

Parecer do Comité Económico e Social sobre o «Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência»

(97/C 296/05)

Em 28 de Janeiro de 1997, o Conselho decidiu, nos termos do artigo 198º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, consultar o Comité Económico e Social sobre o «Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência».

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção de Indústria, Comércio, Artesanato e Serviços, que emitiu parecer em 4 de Junho de 1997. Foi relator G. Regaldo.

Na 347ª reunião plenária (sessão de 9 de Julho de 1997), o Comité Económico e Social adoptou por 120 votos a favor, 1 contra e 2 abstenções o seguinte parecer.

1. Introdução

1.1. O Livro Verde sobre as restrições verticais na política comunitária da concorrência deve ser acolhido favoravelmente porque apresenta, a partir de uma análise pormenorizada do contexto económico e jurídico em que estão inseridas e das críticas formuladas acerca da sua aplicação, uma série de pistas de reflexão (opções) para convidar a formular observações a fim de que a Comissão disponha de todos os elementos necessários para determinar as orientações e as modalidades da futura política comunitária nesta matéria.

1.2. A importância desta política está patente no facto de que os acordos entre fabricantes e distribuidores (isto é, as restrições verticais), destinados a melhorar a eficácia da distribuição entre as empresas e a facilitar a penetração em novos mercados, contribuem de forma significativa para a realização de dois objectivos fundamentais da política da concorrência ou seja, promover a integração das economias dos Estados-Membros num único mercado interno e manter uma concorrência efectiva em todo o território da Comunidade, condições decisivas para a competitividade da economia europeia, a coesão económica e social e a promoção do bem-estar dos consumidores.

1.3. Embora tenham em vista promover a eficácia e a integração dos mercados, as restrições verticais podem ser utilizadas para produzir efeitos contrários. É por isso que, em razão da relevância da sua influência positiva ou negativa, têm sido objecto, nos últimos trinta anos, de uma particular atenção no âmbito da concorrência comunitária. O balanço que se faz é substancialmente positivo.

1.4. Apesar de a política comunitária em matéria de restrições verticais se ter desenvolvido para se adaptar às mutações da economia e da sociedade, a Comissão considera necessário propor uma revisão porque:

— a maior parte da legislação sobre o mercado interno relativa à livre circulação de mercadorias já foi aprovada;

- os regulamentos que regulam as restrições verticais estão a caducar;
- se verificaram profundas mutações nos métodos de distribuição que devem ser tidas em consideração na definição das políticas de concorrência;
- a doutrina económica actual põe a tónica na importância da estrutura do mercado para determinar os efeitos das restrições verticais.

1.5. O Livro Verde, ao examinar o conjunto das relações verticais na cadeia de distribuição, tem em consideração, em particular, quatro tipos de acordos, para cada um dos quais a Comissão tem vindo a elaborar uma política específica concretizada em regulamentos, decisões individuais ou na própria prática da Comissão:

Acordos de distribuição exclusiva:

Regulamento de isenção por categoria 1983/83. Chega ao termo da sua vigência em 31 de Dezembro de 1997.

Acordo de compra exclusiva: (incluindo dos regimes especiais relativos à cerveja e às estações de serviço):

Regulamento de isenção por categoria 1984/83. Chega ao termo da sua vigência em 31 de Dezembro de 1997.

Acordos de franquia:

Regulamento de isenção por categoria 4087/88. Chega ao termo da sua vigência em 31 de Dezembro de 1997.

Acordos de distribuição selectiva:

Várias decisões.

A este propósito, o Comité faz notar que é absolutamente necessário que os actuais regulamentos sobre os acordos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva, respectivamente Regulamento 1983/83 e Regulamento 1984/83, que chegam ao termo da sua vigência no final de 1997, sejam prorrogados pelo menos até 31 de Dezembro de 1999, para permitir que a sua revisão seja feita ao mesmo tempo que a do acordo sobre franquia que caduca em 31 de Dezembro de 1999.

1.6. A Comissão convida, pois, o Comité Económico e Social a emitir o seu próprio parecer quanto ao futuro

da política da concorrência em matéria de restrições verticais com base numa lista, não exaustiva, que prevê quatro opções:

- opção I: manutenção do sistema actual;
- opção II: isenções por categoria de alcance mais vasto;
- opção III: isenções por categoria mais delimitadas;
- opção IV: reduzir o âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º.

