nomeadamente de alguns Estados-membros com sistemas baseados no sistema comunitário (designadamente a França e a Itália), alguns Estados-membros com sistemas diferentes do sistema comunitário (a saber, a Alemanha e o Reino Unido) e países terceiros (tanto os Estados Unidos como o Canadá).

217. Em segundo lugar, vários Estados-membros, bem como os Estados Unidos e o Canadá não utilizam um sistema de notificação relativamente aos acordos restritivos. Tal deve-se ao facto de considerarem que os seus recursos podem ser afectados de forma mais eficiente, por exemplo, na averiguação de denúncias que envolvam restrições verticais. A inexistência de um sistema de notificação coaduna-se igualmente com a premissa de que os acordos verticais são, *a priori*, legais.

218. Em terceiro lugar, apenas um número limitado de casos relativos a restrições verticais são objecto de acções judiciais no âmbito desses sistemas, o que se coaduna uma vez mais com a noção de que estas restrições são, *a priori*, legais.

* * * * *

Capítulo VII

RESULTADOS DO INQUÉRITO

I. Finalidade e metodologia

219. No âmbito da elaboração do Livro Verde, foi decidido realizar um inquérito sob a forma de entrevistas. Para este efeito, foram contactados várias dezenas de fabricantes, retalhistas (bem como grossistas, empresas de importação-exportação) e associações, tanto a nível europeu como nacional. Além disso, foram realizadas uma série de entrevistas com institutos de investigação ou indivíduos com conhecimentos específicos sobre marketing ou técnicas de distribuição nos vários sectores industriais. A maioria das entrevistas incidiu sobre o domínio dos bens de consumo, englobando tanto produtos alimentares como não alimentares. Esta lista de entrevistas não é plenamente representativa e, por motivos logísticos, o Benelux e as áreas limítrofes do norte de França, Alemanha Ocidental e o sul do Reino Unido possuem um peso excessivo nesta amostra.

220. A vasta maioria respondeu favoravelmente aos nossos convites, tendo sido realizadas reuniões para o efeito entre Junho e Agosto de 1994. Os debates previstos com algumas das associações industriais acabaram por tornar-se mesas redondas de pleno direito, envolvendo um importante número de quadros e outros representantes de uma vasta gama de sectores industriais. Embora a Comissão procurasse o melhor equilíbrio possível entre os diversos grupos e terceiros interessados a fim de auscultar a maior diversidade possível das opiniões, é óbvio que os resultados destas entrevistas não podem ser considerados representativos para quaisquer efeitos estatísticos. A Comissão gostaria que fossem apresentadas observações sobre os resultados destas entrevistas, nomeadamente, sempre que se considere que a amostra geográfica e territorial não é representativa.

221. Muitos pontos levantados pelos interlocutores eram específicos a uma indústria ou sector. Outros como, por exemplo, a questão da relação de poder entre fabricantes e retalhistas ou o problema do comércio paralelo foram debatidos praticamente em todas as reuniões. As reuniões foram realizadas informalmente, não tendo sido realizadas actas das mesmas. Por conseguinte, a maioria dos interlocutores manifestou-se na disposição de utilizar uma linguagem clara, revelar dados sensíveis e fundamentar os seus pontos de vista em elementos caricatos baseados na sua experiência própria ou mesmo com base em informações confidenciais. As páginas subsequentes contêm uma resenha das conclusões básicas sem fazer referência, contudo, a quaisquer dados específicos das empresas.

II. Alterações a nível da sociedade e na procura dos clientes

222. A dinâmica dos clientes tem sofrido consideráveis transformações, verificando-se uma maior polarização em termos de rendimento, bem como o envelhecimento da população. A saturação do mercado desencadeou novas estruturas mais complexas de procura por parte dos clientes individuais. As alterações demográficas afectam os padrões de compra, tendo conduzido basicamente a uma concentração em termos de propriedade e estabelecimentos de venda. Em relação aos bens de consumo de grande mobilidade, os

clientes efectuam compras de forma menos frequente e manifestam preferência por efectuar todas as suas compras de uma só vez, em detrimento de diversas visitas a vários estabelecimentos de venda diferentes. A crescente diferenciação na procura é considerada um dos principais motivos do êxito das novas cadeias especializadas de desconto. A título ilustrativo, os fabricantes de mobiliário têm vindo a expandir-se no sector da decoração e outros elementos acessórios. O sector da imprensa foi referido como um sector protótipo em que a proliferação e a especialização dos produtos oferecidos aos clientes era um caso típico.

III. Mutações tecnológicas

223. A tecnologia da informação e, nomeadamente, a utilização de leitores electrónicos de códigos de barra nas caixas registadoras dos estabelecimentos de venda, cada vez mais utilizados para o controlo das existências, têm vindo a promover de forma acelerada os sistemas "just in time" e alteraram o equilíbrio a nível da informação. Estas novas tecnologias, juntamente com os cartões de cliente, permitem actualmente aos retalhistas definir as várias estratégias de marketing sem ter de recorrer às informações dos fabricantes. A gestão da informação permitirá o controlo "just in time" das entregas mesmo em relação a uma vasta gama de produtos (hipermercados), conduzirá à redução dos custos de armazenagem e melhorará a produtividade mediante a elaboração automática de novas encomendas de mercadorias. Afirma-se, em geral, que as possíveis reduções de custos resultantes da introdução da tecnologia da informação possuem um alcance limitado. No entanto, uma vez que as margens de lucro na distribuição são muito diminutas, qualquer redução a nível dos custos pode ter efeitos significativos a nível da rentabilidade.

224. As empresas de venda por correspondência e de venda à distância utilizam cada vez mais áudio e videotextos, CDI, CD-ROM, bem como a televisão interactiva para a distribuição dos seus produtos. Considera-se que a telecompra tem potencialidades para se tornar um instrumento extremamente importante na distribuição de mercadorias a retalho. Alguns interlocutores manifestaram-se bastante optimistas sobre os actuais projectos-piloto em curso relativos à distribuição através da televisão interactiva sem poderem, contudo, identificar o principal beneficiário da tecnologia da informação entre os principais retalhistas, fabricantes ou mesmo canais de televisão e meios de informação. Alguns exprimiram a sua preocupação quanto ao facto de os instrumentos da tecnologia de informação poderem vir a ser monopolizados quer pelos fabricantes, quer pelos retalhistas. Entendia-se que a evolução a nível da televisão interactiva não representa qualquer ameaça assinalável para as actividades estabelecidas das empresas de venda por correspondência, uma vez que a primeira visava sobretudo os segmentos de mercado mais caros, enquanto as últimas visavam actividades nos escalões relativamente mais baixos do mercado.

225. Outra tendência recente prende-se com o desenvolvimento do transporte e das infra-estruturas logísticas a nível interno. A utilização de estruturas próprias de transporte permitiu aos grandes distribuidores racionalizar as suas entregas e os fornecimentos no âmbito da mesma rede, reduzindo simultaneamente os respectivos custos. Esta nova evolução desencadeou igualmente importantes alterações na forma de comercialização dos produtos. Por exemplo, os produtos são frequentemente embalados apenas à última hora para que as promoções específicas de "marketing" possam ser incorporadas na rotulagem.

IV. Estrutura da distribuição

226. Muitos interlocutores descreveram a distribuição das décadas 60 e 70 como fragmentada e desorganizada, totalmente dependente da indústria e frequentemente confrontada com preços de venda obrigatórios e/ou boicotes. Progressivamente, a função de distribuição tem vindo a emancipar-se em relação ao sector da indústria transformadora, representando actualmente um sector por direito próprio. Os distribuidores recolhem e detêm informações sobre a forma e o local em que são vendidos os produtos e têm capacidade para assessoriar os fornecedores sobre a procura dos clientes.

