



**Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política**

Contratos de Distribuição e Direito da Concorrência

Uma relação de simbiose

**Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito
das Empresas**

Orientador

**Professor Dr. Fernando A. Ferreira Pinto, Professor Auxiliar
Universidade Católica Portuguesa**

Setembro de 2018

“I am particularly keen to ensure that the European Union's competition policy framework remains up to date and relevant to the new economic conditions we are facing and will encounter in the years ahead. In this spirit we have launched an ambitious program of reforms with the aim of ensuring that our competition rules, whilst building on the past, represent an evolving dynamic: the main purpose of the Commission's reforms and reform proposals is to render our competition law enforcement regime more efficient, and better suited to the economic and political realities in the European Union of today and tomorrow”¹.

Mario Monti

Commissioner for Competition Policy

SPEECH/00/240

Washington, 26 June 2000

¹ Mario Monti, Commissioner for Competition Policy, SPEECH/00/240, Washington, 26 June 2000, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-240_en.html

Agradecimentos

Em primeiríssimo lugar agradeço ao Senhor Professor Fernando A. Ferreira Pinto por ter acedido ao meu pedido de orientação desta dissertação. Agradeço os diversos e prezados contributos para a boa elaboração da mesma.

Sinto-me imensamente grato à minha família, Pai, Mãe e Irmã. Nem sequer existem palavras para descrever o apoio ao longo de 35 anos de existência. O amparo durante a elaboração deste trabalho não foi exceção.

Não posso deixar de mencionar a Dra. Bárbara Picciochi e a Dra. Inês Amado, duas verdadeiras amigas, com quem tive o privilégio de trabalhar durante quase 5 anos da minha carreira profissional e que não deixaram de, à sua peculiar maneira, ter um importante contributo para o meu desenvolvimento profissional e para a elaboração deste trabalho. Gostaria, igualmente, de dar uma palavra de apreço ao Dr. Marco Caldeira pela inestimável colaboração na revisão do texto.

Por fim, é com sentida emoção que reservo uma palavra de agradecimento para o Dr. Armando Pinto Ribeiro, eterno Patrono, Amigo e Mentor do direito na vida prática da Advocacia. Obrigado, Mestre, pelos ensinamentos e por teres confiado no teu estagiário, ainda mal saído da primeira fase de estágio, para colaborar lado a lado – como igual –, num imenso processo relativo a um contrato de distribuição comercial, envolvendo matérias de direito da concorrência. Anos em Tribunal, milhões em jogo e o miúdo a jogar na liga dos graúdos. Nunca me esquecerei da confiança. Obrigado, Mestre, um dia voltaremos a estar juntos e retomaremos as nossas tertúlias, entretanto vou ficando por cá a tentar dar continuidade aquilo que aprendi contigo na Advocacia e não só.

Resumo

A presente dissertação tem por objeto a realização de uma análise, ainda que muitas vezes perfunctória, daqueles que observamos como sendo os pontos-chave da relação entre o Direito da Concorrência e os contratos comerciais de distribuição. Propusemos a estudar este tema porque consideramos que existe uma necessária relação entre a matéria dos contratos de distribuição e o ramo do Direito da Concorrência – daí o subtítulo de uma relação de simbiose.

Estimamos que o primeiro passo para este trabalho é, necessariamente, o enquadramento do tema dos contratos de distribuição e do Direito da Concorrência, seguindo-se uma análise dos principais pontos de interceção destas matérias aquando da sua aplicação prática.

Foi nossa opção manter este trabalho centrado nas relações verticais, tendo em consideração o artigo 101.º do TFUE e artigos 9.º e 10.º da LdC. Por fim, reservámos espaço para uma breve análise do regime do abuso de dependência económica em vigor por via do disposto no artigo 12.º da LdC.

Através deste trabalho pretendemos focar os pontos que consideramos fundamentais para compreender os conceitos base e também o cruzamento destas duas realidades. Pretendemos com este excuro observar que os contratos de distribuição estão necessariamente interligados com o Direito da Concorrência e que a aplicação das regras de Direito da Concorrência deverá ter sempre em consideração a realidade económica subjacente ao contrato.

Palavras-Chave:

Contratos de distribuição

Direito da Concorrência

Restrições verticais

Abstract

The purpose of this thesis is to make an analysis, although not in detail, of what we consider to be the key points in the relationship between competition law and commercial distribution agreements. We consider that there is a necessary relationship between the subject of distribution contracts and the field of competition law - hence the subtitle of a symbiotic relationship.