2. Observações na generalidade

2.1. O Livro Verde da Comissão sobre restrições verticais insere-se no contexto mais amplo da política de concorrência sobre a qual o Comité Económico e Social teve há pouco a ocasião de se pronunciar através do parecer sobre o XXV Relatório sobre a Política de Concorrência⁽¹⁾.

2.2. Nesse parecer o Comité sublinhava uma série de pontos que cabe focar no presente parecer pela sua validade e pelas suas implicações sobre as restrições verticais: a crescente complexidade dos fenómenos económicos; a segurança jurídica como factor positivo para uma correcta política de concorrência; a necessidade de examinar com a necessária flexibilidade as sociedades cooperativas à luz do nº 3 do artigo 85º; o papel das tecnologias da comunicação e o seu impacto nos acordos. Referindo-se explicitamente à cooperação vertical, o Comité solicitava à Comissão que reconsiderasse com a necessária flexibilidade as cooperações verticais, que não devem necessariamente entrar no âmbito da proibição consignada no artigo 85º do Tratado de Roma.

2.3. O Comité acolhe favoravelmente o Livro Verde na medida em que, além de satisfazer esta exigência, põe em marcha um processo de revisão numa matéria muito sensível para a política de concorrência, para a competitividade das empresas e para a integração do mercado interno.

2.4. A distribuição é um sector extremamente importante e afecta directamente o mundo económico produtivo, as empresas e os consumidores.

2.5. A análise que a Comissão faz no Livro Verde sobre a estrutura da distribuição é realmente bem equilibrada e toma na devida conta as mudanças em curso, ao mesmo tempo que reconhece a dificuldade em discernir tendências claras, dado que o mercado não é homogéneo e que existem diferenças linguísticas, culturais e económicas entre os Estados-Membros que determinam diferentes estruturas de distribuição.

2.6. No trabalho de prospecção da concorrência é muito importante compreender as mudanças estruturais que se estão a produzir na distribuição, originadas por um mercado cada vez mais concorrencial, cada vez mais aberto, cuja procura evolui constantemente, para efectuar as necessárias mudanças na política actual em matéria de restrições verticais.

2.7. De resto, o novo contexto concorrencial em que se movimentam as empresas no limiar do século XXI é completamente diferente do dos anos 60, quando foram adoptados regulamentos de aplicação do artigo 85º do Tratado de Roma, e exige que se superem em parte as teorias económicas e jurídicas que presidiram à interpretação precedente do artigo 85º, em particular no âmbito dos regulamentos de isenção por categoria.

2.8. O Livro Verde põe em evidência o emergir de novas exigências tanto do lado da oferta como do da procura que implicam, graças à crescente utilização das novas tecnologias da informação, novos tipos de relações muito mais estáveis e mais integradas que no passado, entre fornecedores, produtores e distribuidores, permitindo a estes últimos recolher informações sobre o mercado e orientar os fornecedores sobre a procura dos consumidores.

2.9. Outras mudanças estruturais significativas dizem respeito à concentração e ao desenvolvimento do comércio independente organizado e formado principalmente pelas PME sob a forma de uma cooperação comercial (grupos de compra — associações voluntárias); por outro lado, o Livro Verde concede especial atenção às frequentes variações nas relações de força entre fornecedores, produtores e distribuidores, atentos os efeitos que possam produzir no mercado os novos tipos de cooperação entre estes grupos.

2.10. O Comité concorda com a posição expressa pela Comissão no Livro Verde de que é necessário promover e manter mercados integrados e concorrenciais, e realizar uma política de concorrência eficaz com vista a defender os interesses dos consumidores e fomentar a competitividade das empresas, em especial as PME.

2.11. Neste sentido, a Comissão deveria, porém, ter em conta, ao rever a política de concorrência vertical, que a cooperação comercial (grupos de compra — cadeias voluntárias) entre PME independentes não tem efeitos concorrenciais nem distorções no mercado, quer seja a nível vertical quer a nível horizontal, diferentes dos de um sistema clássico de franquia.

2.12. Na opinião do Comité, é portanto necessário considerar da mesma maneira realidades económicas análogas que produzem no mercado efeitos horizontais ou verticais comparáveis, ainda que as suas estruturas jurídicas possam ter aspectos diferentes.

⁽¹⁾ JO C 75 de 10. 3. 1997.

2.13. Num plano mais geral, o Comité espera soluções para as PME que lhes permitam entrar com facilidade no âmbito de aplicação dos regulamentos de isenção por categoria, a fim de as ajudar a enfrentar de forma adequada a internacionalização dos mercados.