227. Até à data, a distribuição e, nomeadamente, a distribuição de produtos alimentares tem adoptado uma estratégia orientada em função do volume. A introdução da tecnologia da informação e da distribuição "just in time" conduzirá gradualmente à emergência de novas funções logísticas como, por exemplo, o agrupamento das encomendas. Um número de pequenas empresas especializa-se já nas entregas ao domicílio, especialmente no domínio das bebidas e dos produtos alimentares congelados.

228. Tem-se assistido à segmentação do sector retalhista e a uma proliferação de diferentes tipos de estabelecimentos de venda. Para além do estabelecimento tradicional de venda a retalho de produtos alimentares, normalmente sob a forma de supermercados, têm vindo a emergir novas cadeias de desconto, clubes de venda a clientes, bem como armazéns "*Cash and Carry*". Os principais grupos a distinguir são os pequenos retalhistas "clássicos", os armazéns urbanos, as lojas de desconto, as cadeias especializadas e as novas formas de distribuição como, por exemplo, as empresas de "marketing" directo (venda por correspondência, telemarketing, tipografias e editoras, telecompra e pequenas agências especializadas). Por exemplo, as empresas de telemarketing encontram-se já consolidadas no domínio dos computadores, livros e discos. A banca é uma outra área que regista um crescimento assinalável. O êxito das técnicas de comercialização directa parece depender do produto. Por exemplo, ao passo que 75% dos seguros de veículos automóveis nos Países Baixos são vendidos por via telefónica, os regimes de pensões requerem ainda contactos pessoais.

229. Certas empresas processam e realizam a entrega efectiva de uma encomenda por conta do fabricante. Não adquirem as mercadorias, não detêm existências e não fixam o preço para o consumidor final. As empresas de venda por correspondência satisfazem normalmente as encomendas a nível interno. As agências especializadas prestam serviços às empresas de menor dimensão. Este novo sector permite testar a venda de novos produtos de forma muito menos onerosa do que a distribuição dos produtos aos estabelecimentos de venda a retalho. Tal constitui um factor importante, uma vez que aproximadamente dois terços de todos os novos produtos introduzidos fracassam.

230. Nalguns sectores, deixou de existir a separação clássica entre produtor, agente, grossista e retalhista. Actualmente, os grandes retalhistas abastecem-se directamente junto dos produtores. No que respeita às bebidas, por exemplo, nalguns Estados-membros mais de 60 % dos vinhos são adquiridos nos supermercados.

231. Nalguns sectores como, por exemplo, o da farmacêutica não se verificou ainda qualquer integração vertical assinalável. Noutros sectores como o das bebidas, os

produtores têm prosseguido uma política de integração vertical, tendo assumido o controlo dos importadores nacionais exclusivos.

232. Foi geralmente reconhecido que a tecnologia da informação conduziu a uma situação em que o fluxo das mercadorias na cadeia de abastecimento deixou de ser impelido pelos fabricantes, passando a sê-lo pelos retalhistas. Foi igualmente reconhecido que se verifica actualmente uma concentração num dos extremos da cadeia de abastecimento e que desapareceram muitos intermediários/grossistas, um facto que pode conduzir ao aumento dos entraves à penetração no mercado pelos produtores. Não se registou qualquer consenso generalizado sobre se o desaparecimento dos grossistas tinha conduzido ou não a um declínio da exclusividade. Alguns interlocutores salientaram que a concentração no sector retalhista tinha obrigado os produtores a procurarem novos estabelecimentos de venda, por exemplo, vendas através das lojas existentes nas estações de serviço.

V. Relações entre fabricantes e retalhistas

233. Embora a balança tenha manifestamente pendido a favor dos retalhistas no decurso dos últimos anos, a questão de saber se é o fabricante ou o retalhista que pode determinar as condições e as modalidades da sua relação mútua parece depender em grande medida da posição de uma marca específica num determinado segmento de mercado. Os fabricantes dependem cada vez mais dos distribuidores e da venda a retalho de produtos alimentares para colocar os seus produtos à disposição dos consumidores. Uma vez que o espaço dos expositores de venda para novos produtos é limitado, surgem conflitos entre o crescente número de iniciativas de lançamento de novos produtos e o objectivo de optimização dos lucros por parte dos retalhista. Este conflito levou a que os retalhistas solicitassem uma compensação pecuniária (comissão de vendas) ou regimes de desconto que excedem por vezes as possíveis reduções de custos dos fabricantes. Dada as pressões existentes a nível dos expositores de venda, os produtos que não se encontram em primeira ou segunda posição correm cada vez mais o risco de serem eliminados da lista de produtos vendidos, sendo substituídos pelas marcas próprias dos retalhistas. Em consequência, em vários segmentos de mercado, a posição do primeiro e segundo fornecedores tem sido, em muitas instâncias, "institucionalizada" o que dificulta cada vez mais o acesso ao mercado por parte de outros fornecedores.

234. Alguns interlocutores eram da opinião de que as empresas que sobreviveriam a longo prazo consistiam basicamente em três tipos: os grandes fabricantes com uma vasta gama de produtos que investem na I&D e no novo lançamento de produtos que assumem um papel preponderante no mercado, os "produtores de marcas próprias" (isto é, fabricantes que produzem produtos para venda por retalhistas sob a sua marca respectiva) e operadores de nicho. Por outro lado, os fabricantes de segundo nível (ou seja, os fabricantes cujas marcas se situem nas terceira e quarta posições) encontram-se cada vez mais "enclausurados" entre os líderes de mercado e as marcas próprias dos grandes retalhistas, não dispendo frequentemente de outra opção senão a de transformarem-se em subcontratantes, produzindo sob a marca do retalhista.

235. Segundo a opinião de alguns analistas independentes, existem limites à capacidade dos retalhistas desenvolverem as suas marcas próprias. Ao passo que os fabricantes se encontram em condições de concentrar os seus esforços na investigação e no

desenvolvimento, bem como as suas despesas de "marketing" no desenvolvimento e na diferenciação do produto na sua área específica de presença no mercado, os retalhistas precisam de assegurar a disponibilidade de uma vasta gama de produtos através da sua rede. Por estes motivos, podem apenas lograr um volume limitado de vendas por produto. Consequentemente, a maioria dos retalhistas não terá provavelmente a dimensão suficiente para investir nas suas marcas próprias, uma vez que os custos de investigação e desenvolvimento são demasiado onerosos e as despesas de "marketing" relativas a cada produto precisam de ser amortizadas através de uma vasta rede de distribuição geográfica.

VI. Mercado único, comércio paralelo

236. Muitos entrevistados declaram que o enquadramento jurídico instituído pela Comunidade não tem operado de forma suficientemente eficaz enquanto veículo susceptível de conduzir a uma integração do mercado sob a forma de ajustamentos dos preços. Os obstáculos às trocas comerciais paralelas são ainda numerosos e complexos. Alguns interlocutores consideraram que a política da concorrência obrigava as empresas a pagarem o preço da integração do mercado europeu. Argumentou-se que as empresas deviam ser autorizadas a imputar os preços passíveis de serem suportados pelos mercados. Outros ainda consideravam que a distinção entre vendas passivas e activas era desactualizada, nomeadamente, desde a introdução da tecnologia da informação no mercado.

Existem ainda diferenças de preço muito significativas na União Europeia e, por vezes, em relação a produtos idênticos fabricados pela mesma empresa. Os custos de transporte, os condicionalismos regulamentares e as relações entre os produtores e os distribuidores dos vários Estados-membros são os factores na origem destas diferenças. Os distribuidores dispõem de um poder significativo em determinadas áreas (França, Alemanha) e de um poder mais fragmentado noutras (Grécia, sul de Itália). As diferenças de preço são importantes no sector dos produtos não alimentares mas ainda mais significativos no que se refere aos produtos alimentares. Tornou-se evidente no decurso das entrevistas que muitos retalhistas não tiram partido das oportunidades no sentido de explorar as diferenças de preço existentes entre os Estados-membros devido ao receio de prejudicarem as suas relações a longo prazo com os fabricantes ou, eventualmente, de se depararem com acções de retaliação como, por exemplo, boicotes ou práticas discriminatórias em matéria de preços. Os grupos de compra transfronteiras não parecem ter ainda qualquer impacto significativo.