The first step in this work is framing the notion of distribution contracts and the key concepts of competition law, followed by an analysis of the main points of interception of these subjects, within the scope of a practical analysis and enforcement.

It was our choice to keep this work focused on vertical restrains, considering article no. 101 TFEU and articles no. 9 and no. 10 of the LdC. Lastly, we have set aside a brief analysis of the regime of abuse of economic dependence in force, as per article no. 12 of the LdC.

Throughout this work we intend to focus on the points that we consider fundamental to understand the basic concepts and the intersection of these two legal realities. We aim at the conclusion that the distribution agreements are necessarily linked to competition law and those rules must be applied having in consideration the economic reality of the distribution contract.

Keywords:

Distribution agreements

Competition Law

Vertical Restrains

Índice

Introdução.....1
I. Os contratos de distribuição, o Direito da Concorrência e a relação entre ambos 6
1.1 Noções gerais acerca da distribuição comercial..... 6
1.2 Principais modalidades de contratos de distribuição..... 8
 1.2.1 O Contrato de agência..... 8
 1.2.2 Contrato de franquia (*franchising*)..... 11
 1.2.3 Contrato de concessão comercial 12
1.3 Noções gerais sobre o Direito da Concorrência 14
1.4 O Contrato de Distribuição como acordo vertical que deve respeitar os limites impostos pelo Direito da Concorrência 15
II. As disposições de Direito da Concorrência..... 18
2.1 O artigo 101.º do TFUE / artigo 9.º da LdC..... 18
 2.1.1. Conceito de Mercado Relevante 21
 2.1.2. Conceito de Empresa..... 23
 2.1.3. O conceito de Acordo entre empresas, decisão ou prática concertada..... 29
 i. O acordo..... 30
 ii. A prática concertada..... 33
 iii. As decisões de associações de empresas..... 35
 2.1.4. A noção de restrição por objeto e por efeito 35
 2.1.5. Suscetibilidade de afetar o comércio entre Estados Membros – A noção de restrição sensível da concorrência..... 38
 2.1.6. O artigo 101.º, n.º 3 do TFUE/ o artigo 10.º da LdC..... 40
2.2 O Regulamento n.º 330/2010 da Comissão..... 44
 2.2.1 As restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria – as restrições graves 47
 2.2.2 A restrição da capacidade do distribuidor estabelecer o seu preço de revenda..... 51
III. A aplicação das disposições de Direito da Concorrência aos contratos de distribuição 57
3.1 A aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de concessão comercial e ao contrato de franquia. 58
3.2 Aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de agência 74
IV. O abuso de dependência económica..... 92
Conclusão.....100

Lista de Abreviaturas e acrónimos

Ac. – Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

Comissão – Comissão Europeia

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CCom – Código Comercial

DL – Decreto-Lei

EM – Estados-Membros da União Europeia

Ex. – Exemplo

i.e. – Isto é (id est)

LCA – Lei do Contrato de Agência (Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, na redação atual)

LdC – Regime Jurídico da Concorrência em vigor (Lei 19/2012, de 8 de maio, na redação atual)

N.º/N.ºs – Número/Números

op. cit. – Obra citada

Orientações 2000 – Orientações relativas às restrições verticais de 2000

Orientações 2010 – Orientações relativas às restrições verticais de 2010

Pág./Págs – Página/Páginas

Proc./Procs – Processo/Processos

RPM – Resale Price Maintenance

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TGUE – Tribunal Geral da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

V./Vide – Veja-se

Introdução

O comércio desenvolveu-se enquanto atividade económica a par da atividade de produção, estando presente desde o início da História das sociedades organizadas. A relação simbiótica de ambas atividades tornou o comércio num dos motores da economia, tanto a uma escala local como a uma escala global. A sua importância para o desenvolvimento de qualquer sociedade, independentemente da sua dimensão, é comprovada, no caso particular de Portugal, pela difusão da cultura portuguesa e enriquecimento da coroa portuguesa, nomeadamente no fim do século XV até ao fim do século XVI. No entanto, ao longo do tempo, o aumento das trocas comerciais fez-se acompanhar do aumento da procura dos produtos, ainda que remotamente produzidos. Atualmente, consumimos diariamente bens que foram produzidos num lugar distante: desde o veículo que conduzimos aos combustíveis que os movem, até ao que comemos. Os consumidores têm agora necessidade de cada vez mais produtos e serviços, os quais têm de ser distribuídos até ao local onde serão consumidos.