2.14. O Comité partilha a opinião da Comissão de que a política levada a cabo em matéria de restrições verticais é globalmente válida.

2.15. A experiência parece demonstrar também que a concorrência no mercado interno funcionou tanto na estrutura dos preços como no tocante ao desenvolvimento das trocas paralelas e de arbitragem, como ainda em relação ao acesso ao mercado de novos produtores e distribuidores.

2.16. O Livro Verde dá claramente a entender a necessidade e a conveniência de proceder, nos próximos anos, a uma mudança substancial da política comunitária de concorrência no domínio das restrições verticais.

2.17. O Comité faz notar, porém, que esta necessidade, a definir à luz das opções formuladas, deve situar-se num contexto de actualização e modernização do actual conjunto normativo e regulamentar e não do seu abandono.

2.18. Os actuais regulamentos de isenção por categoria, certamente demasiado rígidos e não raro difíceis de interpretar, deverão ser revistos e adaptados com flexibilidade para que sejam compatíveis com as exigências da nova prática de cooperação entre empresas, estejam em condições de oferecer suficiente margem ao desenvolvimento de novas formas de distribuição e confirmem a necessária segurança jurídica aos acordos que venham a ser concluídos.

2.19. Em termos de análise económica das restrições verticais, as conclusões insertas no Livro Verde confirmam as orientações anteriormente expressas pelo Comité. Em especial, insiste na importância da estrutura de mercado para avaliar as repercussões das restrições verticais e salienta a necessidade de centrar mais a atenção no impacte que tenham no mercado do que no conteúdo formal dos acordos. Particularmente interessante é a oportunidade de reservar tratamento mais favorável às restrições verticais acompanhadas de investimentos corpóreos ou incorpóreos.

2.20. A lista dos critérios mencionados nas conclusões da análise económica constantes do ponto 85 do Livro Verde, representa para o Comité uma base útil a tomar em consideração para avaliar a eficiência da distribuição e para definir as orientações políticas e as regras gerais da política de concorrência nesta matéria, no respeito da segurança jurídica que tão necessária é para as empresas.

2.21. Para o Comité são necessárias clarificação e coordenação entre a Comunicação da Comissão sobre

Acordos de Importância Menor «de minimis» — COM(96) 722 final e as opções enunciadas no Livro Verde, em especial a opção IV que prevê a presunção refutável de compatibilidade com o nº 1 do artigo 85º até uma parte de mercado de 20 %. No entender do Comité, esta relação deve ser interpretada do seguinte modo:

- a) A comunicação sobre «de minimis» deveria aplicar-se imediatamente após aprovação, ao passo que a presunção de compatibilidade prevista na opção IV se deve aplicar aos regulamentos sobre isenções por categoria ou a comunicações que a seu tempo venham a ser adoptadas como consequência das consultas em torno do Livro Verde.
- b) A presunção refutável de compatibilidade com o nº 1 do artigo 85º da opção IV tem por objecto aplicar a todas as restrições verticais, e não só às abrangidas pelos regulamentos de isenção, uma forma de certificado negativo, semelhante ao previsto na comunicação sobre Acordos de Importância Menor «de minimis» (não aplicabilidade do nº 1 do artigo 85º até uma parte de mercado de 10 %), com a excepção de que, entre 10 % e 20 % da parte de mercado, um acordo poderia ainda cair sob a alçada do nº 1 do art. 85º se, com base numa análise quantitativa, se considerasse que constituía um entrave à concorrência.

3. Observações na especialidade sobre as opções

3.1. Opção I — Manutenção do sistema actual

No capítulo V, a Comissão salientou as vantagens do actual sistema que, todavia, apresenta alguns inconvenientes, a saber:

3.1.1. O sistema de isenções por categoria, baseado nas formas de distribuição, é demasiado rígido e não se coaduna com formas de distribuição que representam adaptações dinâmicas às mutações do mercado.

3.1.2. Para os acordos de distribuição vertical entre empresas que operam em mercados de produtos caracterizados por um elevado nível de competitividade não deveria ser necessário notificar isenções individuais, na medida em que nestes casos a concorrência é pouco afectada.

3.1.3. É necessário reconhecer em maior grau que as formas horizontais de cooperação entre as PME de distribuição não representam necessariamente restrições à concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º (ver Gottrup Klim) e que deveriam ser objecto de uma presunção refutável de compatibilidade negativa ou, se entram no campo de aplicação do nº 1 do artigo 85º, de um regulamento de isenção por categoria.