Condicionalismos logísticos e outros de índole "natural"

237. Nalguns mercados, os custos de transporte são simplesmente demasiado elevados para desencadear um volume substancial de comércio paralelo, impedindo assim as mercadorias de serem transportadas a nível transfronteiras. Além disso, verificam-se enormes discrepâncias quanto às preferências nacionais e aos hábitos locais dos consumidores que são pouco susceptíveis de desaparecerem rapidamente, visto que os consumidores assumem atitudes distintas e exigem qualidades diferentes. Verificam-se igualmente importantes diferenciações de produto e diferentes técnicas de distribuição.

Algumas das diferenças de preço podem ser explicadas pelo facto de os fabricantes operarem com base em instalações de produção separadas, com estruturas de custos

específicas. Na medida em que os fabricantes têm vindo a optar pelo abastecimento a nível europeu, a estrutura de custo das respectivas filiais industriais tem vindo a registar uma aproximação o que, por seu turno, contribuirá para a redução das diferenças de preço. Em relação a alguns produtos caracterizados pela facilidade das suas trocas comerciais entre os Estados-membros, a convergência dos preços ocorreu devido a pressões concorrenciais.

Enquanto muitos mercados de fabricantes se caracterizam, em geral, por uma estrutura de procura e de oferta unificada a nível europeu, os mercados de bens de consumo a nível retalhista são ainda muito segmentados e delimitados em função das fronteiras nacionais. Podem ser observadas enormes diferenças a nível do comportamento dos consumidores.

Condicionalismos regulamentares

238. Diferentes requisitos nacionais contribuem ainda para o isolamento dos mercados e impedem a realização de trocas comerciais paralelas. Por exemplo, os requisitos em matéria de rotulagem - decorrentes frequente e primordialmente de considerações ambientais - são ainda muito divergentes. Além disso, os requisitos em matéria de embalagem e codificação também variam. Foi igualmente referida a crescente importância dos códigos nacionais de conduta no que se refere a questões como a publicidade e o "marketing".

As marcas são por vezes utilizadas para segmentar um mercado a nível nacional. Por outro lado, afigura-se difícil obter o registo da mesma marca em toda a Europa devido à existência de diferentes direitos prévios nos diversos registos nacionais e devido igualmente a diferenças culturais. Não obstante, as marcas comerciais assumem uma grande importância para combater a contrafacção e para impedir a concorrência desleal.

239. Os entraves às trocas comerciais são ainda importantes mesmo no que se refere às empresas de "marketing" directo e de venda por correspondência. Os monopólios postais criam problemas de fiabilidade em muitos países. Além disso, questões associadas com os direitos de autor, a falta de clareza das regulamentações fiscais, as flutuações cambiais e os encargos associados à transferência de fundos constituem obstáculos adicionais. A publicidade transfronteiras é complexa e os produtos de consumo precisam de ser adaptados a importantes preferências locais. A procura possui um cariz fortemente nacional. Um produto pode ser vendido num país por diferentes motivos do que noutra. Nalguns sectores, por exemplo, o farmacêutico, é aparentemente difícil obter a mesma marca comercial reconhecida em diferentes Estados-membros. Tal sucede não obstante o facto de muitas empresas prosseguirem uma política de marcas registadas a nível mundial.

Condicionalismos particulares

240. Muitos fabricantes não se encontram convictos de que a maior eficiência decorrente de uma única formulação e apresentação de produto em todos os Estados-membros compensaria as perdas decorrentes de uma redução na capacidade de diferenciar os preços entre os mercados nacionais em consequência do comércio paralelo. Por conseguinte, muitos fabricantes procuram aparentemente entravar o comércio paralelo quando possível, segundo muitos retalhistas. As quantidades disponíveis no âmbito das

exportações paralelas foram sempre demasiado reduzidas para constituir uma fonte de abastecimento fiável.

241. Em muitas entrevistas, os representantes do sector da distribuição acusaram os fabricantes de pretenderem dividir o mercado na Comunidade. Alegou-se que essas estratégias baseavam-se sobretudo na exploração abusiva dos direitos de propriedade intelectual e no funcionamento de sistemas de distribuição selectiva. Por exemplo, no sector da electrónica para o grande público, foi argumentado que os fabricantes/distribuidores exclusivos não aplicam o princípio da "garantia europeia". O abastecimento paralelo no sector da electrónica é relativamente fácil se as mercadorias se destinarem a ser vendidas sob a marca do distribuidor, ao passo que o fornecimento é recusado se o retalhista - que não seja membro do sistema de distribuição selectiva - desejar vendê-las sob a marca do fabricante. Alegou-se ainda que, no âmbito do mercado da electrónica para o grande público, os serviços de assistência e de pós-venda aos clientes inerentes ao sistema de distribuição selectiva só se justificam em relação aos produtos mais sofisticados, no topo da gama.

Em muitos casos, os pedidos de aquisição transfronteiras são remetidos para a respectiva filial nacional do fabricante. A grande maioria dos nossos interlocutores do sector retalhista indicou que não manifestaria qualquer interesse no comércio paralelo, devido ao receio de prejudicar as suas relações a longo prazo com os seus fabricantes. Empreender trocas comerciais paralelas sem o conhecimento do fabricante é cada vez mais difícil, senão mesmo impossível. As redes de distribuição controladas por via informática, com conexões em linha aos fabricantes, torna a detecção mais fácil e a distribuição mais transparente.

242. Alguns grandes retalhistas abastecem-se a nível mundial e estão em condições de ultrapassar as tentativas de repartição do mercado, sem incorrer o risco de perdas em matéria de descontos ou de incerteza quanto à continuidade do abastecimento., Alguns interlocutores questionaram implicitamente a distinção entre vendas activas e passivas. Uma vez que a maioria dos consumidores não possui ainda a confiança necessária para efectuar compras transfronteiras devido à falta de serviços pós-venda e às dificuldades associadas à interposição de acções judiciais contra retalhistas estrangeiros, a possibilidade de vendas passivas foi considerada como uma alternativa meramente hipotética face à exclusividade territorial. Nalguns sectores, os vendedores parecem desencorajar activamente as vendas transfronteiras solicitadas pelos clientes individuais.

Os números de identificação podem ser igualmente utilizados pelos fabricantes para detectar as fontes de comércio paralelo. Foram revelados casos em que os fornecedores foram obrigados a compensar os distribuidores nacionais exclusivos prejudicados pela realização de trocas comerciais paralelas.

243. Nalguns casos, os grandes grupos multinacionais de produtos alimentares mantinham mercados nacionais compartimentados. Um fabricante podia adoptar uma política de fixação de preços diferentes para os seus produtos em países diversos consoante, por exemplo, o facto de a sua marca ser o líder no mercado ou deter a segunda posição no mercado em questão. Estas diferenças de preço são mantidas obrigando os retalhistas a adquirir à filial local do fabricante, com base em condições estabelecida localmente. Tal constitui aparentemente um motivo de preocupação para muitos distribuidores.

VII. Expansão do mercado e globalização

244. A expansão em novos territórios parece depender em grande medida da vantagem diferencial susceptível de ser explorada por um distribuidor. Existem exemplos de tentativas fracassadas de penetrar no mercado norte-americano, por exemplo, ao passo que as mesmas empresas poderiam consolidar a sua posição noutras áreas da Europa, América Latina ou Sudeste Asiático.

245. Salientou-se que, actualmente, os grandes retalhistas consideram extremamente difícil a penetração em novos mercados mediante a abertura de novos estabelecimentos de venda sob as suas designações próprias. Parece existir, em cada mercado nacional, uma lealdade do consumidor bastante acentuada relativamente às cadeias de distribuição nacionais. Além disso, a legislação nacional que regula o comércio pode, nalguns casos, representar um obstáculo para os novos concorrentes.