O projeto político relativamente recente que é a EU logrou conceber e concretizar um modelo, outrora julgado ambicioso, que é facilitador do comércio europeu a larga escala. Não obstante, o mercado interno, constituído como pedra basilar da própria UE, encontra-se ainda sujeito a vozes e correntes críticas, oriundas de movimentos políticos populistas com ideias protecionistas, as quais coexistem com o esforço contínuo de integração e de diálogo plural que caracterizou a sua criação.

O comércio, como elemento chave da sociedade e, tal como esta, não existe sem regras – afinal *ubi societas, ibi jus*. Consequentemente, a legislação europeia desenvolveu o Direito da Concorrência, como elemento essencial para a eficaz e justa regulação do mercado comum. O legislador usou como fonte fundamental o já pré-existente *antitrust* do outro lado do atlântico.

Este trabalho procura analisar aqueles que consideramos ser os pontos-chave da relação entre o Direito da Concorrência e os contratos de distribuição: se os contratos de distribuição são uma realidade prática essencial ao comércio e se encontram alicerçados

no Direito Privado, o Direito da Concorrência, por outro lado, é um ramo de Direito Público que tem por objeto regular o mercado e os consumidores. Disto decorre que o Direito da Concorrência interfere diretamente na liberdade das partes para estabelecerem livremente as regras contratuais. Se, por um lado, cremos que esta legislação não deverá constituir-se como letra morta, devendo o comércio ser escrutinado à sua luz, por outro lado, a sua aplicação não deverá realizar-se de maneira formal e desenquadrada da realidade que pretende regular. Pretendemos aqui descrever a interseção entre uma realidade que advém do Direito Privado e uma que advém do Direito Público.

Para a presente descrição do estado da arte, julgamos necessário realçar a importância de uma análise casuística baseada na realidade económica do contrato. Demonstraremos que a relação entre os contratos de distribuição e o Direito da Concorrência não tem, felizmente, seguido uma análise e aplicação estritamente dogmáticas dos princípios de Direito da Concorrência. Para tal, um dos pontos relevantes será observar o crivo do TJUE e do TGUE nos diferentes temas.

O caminho a que nos propomos obrigará à definição de conceitos no âmbito do Direito da Concorrência e também a uma análise fundada na jurisprudência referente à aplicação do mesmo às diferentes modalidades de contratos de distribuição, com especial enfoque nas modalidades de contratos de distribuição típicos e em cláusulas problemáticas do ponto de vista jus-concorrencial.

O estudo do tema deve ter em consideração o primado do direito da UE sobre o direito nacional nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da CRP². O Direito da Concorrência é um dos baluartes do mercado único Europeu. A política da concorrência e, necessariamente, o Direito da Concorrência, são ferramentas essenciais para a construção da UE e para a

²*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.*

sua economia³. Consequentemente, o regime jurídico da concorrência português é o reflexo das normas do Direito da Concorrência emanadas a partir do TFUE.

Neste ponto, julgamos fundamental citar a norma basilar deste trabalho: o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE estipula que são “*incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as 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 interno (...)*”.

Tomamos as ideias expressas na passagem *supra* citada como o ponto de partida da abordagem que pretendemos desenvolver. O nosso trabalho dividir-se-á em quatro capítulos, a saber: I – Os contratos de distribuição, o Direito da Concorrência e a relação entre ambos; II – As disposições de Direito da Concorrência; III – A aplicação das disposições de Direito da Concorrência aos contratos de distribuição; IV – O abuso de dependência económica.

No primeiro capítulo, pretendemos dar nota sobre (1.1) noções gerais da distribuição comercial, (1.2) as principais modalidades de contratos de distribuição, [subdividindo este subcapítulo numa breve abordagem (1.2.1) ao contrato de agência, (1.2.2) ao contrato de franquia e (1.2.3) ao contrato de concessão comercial], (1.3) noções gerais sobre o Direito da Concorrência, e (1.4) o contrato de distribuição como acordo vertical que deve respeitar os limites impostos pelo Direito da Concorrência.

No segundo capítulo pretendemos estudar (2.1) o artigo 101.º do TFUE / artigo 9.º da LdC, [subdividindo este subcapítulo numa breve abordagem ao conceito de (2.1.1)

³ Nas palavras do atual Presidente da Comissão Europeia: “*Competition policy is one of the areas where the Commission has exclusive competence and action in this field will be key to the success of our jobs and growth agenda. It should contribute to steering innovation and making markets deliver clear benefits to consumers, businesses and society as a whole. Every effort should be made to maximise the positive contribution of our competition policy in support of our overall priorities and to explain and demonstrate its benefits to citizens and stakeholders at all levels*”³ - JUNCKER, Jean-Claude; *Mission Letter to Margrethe Vestager - Commissioner for Competition*, Bruxelas, 1 novembro de 2014, disponível em <http://ec.europa.eu/commission>.