3.1.4. De qualquer maneira, porém, o Comité não advoga a manutenção do situação actual.

3.2. *Opção II — Isenções por categoria de alcance mais vasto*

Em princípio o Comité não discorda que se alargue o âmbito das isenções por categoria.

3.2.1. O Comité aprova as seguintes medidas de carácter geral destinadas a aumentar a flexibilidade:

- as isenções por categoria abrangeriam não apenas as cláusulas específicas enumeradas como também cláusulas análogas ou menos restritivas;
- a inclusão de cláusulas proibidas não retiraria o benefício da isenção quanto ao resto do acordo. O actual sistema, corroborado pelo acórdão *Delimitis* do Tribunal de Justiça, prevê uma sanção excessiva para deficiências de redacção dos acordos ou para avaliações erradas das consequências dos efeitos anticoncorrenciais;
- a isenção por categoria poderia aplicar-se a acordos que envolvessem mais de duas partes;
- o Comité tem dúvidas quanto às vantagens de uma isenção por categoria para distribuição selectiva. Existem numerosos acórdãos do Tribunal de Justiça e decisões da Comissão que podem servir de orientação a este respeito. Tudo isto poderia ser posteriormente objecto de uma comunicação da Comissão, mas na situação actual não parece que seja necessária uma isenção;
- o Comité acolheria com agrado a inclusão de um processo de não oposição aos regulamentos de distribuição, com excepção do regulamento sobre acordos de franquia. Este processo poderia ser útil para empresas em dificuldade ou casos particulares e, desde que se considere que não implicam carga excessiva para a Comissão, deveriam ser postos em prática.

3.2.2. O Comité também apoiaria as seguintes medidas específicas, que figuram no ponto 284 do Livro Verde, com vista a aumentar a flexibilidade:

- poderia alargar-se o âmbito de aplicação das isenções por categoria para a distribuição exclusiva e a compra exclusiva de modo a abranger os serviços ou permitir ao distribuidor transformar os produtos objecto do acordo. Os distribuidores poderiam ser autorizados a incorporar nos produtos um valor acrescentado significativo que modifique a sua identidade económica, sem com isto perder o benefício da isenção por categoria. Isto permitiria que acordos como os de franquia industrial ou de licença de marcas, que são formas de distribuição importantes, beneficiassem de isenção por categoria;

— poderia alargar-se a isenção por categoria a acordos de compra exclusiva de modo a abranger os acordos de abastecimento parcial e exclusivo;

— poderia alargar-se a isenção por categoria aos acordos de franquia de forma a abarcar um sistema de preço máximo imposto, derogando ao princípio geral segundo o qual os sistemas de preços impostos não podem beneficiar de isenções. Desta forma as organizações de franquia poderiam conceder aos consumidores vantagens semelhantes às que oferecem as grandes empresas através de operações integradas;

— as associações de revendedores independentes poderiam beneficiar dos regulamentos de isenções por categoria, desde que esses revendedores fossem pequenas ou médias empresas e que a respectiva parte de mercado fosse inferior a um limiar pré-estabelecido;

— o Comité tem algumas dúvidas quanto à conveniência de criar um processo de arbitragem para distribuidores a quem tenha sido negada a participação numa rede de distribuição selectiva em virtude das regras de concorrência. Esta questão parece ter mais a ver com o direito civil que com o direito da concorrência. Além disso, como se pode ler no acórdão *Galec/Centres Leclerc*⁽¹⁾, compete às jurisdições nacionais decidir se os critérios de selecção aprovados pela Comissão foram aplicados, num caso concreto de recusa de participação, de forma discriminatória ou desproporcionada e, na afirmativa, aplicar o ordenamento jurídico nacional para obviar à situação⁽²⁾.

O Comité insta a Comissão a alargar a aplicação das isenções por categoria a acordos celebrados a um nível superior da cadeia de distribuição entre produtores e fornecedores. Quanto maior for o alcance das isenções por categoria, menor será a necessidade de notificar caso a caso os acordos verticais que não suscitem riscos anticoncorrenciais.

3.3. *Opção III — Isenções por categorias mais delimitadas*

3.3.1. Ao examinar a opção III, importa lembrar a posição do Comité no parecer sobre isenção por categoria nos acordos de transferência tecnológica⁽³⁾, no qual se opunha à inclusão de partes de mercado como condição preliminar à isenção por categoria para acordos verticais como os de transferência tecnológica. Considerava o Comité que se, para além de ter que satisfazer as condições específicas da isenção por categoria, se tivesse

(1) Tribunal de Primeira Instância, acórdão de 12 de Dezembro de 1996, procº T/19/92.