246. A aquisição de retalhistas locais parece ser a via preferida para a expansão das redes de distribuição para além das fronteiras nacionais. A concentração a nível da distribuição obrigou muitos retalhistas especializados a abandonar o mercado. Esta tendência tornou-se particularmente patente na década 80. No entanto, é ainda possível a penetração de novos concorrentes, nomeadamente, no domínio da venda à distância (venda por correspondência, vendas vídeo). Além disso, a distribuição em grande e pequena escala pode coexistir em determinados mercados específicos (como, por exemplo, a ourivesaria).

247. Na medida em que os distribuidores recorrem a fontes alternativas de abastecimento, observou-se que o abastecimento no exterior da Comunidade tem conhecido um rápido desenvolvimento à medida que os fornecimentos, designadamente os provenientes do Extremo Oriente, se têm tornado mais fiáveis em termos de qualidade e de continuidade. No entanto, os contingentes de importação em vigor na Comunidade, nomeadamente no domínio dos têxteis, impedem ainda a plena exploração dessas fontes alternativas de abastecimento.

VIII. Questões jurídicas

Enquadramento regulamentar global

248. Verificou-se um consenso entre os interlocutores de que a intervenção estatal, incluindo o controlo pelas autoridades da concorrência, deve restringir-se ao mínimo possível. Alguns interlocutores receavam uma possível proliferação das competências que desencadearia mecanismos de controlo paralelos pelas diversas autoridades nacionais de concorrência, para além do controlo exercido pela Comissão. Por outro lado, alguns interlocutores desejavam uma aplicação mais rigorosa da legislação e, nomeadamente, mais casos em que a Comissão retirasse o benefício de uma isenção por categoria em determinadas circunstâncias.

Segundo alguns interlocutores, as isenções por categoria constituem uma resposta adequada à insegurança jurídica provocada pela falta de regras gerais quanto à aplicação dos princípios consagrados no artigo 85º. Alguns manifestaram o receio de que o

abandono do sistema de isenção por categorias poderia dar origem a uma nova insegurança.

249. Alguns criticaram a tónica colocada pela Comissão na análise das cláusulas individuais. Argumentaram que os efeitos sobre o mercado deveriam ser os elementos primordiais a ter em consideração na análise da concorrência. Sugeriu-se que todos os acordos verticais, incluindo todas as cláusulas, deveriam ser consideradas válidas. A Comissão apenas devia intervir quando fossem ressentidos importantes efeitos anticoncorrenciais decorrido um certo tempo. Argumentou-se que apenas uma minoria de sistemas de distribuição eram anticoncorrenciais e que a vasta maioria era legítima, uma vez que os acordos de distribuição contribuíam normalmente para regular as relações entre os distribuidores, não levantando normalmente preocupações do ponto de vista da concorrência. A abordagem dos Estados Unidos foi considerada profícua, embora alguns interlocutores se referissem à falta de segurança jurídica a ela inerente.

250. Muitos interlocutores criticaram os actuais regulamento de isenção por categoria devido à sua falta de flexibilidade. Referiram que as notificações representavam uma enorme sobrecarga para as empresas, exigindo importantes recursos internos. Em especial, as pequenas e médias empresas sem departamentos jurídicos internos deparavam-se por vezes com problemas na interpretação dos regulamentos das isenções por categoria. Foi solicitada a elaboração de novos regulamentos pela Comissão, com uma redacção mais compreensível ou a publicação de uma lista de interpretações uniformes juntamente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

251. Considerava-se, em geral, que as isenções por categoria tinham um efeito restritivo. Nalguns sectores industriais, era opinião generalizada de que a Comissão encarava as isenções por categoria como orientações para efeitos de autorização nos termos do nº 3 do artigo 85º, não analisando os pedidos de autorização individual com base nos seus méritos próprios. No entanto, embora as preocupações quanto à conformidade com as isenções por categoria se afiguram bastante limitadas, foi manifestada uma preocupação mais generalizada no que diz respeito aos custos e prazos associados aos pedidos de autorização, bem como à impossibilidade de obter uma rápida autorização quando um acordo não é abrangido integralmente por uma isenção por categoria. Os ofícios de arquivamento eram considerados como uma resposta pouco satisfatória para a indústria. Caso tivessem de existir regulamentos de isenção por categoria, por razões de eficiência administrativa e de segurança jurídica, estes deviam ter um âmbito de aplicação mais limitado e conter critérios claros quanto à necessidade de elementos comprobativos sobre os benefícios para o consumidor.

252. Praticamente todos os interlocutores com uma formação jurídica pronunciaram-se a favor do princípio de separar as cláusulas não abrangidas pelo âmbito de aplicação de uma isenção por categoria. Considerou-se inaceitável que a existência de uma disposição não abrangida pela isenção por categoria pudesse acarretar a não elegibilidade do acordo na sua globalidade para efeitos da isenção. Foi sugerido que novas isenções por categoria poderiam abranger produtos intermédios e que os Regulamentos nº 1983/83 e 1983/84 deviam ser alterados por forma a abranger a distribuição de produtos por concorrentes uma vez que, em muitos casos, as filiais nacionais de fabricantes concorrentes eram considerados a única via possível de obter o acesso a um dado mercado. A introdução de limiares sob a forma de quotas de mercado poderia ser útil neste contexto.

Grupos de compra/associações retalhistas

253. A questão mais proeminente e que suscitou as maiores preocupações por parte das pequenas e médias empresas incidia sobre a forma de assegurar a sua sobrevivência a longo prazo. A sua mensagem principal consistiu em solicitar a igualdade das condições de concorrência face aos seus principais concorrentes, as grandes cadeias retalhistas integradas. Em especial, foi considerada fundamental a capacidade de tirar partido de certos conceitos de franquia, actuando a associação como franqueadora em relação aos seus membros. Apelaram para que a Comissão, na sua qualidade de autoridade de concorrência, salvaguardasse uma pluralidade de formas de distribuição. Um enquadramento jurídico que permitisse a existência de associações de retalhistas independentes seria a única forma de conferir um certo poder às pequenas e médias empresas.

254. Foi reconhecido que muitas obrigações previstas no âmbito dessas cooperativas (obrigações de compra para os membros individuais, etc.) podiam ser abrangidos pelo nº 1 do artigo 85º. Argumentaram, contudo, a favor de uma análise global baseada em factores económicos de que resultaria indubitavelmente uma abordagem favorável a estas formas de cooperação. Um mecanismo baseado no nº 3 do artigo 85º, consagrado em princípio numa isenção por categoria, asseguraria a devida segurança jurídica para essas associações.

255. Uma política da concorrência favorável a este tipo de associações de retalhistas foi considerada de um grande significado potencial para a sobrevivência dos pequenos retalhistas no sul da Europa (Itália, Portugal, Grécia) em que o processo de concentração no sector retalhista não está ainda numa fase avançada. O presente conjunto de regras continha importantes incoerências. Ao passo que determinadas obrigações eram perfeitamente aceitáveis numa relação vertical, cláusulas semelhantes impostas pelas cooperativas sobre os seus membros eram proibidas devido à sua natureza horizontal. Embora as restrições da concorrência assumissem uma natureza vertical num caso e horizontal noutra, ambas as formas de cooperação podem contribuir para a prossecução do mesmo objectivo.

256. A incapacidade de adoptar uma estratégia uniforme em matéria de preços é considerada como a desvantagem mais importante das associações de retalhistas comparativamente aos seus principais concorrentes, os retalhistas integrados. Enquanto os grandes retalhistas podem publicar brochuras e outro material de publicidade com preços fixos, as associações retalhistas podem apenas operar com base em recomendações de preços não vinculativas. No entanto, a situação diverge consoante os Estados-membros. Alguns dos nossos interlocutores, nomeadamente no sector dos produtos alimentares, argumentaram que a componente dos preços era muito mais importante no âmbito das suas actividades que outros aspectos não conexos do seu planeamento estratégico. A título ilustrativo, considerou-se fundamental a imposição de um preço fixo no mercado.