(2) Note-se que a secção ECOSOC se pronunciou favoravelmente em relação à instauração de procedimentos de arbitragem no sector automóvel (Reg. 1475/95 — JO C 133 de 31. 5. 1995). No entanto, os procedimentos de arbitragem não têm a ver com o acesso à rede.

(3) JO C 102 de 24. 4. 1995.

que calcular as partes de mercado, o processo encareceria e reduziria a sua eficácia como sistema de regulação. O Comité assinalava também que o problema das posições dominantes no mercado se pode regular através do artigo 86º. Além disso, a Comissão pode dispor da faculdade de privar do benefício da isenção por categoria em caso de acordos anticoncorrenciais cujas partes detenham uma parte de mercado superior a 40 %. Foi este o sistema finalmente aprovado para a isenção por categorias nos acordos de transferência tecnológica.

3.3.2. É certo que na distribuição não se encontra o problema da existência de partes de mercado próximas dos 100 % como é o caso em alguns mercados de inovação. Todavia, a opção II acrescentaria novos trâmites normativos à distribuição. Na opinião do Comité não é certo que a introdução de elementos de flexibilidade como os indicados no ponto 284, isto é as sugestões da opção II, representam uma compensação adequada. Parece limitado o alcance da flexibilidade que poderia introduzir-se em relação às isenções por categoria.

3.4. *Opção IV — Reduzir o âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º*

3.4.1. O Comité acolhe favoravelmente a oportunidade estratégica que a opção IV faculta. Deveria haver mais flexibilidade em caso de acordos entre partes cujas quotas de mercado não sejam importantes. Actualmente, a legislação sobre a concorrência impõe custos desnecessários a este tipo de partes contratantes. O Comité aprova as propostas da Comissão sobre uma nova comunicação relativa aos acordos de importância menor.

3.4.2. Para o Comité seria desejável que a presunção refutável de compatibilidade se aplicasse a determinadas formas horizontais de cooperação e não só às formas verticais. Uma presunção refutável de compatibilidade com o nº 1 do artigo 85º (presunção de certificado negativo) em que ambas as partes, conjuntamente, detenham uma quota de mercado no território abrangido pelo contrato inferior a um determinado nível é, na opinião do Comité, a melhor forma de resolver o assunto.

3.5. *Opção IV — Variante I*

3.5.1. O Comité nota que a nova comunicação da Comissão sobre os acordos de importância menor permitirá, de qualquer modo um certificado negativo para acordos verticais em que as partes detenham uma parcela de mercado inferior a 10 %.

3.5.1.1. O Comité recomenda firmemente a opção IV, variante I, que oferece uma presunção refutável de compatibilidade com o nº 1 do artigo 85º para acordos verticais de distribuição em que as partes detenham uma quota de mercado inferior a 20 %.

3.5.2. Isto representa uma «zona de segurança» da Comissão em relação às restrições verticais diferentes do sistema de preços de revenda mínimos e dos entraves ao comércio paralelo e às vendas passivas ou outras contidas nos acordos de distribuição entre empresas concorrentes.

3.5.3. O Comité nota, porém, que esta zona é segura só do ponto de vista da Comissão. Não há nenhuma certeza sobre a maneira como os tribunais aplicarão o nº 1 do art. 85º a este tipo de acordos.

3.5.4. O Comité observa também que é necessário uma análise económica. A presunção poderia ser refutada por factores de mercado (ver ponto 296 do documento da Comissão).

3.5.5. O Comité considera, porém, que esta opção representa um avanço positivo porque reduz os trâmites das partes contratantes de um acordo vertical de distribuição, particularmente das PME. O Comité regista também que a Comissão apresentará brevemente orientações para a definição de mercados que ajudará as partes interessadas a calcular as partes de mercado.

3.6. *Opção IV — Variante II*

Pelas razões indicadas no ponto 3.3 supra, o Comité formula certas reservas em relação a esta variante. Por outro lado, se a Comissão introduzir a opção IV, Variante I, junto com isenções por categoria de âmbito amplo como as da opção II; o Comité poderia sugerir a introdução de um mecanismo processual para o controlo de acordos verticais de distribuição com elevadas quotas de mercado. Uma possibilidade poderia ser exigir que as empresas com uma parte de mercado superior a 40 % utilizassem o procedimento de não oposição.

Bruxelas, 9 de Julho de 1997.

O Presidente
do Comité Económico e Social
Tom JENKINS