257. Outro problema reside na incapacidade de as associações retalhistas garantirem as vendas nas suas negociações com os fabricantes, o que as coloca em desvantagem face aos seus concorrentes integrados do ponto de vista da concorrência. No entanto, a necessidade de condições equitativas de concorrência neste contexto, isto é, o direito de as associações imporem quantidades fixas de mercadorias aos seus membros era menos

clara. Alguns interlocutores assinalaram mesmo que muitos membros se oporiam a tais sistemas contratuais.

Condicionalismos em matéria de preços

258. Embora a manutenção de preços de revenda seja formalmente proibida, muitos interlocutores eram da opinião de que as recomendações de preços não vinculativas continuariam a prosseguir o devido objectivo. Foi argumentado que, em relação aos novos produtos de alta tecnologia, a manutenção de preços de revenda devia ser autorizada até que o produto se encontrasse estabelecido no mercado e fosse bem conhecido dos consumidores. Um prazo de 5 anos ou a captação de uma determinada quota de mercado poderia constituir um limiar útil para o efeito. Caso contrário, os comerciantes não investiriam nos serviços pré-venda e o lançamento de produtos seria mais moroso.

259. Vários interlocutores referiram o exemplo dos Estados Unidos em que eram ilegais *per se* não apenas a manutenção de preços de revenda como também as práticas discriminatórias em matéria de preços - no que respeita a todas as empresas e não apenas em relação às empresas em posição dominante. Alguns defenderam mesmo a necessidade de uma disposição legal análoga à do Robinson-Patman Act dos Estados Unidos nos termos do qual os preços oferecidos pelos fabricantes deviam ser aplicados a todos os clientes. Outros compararam a atitude europeia quanto à protecção territorial absoluta com a posição desfavorável das autoridades dos Estados Unidos no que respeita às práticas discriminatórias em matéria de preços. Os interlocutores defenderam a publicação das listas de preços pelos fabricantes e retalhistas, com a aplicação de descontos directamente relacionados com a eficiência e o "marketing" interno.

Distribuição exclusiva/compra exclusiva

260. Em termos relativos, foram tecidas poucas observações sobre a política da Comissão no que se refere à comercialização exclusiva (Regulamentos nº 1983/83 e 1983/84), para além de certas observações gerais supramencionadas. Alguns interlocutores manifestaram a sua preocupação quanto ao facto de o actual regime de isenções por categoria se basear num sistema de distribuição grossista que já não existia. Considerou que a exclusividade já não constituía uma questão à qual a Comissão deveria atribuir a mesma importância. Outros sugeriram uma actualização periódica das comunicações conexas.

Distribuição selectiva

261. Em geral, considera-se que a distribuição selectiva é apenas importante relativamente a um número limitado de produtos. A cosmética, o vestuário, as bebidas alcoólicas e o champanhe, bem como os produtos farmacêuticos, figuram entre os mais citados. Em muitos casos, os fabricantes alargaram os critérios da sua rede de distribuição selectiva por forma a incluir igualmente grandes armazéns importantes ("Weltstadtwarenhaus"), mas não outros armazéns em que o pessoal de venda era considerado igualmente qualificado.

262. O leque de opiniões expressas sobre esta questão era, contudo, muito vasto e diversificado. Os interlocutores dos sectores relevantes manifestaram em geral a sua satisfação com os critérios estabelecidos pela jurisprudência (processos relativos ao sector

do perfume). Estes critérios contribuiriam para garantir a imagem do produto, bem com os serviços de assistência pós-venda e outros serviços técnicos. Alguns solicitaram a integração destes critérios numa isenção por categoria especial relativa à distribuição selectiva.

263. Por outro lado, os representantes das cadeias de desconto e das empresas de venda por correspondência manifestaram-se contra o argumento "free-rider" (aproveitamento do esforço alheio) que, segundo eles, era frequentemente invocado para justificar a distribuição selectiva em relação a produtos que praticamente não requerem quaisquer contactos entre o adquirente e o agente após a conclusão da transacção (por exemplo, venda de bicicletas). De igual forma, o nível de conhecimentos técnicos necessários para instalar e explorar muitos dos produtos vendidos através das redes de distribuição selectiva tinha diminuído. Por conseguinte, os distribuidores selectivos não tinham frequentemente de prestar quaisquer serviços em matéria de vendas, ou apenas serviços de carácter mínimo. Por último, as cadeias de desconto e as empresas de venda por correspondência alegaram que, em geral, se encontravam em condições de assegurar um nível de serviço análogo ao propiciado pelas redes de distribuição selectiva.

264. Os grandes distribuidores excluídos do sistema da distribuição selectiva procuram, em determinados casos, obter fornecimentos junto da sucursal principal, interpondo mesmo acções judiciais nalgumas instâncias. O direito de obter legalmente estes produtos no mercado paralelo e de proceder à respectiva distribuição foi frequentemente atribuído pelos tribunais nacionais. Contudo, nalguns casos, uma vez que um retalhista obtenha o acesso por via judicial a um produto previamente reservado a outro canal de distribuição, os produtores deixam de fabricar esse produto, substituindo-o por um produto análogo ao qual não é aplicável a decisão do tribunal. A distribuição selectiva não é considerada um problema quando o mercado é plenamente concorrencial. No entanto, desde que sejam observados critérios objectivos para seleccionar os distribuidores sem discriminar entre diferentes categorias de distribuidores, a maioria dos interlocutores não vislumbra actualmente quaisquer problemas de relevo. Contudo, é um facto que estas condições nem sempre são preenchidas.

265. Alguns interlocutores criticaram, contudo, os sistemas de distribuição selectiva como forma de manter os preços artificialmente elevados. Segundo os representantes das associações de consumidores, o argumento dos fabricantes de que pretendiam apenas garantir um maior leque de escolha e um melhor serviço para os clientes dissimulava em muitos casos o seu objectivo de controlar o fluxo de mercadorias e de vedar o acesso ao mercado por parte de novos concorrentes. O resultado traduzia-se em menos escolha para os consumidores. Foram identificados problemas específicos no que se refere aos perfumes, veículos automóveis, produtos eléctricos e micro-ondas.

Franquia

266. Há dez anos, a maioria das redes de franquia eram "puras", ou seja, eram constituídas apenas por franqueados. Os "sistemas mistos" emergentes incluem tanto filiais integradas como franqueados no âmbito dos mesmo sistemas. Muitas vezes, os sistemas integrados puros tornam-se mistos mediante a sua expansão fora do território nacional, com os riscos inerentes à penetração em novos mercados. Esses sistemas mistos foram igualmente considerados muito eficientes, uma vez que permitem a expansão com formatos mais flexíveis, nomeadamente, noutros Estados-membros. No entanto, em

determinados sistemas mistos, por exemplo, supermercados, a capacidade de concorrência entre marcas diferentes dependia fundamentalmente da existência de uma tecnologia de informação centralizada. Transparecia que sempre que eram utilizados sistemas informáticos centralizados (encomendas/existências/entregas através de um código de informação em tempo real), os franqueados deixavam de ser livres de adquirir quando desejassem ou de imputar o preço que pretendessem. Nalguns casos, alegava-se que os franqueados se tinham transformado em meros agentes, sendo as mercadorias por eles vendidas da propriedade do franqueador.

267. De forma mais genérica, a franquia é aparentemente um sector muito dinâmico com novas forma inovadoras a emergir constantemente no mercado. Os interlocutores insistiram que esta inovação não deve ser desincentivada através de uma regulamentação excessiva. A actual isenção por categoria não parece ter prejudicado este processo em demasia, mas considerou-se que tinha por vezes criado uma incerteza jurídica.

IX. Cerveja e gasolina

268. Tanto os produtores como os distribuidores manifestaram a sua satisfação geral com o funcionamento das isenções por categoria no que se refere à cerveja e à gasolina. Salientaram a maior eficiência decorrente das restrições verticais nesses sectores. Em relação à cerveja, foi igualmente sublinhado que os acordos com as cervejeiras locais constituíam muitas vezes a forma mais eficiente de penetrar no mercado de um outro Estado-membro, bem como a forma mais eficaz de distribuição e concorrência. Todos salientaram a necessidade absoluta de segurança jurídica e continuidade com o menor número de alterações possíveis, atendendo aos inúmeros contratos existentes neste sector (centenas de milhares). No entanto, vários aspectos mais concretos do regulamento foram objecto de observações que, em determinados casos, revelaram uma divergência de pontos de vista entre os produtores e os distribuidores.

269. Estas observações incidiram sobre o seguinte:

- o nº 1 do artigo 85º tinha um âmbito de aplicação demasiado vasto;
- as regulamentações e orientações deviam ser mais simples e mais flexíveis com menos efeitos regulamentares/restritivos;
- devia ser autorizada um maior prazo de vigência dos acordos;
- os retalhistas apelaram para uma maior protecção em relação aos produtores e à revogação arbitrária dos contratos de aluguer e outros. Foram tecidas críticas sobre a imposição de objectivos demasiado ambiciosos em matéria de vendas pelos produtores;
- num Estado-membro, os serviços da Comissão informaram todos os produtores que estes não eram abrangidos pelo regulamento devido a um pormenor técnico. Estes receberam, contudo, um ofício de arquivamento que foi interpretado no sentido de que estes acordos beneficiavam de uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º. Infelizmente, este ofício de arquivamento revelou-se inaplicável nos tribunais e conduziu a uma situação de insegurança jurídica.

* * * * *

Capítulo VIII

OPÇÕES

I. INTRODUÇÃO ÀS OPÇÕES

270. O presente capítulo expõe uma série de opções com base na análise constante do Livro Verde.

271. A preocupação primordial da Comissão consiste em promover e preservar mercados integrados e concorrenciais na Comunidade Europeia, implementar uma política da concorrência eficiente e eficaz em benefício dos consumidores e fomentar a competitividade da indústria, nomeadamente, no que se refere às PME.

272. Todos aqueles que desejarem apresentar observações não devem considerar-se limitados pelas opções em seguida delineadas na Secção II. As opções podem ser conjugadas de diferentes formas, podendo ser apresentadas outras sugestões.

273. É de lembrar que o artigo 86º continua a ser aplicável e que a Comissão não contempla quaisquer soluções que excedam os limites estabelecidos pelo artigo 85º, conforme interpretados pelos tribunais comunitários. A alteração do Tratado não constitui uma opção.

274. Na Secção III figura uma série de questões sobre as quais a Comissão *gostaria, em especial, de receber observações.*

II. DESCRIÇÃO DAS OPÇÕES

Observações e perguntas mais correntes

275. As observações e perguntas subsequentes são relevantes no que se refere a todas as opções ou a várias entre estas.

276. A política de considerar a manutenção de preços de revenda e os entraves ao comércio paralelo como infracções graves às regras da concorrência deve ser mantida. Propõe-se que sejam considerados contrários *per se* ao nº 1 do artigo 85º, na medida em que o acordo, prática concertada ou decisão relevante seja susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros. É igualmente pouco provável que beneficiem de uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º.

277. As diversas opções prendem-se apenas com os acordos de distribuição vertical e não abrangem os acordos horizontais entre concorrentes. Não obstante, as actuais isenções por categoria prevêm uma derrogação relativa aos acordos não recíprocos entre concorrentes sempre que uma parte realizar um volume de negócios inferior a 100 milhões de ecus. Propõe-se a manutenção desta derrogação. A Comissão *gostaria de receber observações* sobre a adequação deste limiar.

278. Levanta-se a questão de saber se um procedimento de não oposição, análogo ao contido no Regulamento nº 4087/88, relativo a outras categorias de acordos de franquia devia ser incluído nos outros regulamentos. A Comissão *gostaria de receber observações* sobre esta questão e a forma de melhorar o procedimento em causa. A Comissão não dispõe dos recursos necessários para averiguar um importante número de processos ao abrigo do procedimento de não oposição. A Comissão está ciente de que as notificações, mesmo ao abrigo do procedimento de não oposição, podem revelar-se onerosas para as empresas. Consequentemente, os procedimentos de não oposição não constituem uma solução adequada para um importante número de notificações.

279. Embora a tónica principal do Livro Verde seja colocada nas restrições verticais em matéria de distribuição, foi sugerido que devia ser igualmente atribuída atenção a outras relações verticais na cadeia de abastecimento (por exemplo, no que respeita a produtos intermediários não destinados a fins de revenda). Estas restrições verticais em sectores que não a distribuição suscitam frequentemente problemas diferentes daqueles que ocorrem a nível da distribuição. A Comissão *gostaria de receber observações* sobre determinados aspectos da política da concorrência em matéria de acordos verticais não relacionados com a distribuição, nomeadamente:

- se estes são já efectivamente abrangidos pela Comunicação sobre os contratos de fornecimento,⁽⁷⁶⁾
- se esses acordos, na medida em que abrangidos pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º, sejam de tal modo pouco frequentes que a Comissão pode analisá-los numa base casuística, e
- em caso afirmativo, até que ponto as diferentes opções em seguida delineadas podem ser aplicadas de forma útil a esses acordos.

280. A Comissão está a reexaminar a sua comunicação sobre os acordos de importância menor, aos quais o nº 1 do artigo 85º não é normalmente aplicável, a denominada Comunicação *de minimis*. Como hipótese de trabalho, pode considerar-se que o nº 1 do artigo 85º não é aplicável às restrições verticais entre partes cuja quota de mercado relevante seja inferior a 10 %, salvo no que diz respeito à manutenção de preços de revenda e protecção territorial absoluta, em relação aos quais não poderão ser previstos limiares.

OPÇÃO I - Manutenção do sistema actual

281. A Opção I consiste em manter o sistema actual (incluindo as disposições especiais relativas à cerveja e às estações de serviço).

⁽⁷⁶⁾Comunicação da Comissão relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no nº 1 do artigo 85º (JO nº C 1 de 3.1.1979).

OPÇÃO II - Isenções por categoria de alcance mais vasto

282. Argumenta-se por vezes que as actuais isenções por categoria possuem um alcance demasiado limitado. A Opção II manteria o sistema actual, com a introdução de algumas alterações nas disposições dos regulamentos relativos às isenções por categoria. Não se verificariam quaisquer alterações processuais significativas. As isenções por categoria seriam aplicadas de forma mais extensiva do que até à data, por forma a abranger as diferentes cláusulas em seguida referidas, alargando assim a segurança jurídica das empresas. Diminuiria o número de casos individuais que careciam de notificação. Algumas destas alterações podem ser efectuadas pela Comissão ao abrigo das competências que já lhe foram atribuídas nos termos do Regulamento nº 19/65 do Conselho. Outras exigiriam a alteração dos regulamentos pelo Conselho. Algumas possíveis alterações são em seguida enumeradas e a Comissão gostaria de receber observações quanto à sua adequação e a outras alterações eventuais.

283. As medidas destinadas a aumentar a flexibilidade em geral poderiam incluir o seguinte:

- as isenções por categoria abrangeriam não apenas as cláusulas específicas enumeradas como também cláusulas análogas ou menos restritivas;
- a inclusão das cláusulas proibidas não retiraria o benefício da isenção quanto ao resto do acordo;
- a isenção por categoria poderia ser aplicável aos acordos que envolvessem mais de duas partes;
- podia ser adoptada uma isenção por categoria ou uma comunicação da Comissão relativa à distribuição selectiva.

284. As medidas específicas para aumentar a flexibilidade poderiam incluir o seguinte:

- as isenções por categoria relativas à distribuição exclusiva e à compra exclusiva podiam ser alargadas por forma a abranger os serviços ou a permitir ao distribuidor transformar ou processar as mercadorias referidas no contrato. Os distribuidores poderiam ser autorizados a introduzir mais-valias mediante a alteração da identidade económica das mercadorias sem perder o benefício da isenção por categoria;
- a isenção por categoria relativa aos acordos de compra exclusiva podia ser alargada de modo a abranger tanto o fornecimento exclusivo como parcial;
- a isenção por categoria relativa aos acordos de franquia podia ser alargada por forma a abranger a manutenção de preços de revenda máximos, em derrogação ao princípio geral de proibição da manutenção de preços de revenda;
- podia ser permitido às associações de retalhistas independentes beneficiarem de regulamentos de isenções por categoria, no caso de os retalhistas independentes serem pequenas e médias empresas⁽⁷⁷⁾ e as quotas de mercado da associação permanecerem dentro de determinados limiares;
- podia ser instituído um procedimento de arbitragem para os distribuidores aos quais fosse negada a participação numa rede de distribuição selectiva.

⁽⁷⁷⁾No sentido da recomendação de 3 de Abril de 1996 relativa à definição de pequenas e médias empresas, JO n.º L 107 de 30 de Abril de 1996

285. No âmbito desta opção, as disposições especiais constantes do Regulamento nº 1984/83 relativas à cerveja e à gasolina continuariam em vigor, com a introdução de algumas alterações a fim de aumentar a flexibilidade na aplicação do referido regulamento. Uma possibilidade consistiria em limitar o requisito de especificar as cervejas "subordinadas" ao tipo de cerveja relevante, em vez de identificar as marcas individuais conforme prescrito nos termos do regulamento vigente. Tal conferiria à cervejeira a possibilidade de introduzir ou substituir marcas de um tipo de cerveja em relação ao qual o locatário já se encontrasse vinculado, em vez de exigir um acordo suplementar com o locatário relativamente a essas alterações, conforme exigido pelo regulamento. No que se refere à gasolina, podia ser analisada a forma de tratar outros tipos de distribuição que não a compra exclusiva relativamente às mercadorias vendidas em estabelecimentos de conveniência que se integram nas estações de serviço. Além disso, poderia ser considerada se se justifica ou não a manutenção do requisito no sentido de que o fornecedor deve colocar à disposição ou financiar equipamento de lubrificação a fim de beneficiar de uma isenção no que respeita ao regime de exclusividade para o fornecimento de lubrificantes.

OPÇÃO III - Isenções por categoria mais delimitadas

286. Esta opção realça o objectivo de integração do mercado da política comunitária da concorrência. A protecção territorial e as restrições verticais são consideradas como um importante factor contributivo para a manutenção de consideráveis diferenciais de preço entre os Estados-membros. É indubitavelmente certo que muitos mercados têm vindo a tornar-se cada vez mais concentrados a nível da produção e da distribuição, ao passo que as restrições verticais podem compartimentar os mercados e criar entraves de acesso. O valor acrescentado criado pela distribuição constitui um importante elemento de direito próprio. A concorrência no âmbito da mesma marca pode desempenhar um importante papel na promoção da concorrência nos mercados em que a concorrência entre marcas diferentes é pouco significativa.

287. As actuais isenções por categoria são aplicáveis sem quaisquer limites em termos de quotas de mercado. Podiam ser alteradas por forma a serem apenas aplicáveis nos casos em que cada uma das partes detivesse menos de 40 %, por exemplo, do mercado relevante no território contratual. Não haveria qualquer isenção por categoria acima desse limiar, pelo menos, no que diz respeito às seguintes restrições:

- protecção contra vendas activas no exterior do território
- protecção da comercialização exclusiva (proibição de vender produtos/serviços concorrentes).

288. No âmbito da presente opção, a Comissão gostaria de receber observações sobre a proficuidade de adoptar um regulamento de isenção por categoria no que se refere aos acordos de distribuição selectiva, na medida em que esses acordos sejam abrangidos pelo nº 1 do artigo 85º. No caso de ser adoptado um regulamento desse tipo, este seria apenas aplicável quando o produtor ou distribuidor não detivesse mais de 40 %, por exemplo, do mercado relevante ou uma quota inferior num mercado oligopolístico.

289. As sugestões aventadas na Opção II poderiam ser aplicadas aos acordos que se situassem abaixo do limiar fixado.

290. No caso de as partes terem dúvidas sobre a definição correcta de um mercado e o cálculo da respectiva quota de mercado, notificariam os acordos à Comissão a fim de assegurar a devida segurança jurídica. Proceder-se-ia igualmente à notificação dos acordos sempre que as partes detivessem quotas de mercado superiores ao limiar estabelecido.

291. A Comissão gostaria de receber estimativas sobre o número e o tipo de casos susceptíveis de serem notificados, bem como opiniões sobre em que medida a elaboração de orientações que explicassem as circunstâncias em que a Comissão concederia isenções nos termos do nº 3 do artigo 85º poderia solucionar este problema. Eventuais motivos para a concessão de uma isenção podiam incluir a inexistência de qualquer discriminação significativa em matéria de preços em detrimento dos clientes.

292. Em consonância com a regra geral acima delineada, não seria conferida qualquer protecção aos acordos de fornecimento exclusivo de cerveja a favor de uma cervejeira com uma quota de mercado superior a 40 % de um dado mercado nacional. No entanto, uma alternativa específica a este sector poderia consistir em limitar a exclusividade quer a uma determinada percentagem do volume total de cerveja de um dado estabelecimento (por exemplo, 3/4 subordinado, 1/4 livre) quer a determinados contentores (por exemplo, a granel vinculado, garrafas e latas livre). Uma outra alternativa poderia consistir em limitar o âmbito da exclusividade apenas à cerveja. No contexto das estações de serviço, podia ser contemplada a redução da vigência máxima do contrato nos casos em que o fornecedor detivesse uma quota de mercado superior a uma determinada percentagem, por exemplo, 40 %.

OPÇÃO IV - Isenções por categoria destinadas a especificar as circunstâncias económicas em que é aplicável o nº 1 do artigo 85º

293. A ideia subjacente a esta opção é a de que a análise económica das restrições verticais deve ser implementada por instrumentos jurídicos que confeririam às empresas um considerável grau de segurança jurídica. Os critérios económicos concebidos para determinar as condições de mercado em que seria aplicável o nº 1 do artigo 85º poderiam ser estabelecidos, em primeiro lugar, no âmbito de uma nova comunicação da Comissão e, subseqüentemente, à luz da experiência adquirida, num regulamento de certificado negativo.

294. Esta opção resultaria num tratamento mais flexível dos acordos verticais entre partes que não detivessem qualquer poder de mercado significativo. O alegado efeito restritivo das isenções por categoria e a ênfase sobre a classificação jurídica das diferentes formas de distribuição seriam assim reduzidos.

295. Em relação às partes que detivessem, por exemplo, menos de 20 % do mercado relevante no território contratual, existiria uma presunção refutável de compatibilidade com o nº 1 do artigo 85º ("*a presunção de certificado negativo*"). Por outras palavras, as restrições verticais nessas circunstâncias não seriam normalmente abrangidas pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º. Esta presunção abrangeria todas as restrições verticais, à excepção das relacionadas com a manutenção de preços de revenda mínimos, os entraves ao comércio paralelo ou às vendas passivas, ou as contidas nos acordos de distribuição entre concorrentes.

296. Esta presunção de certificado negativo podia ser refutada pela Comissão com base numa análise de mercado que tomaria em consideração factores como, por exemplo:

- as estruturas do mercado (oligopólio);
- os entraves ao acesso;
- o grau de integração do mercado único, apreciado com base em indicadores como o diferencial de preço existente entre os Estados-membros e o nível de penetração no mercado de cada Estado-membro de produtos importados de outros Estados-membros; ou
- o impacto cumulativo das redes paralelas.

297. Os acordos que fossem considerados, em consequência desta análise do mercado, como abrangidos pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º poderiam beneficiar de uma isenção por categoria se preenchessem as condições necessárias (ver infra, variantes I e II). A presunção de certificado negativo podia ser implementada através de uma comunicação da Comissão e, subsequentemente, à luz da experiência adquirida, no quadro de um regulamento de certificado negativo que exigiria um novo regulamento de execução do Conselho nos termos do artigo 87º do Tratado.

298. Quando fossem registadas quotas de mercado superiores a 20%, por exemplo, e em relação aos casos que não atingissem esse limiar mas fossem abrangidos pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º, podiam ser consideradas duas possibilidades, a saber:

Variante I

299. Todos os casos em que as partes detivessem quotas de mercado superiores a 20 % podiam ser cobertos por uma isenção por categoria, conforme descrita na Opção II (isenção por categoria de alcance mais vasto).

Variante II

300. Todos os casos em que as partes detivessem quotas de mercado superiores a 20 % podiam ser abrangidos por uma isenção por categoria, conforme descrita na Opção III (isto é, inaplicabilidade da isenção por categoria a determinados casos de restrições em que se registassem quotas de mercado superiores a 40 %).

Cerveja e Gasolina

301. A presunção da não aplicabilidade do nº 1 do artigo 85º, conforme acima descrito, seria aplicável aos acordos de fornecimento exclusivo de cerveja e gasolina apenas na medida em que o impacto cumulativo das redes paralelas não tivesse qualquer efeito significativo em termos de compartimentação do mercado.

III. SUGESTÕES QUANTO AOS TÓPICOS A SEREM COBERTOS PELAS OBSERVAÇÕES

302. Embora todos aqueles que desejem apresentar as suas observações são livres de levantar quaisquer problemas relativos às restrições verticais, não sendo forçosamente vinculados pelas opções acima delineadas, seria contudo *útil* para a Comissão se fossem tecidas observações relativamente a questões substanciais e a questões processuais, bem

como sobre os instrumentos jurídicos existentes. Apresentam-se em seguida certas directrizes para estruturar as observações nestes dois domínios:

303. Questões do ponto de vista substancial

Eficiência - A eficiência da política quanto ao estabelecimento de uma distinção entre restrições concorrenciais e anticoncorrenciais deve ser considerada, juntamente com o "custo" associado a uma política deste tipo, por exemplo, o custo pode ser demasiado elevado se uma política rigorosa identificar efectivamente todas as restrições anticoncorrenciais mas apenas se for excessivamente severa.

Integração do mercado - A política deve promover a integração do mercado.

Inovação e liberdade empresarial - A política deve ser suficientemente flexível para permitir a introdução pelos produtores e distribuidores de formas de distribuição novas ou adequadas (impelidas por vezes pela necessidade de introduzir novas tecnologias). Não deve impor quaisquer custos regulamentares não justificados em matéria de distribuição.

Consumidores e PME - A política deve permitir aos consumidores beneficiar de uma parte equitativa das vantagens e ser compatível com outros objectivos, nomeadamente, a promoção das PME, que devem ser incentivadas a desenvolver as suas actividades quando defrontadas com outros operadores mais poderosos no processo de produção-distribuição.

Poder de mercado - A política pode eventualmente estabelecer uma distinção entre empresas consoante o seu poder de mercado. Por poder de mercado neste contexto deve entender-se um grau de influência sobre o preço e a produção nos casos em que essa influência é inferior à detida por uma empresa dominante (artigo 86º) mas suficiente para a celebração de acordos entre empresas abrangidos pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º, devido ao seu impacto significativo sobre a concorrência. Uma das possíveis alternativas ao conceito de poder de mercado e que permite evitar uma análise individual (que se revela pouco viável num grande número de casos) é o estabelecimento de um limiar sob a forma de quotas de mercado. A Comissão gostaria de receber observações sobre os efeitos da introdução de limiares sob a forma de quotas de mercado quer como:

- condição para uma isenção no âmbito de uma isenção por categoria (isto é, acima de uma determinada quota de mercado, a isenção por categoria não é aplicável);
- condição para um procedimento de não oposição no âmbito de uma isenção por categoria (isto é, acima de uma determinada quota de mercado, as partes devem solicitar uma isenção através do procedimento de não oposição);
- orientação no âmbito de uma isenção por categoria que especifique o nível abaixo do qual a Comissão não retirará provavelmente o benefício da isenção por categoria; ou
- uma indicação quanto ao nível abaixo do qual os acordos verticais serão geralmente considerados compatíveis com o nº 1 do artigo 85º, sendo sujeitos ao disposto na isenção por categoria no caso inverso.

As observações sobre a utilização de limiares sob a forma de quotas de mercados devem incidir nomeadamente sobre as questões processuais em seguida enumeradas, a saber, o seu impacto sobre a segurança jurídica e a capacidade de tramitar um importante número

de casos. Sempre que numa opção figurem valores específicos quanto às quotas de mercado, devem ser igualmente tecidas observações sobre a adequação ou não desse valor.

304. Questões processuais e relativas a instrumentos jurídicos

Segurança jurídica - A política deve assegurar a segurança jurídica.

Problema de "avalanche" no número de notificações apresentadas - A política deve conduzir a uma rápida e eficiente execução sem suscitar um elevado número de notificações individuais, o denominado problema de "avalanche" de notificações.

Subsidiariedade - A política deve estabelecer um ponto de equilíbrio entre os balcões únicos e/ou a descentralização a favor das autoridades e tribunais nacionais.

Procedimentos - A Comissão gostaria de receber observações sobre a possibilidade da política continuar a ser implementada ao abrigo dos procedimentos actuais ou se são necessárias alterações, nomeadamente, no que se refere ao seguinte:

- ofícios de arquivamento
- procedimentos de não oposição, ou
- retirada do benefício da isenção concedida ao abrigo das isenções por categoria⁽⁷⁸⁾.

A Comissão manifesta o seu interesse em receber observações sobre a medida em que uma opção exige alterações às regras e regulamentações vigentes, nomeadamente, se uma opção pode ser implementada através da introdução relativamente fácil de alterações nas práticas actuais, por exemplo, comunicação de minimis, ou mediante alterações às práticas administrativas clarificadas numa comunicação da Comissão regularmente actualizada que expõe a sua política na matéria, em especial, as circunstâncias económicas em que é aplicável o nº 1 do artigo 85º e que assegure ainda uma segurança jurídica adequada. Por outro lado, certas opções exigem alterações aos três regulamentos de isenção por categoria relevantes (1983/83, 1984/83 e 4087/88).

305. A Comissão tem consciência de que nenhuma política em matéria de restrições verticais pode prosseguir simultaneamente, e na medida desejada, todos os objectivos substantivos e coadunar-se com todas as considerações processuais. A política deve, por conseguinte, procurar o melhor equilíbrio global possível, atendendo aos objectivos da política da concorrência no seu contexto global estabelecido pelo Tratado.

⁽⁷⁸⁾NB.: A retirada do benefício da isenção ao abrigo das actuais isenções por categoria deve respeitar o procedimento estipulado pelo Regulamento nº 17/62, não sendo viável para um grande número de casos.

306. As observações devem ser apresentadas até 31.07.1997

Por correio:

Livro Verde relativo às Restrições Verticais
Direcção-Geral da Concorrência
Comissão Europeia (C 150)

Rue de la loi / Wetstraat 200
1049 Bruxelas
Bélgica

ou por correio electrónico:

endereço X400:

S = vertical-restraints; O=DG4; P=CEC; A=RTT; C=BE

Endereço Internet:

vertical-restraints @ dg4.cec.be

307. Cópias suplementares

Este documento é acessível em todas as línguas comunitárias no World Wide Web, no server Europa, sob o seguinte endereço: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>

* * *

ISSN 0257-9553

COM(96) 721 final

DOCUMENTOS

PT

08

N.º de catálogo : CB-CO-96-742-PT-C

ISBN 92-78-15081-9

Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias

L-2985 Luxemburgo