mercado relevante, (2.1.2) empresa, (2.1.3) acordo entre empresas, decisão ou prática concertada, (2.1.4) a noção de restrição por objeto e por efeito, (2.1.5) suscetibilidade de afetar o comércio entre EM e a noção de restrição sensível da concorrência, (2.1.6) o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE], (2.2) o regulamento n.º 330/2010, subdividindo este subcapítulo em [(2.2.1) as restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria – as restrições graves e (2.2.2) a restrição da capacidade do distribuidor estabelecer o seu preço de revenda].

No terceiro capítulo abordaremos (3.1) a aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de concessão e ao contrato de franquia (3.2) aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de agência.

Por fim, no quarto capítulo estudaremos o instituto do abuso de dependência económica.

Por estarmos cientes da extensão e complexidade da matéria passível de ser contemplada na discussão deste tema, optámos por estruturar o nosso trabalho de maneira a privilegiar os problemas jus-concorrenciais no seio de relações de distribuição. Procurámos, igualmente, evitar uma análise detalhada da matéria relativa à distribuição comercial, a qual se revelaria demasiado extensa para o tema em análise. Optámos, como já mencionado, por manter este trabalho exclusivamente no escopo das relações verticais – artigo 101.º do TFUE, mormente o n.º 1 e o n.º 3 e artigos 9.º e 10.º da LdC, – deixando, assim, de fora o extenso e interessante campo do abuso da posição dominante plasmado no artigo 102.º do TFUE e no artigo 12.º da LdC. Escolhemos, ainda, não abordar a matéria das Práticas Individuais Restritivas do Comércio, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro.

Não temos dúvidas sobre a possibilidade de efetuar uma análise mais abrangente sobre este tema. Não obstante, decidimos, estabelecer as balizas acima mencionadas para evitar que o trabalho deixe de corresponder ao escopo e extensão preestabelecidas.

Em suma, iremos deliberadamente fundamentar a nossa análise recorrendo à leitura e interpretação de artigos do TFUE, regulamentos europeus, documentos de orientação da

Comissão e, também, à extensa e importantíssima jurisprudência do TJUE e TGUE. Para além do estudo da legislação e orientações acima enumeradas, iremos, quando relevante, analisar decisões da Comissão Europeia e da Autoridade da Concorrência nacional.

O nosso objetivo é estudar o estado da arte e elencar aqueles que consideramos os principais pontos de intersecção entre contratos de distribuição (acordos verticais) e o Direito da Concorrência. Outro ponto que gostaríamos que ficasse refletido neste trabalho é que acreditamos que a análise jus-concorrencial que é feita a um contrato de distribuição não deverá ser dogmática ou excessivamente formalista mas deve ter sempre em consideração a realidade económica subjacente ao mesmo.

Não queremos com este ponto pôr em causa a legitimidade e utilidade jurídica, nomeadamente na perspectiva da segurança jurídica, das restrições por objeto. Gostaríamos apenas que ficasse realçado, na senda de uma abordagem mais próxima da visão propagada do outro lado do Atlântico, que a nosso ver se justifica que as restrições verticais sejam vistas com uma lupa casuística que tem em consideração o contexto económico da relação vertical e os seus efeitos no mercado. Afinal, o objetivo último do Direito da Concorrência é regular o mercado tendo em vista a proteção dos consumidores.

I. Os contratos de distribuição, o Direito da Concorrência e a relação entre ambos

1.1 Noções gerais acerca da distribuição comercial

Aquando da criação das primeiras sociedades humanas e da produção agrícola, a atividade comercial era alicerçada na troca entre os diversos produtores. O desenvolvimento das sociedades, dos contactos entre os povos e da capacidade produtiva criou uma nova classe de pessoas que viviam do comércio e das trocas comerciais: os mercadores. A figura da distribuição comercial é o reflexo da transformação da atividade económica ao longo dos tempos.

Com a industrialização, a distribuição comercial tornou-se uma realidade mais ampla do que a simples intermediação nas vendas, a qual juridicamente se concretizava no ato comercial de compra para revenda. A industrialização gerou a produção de excedentes como até então nunca tinha ocorrido, o que *“tornou indispensável a intervenção sistematizada de uma nova classe de agentes económicos especializados”*⁴.

A progressiva internacionalização das economias, bem como o crescente fluxo de bens e capitais, gerou a necessidade de o tecido empresarial se integrar no mercado através de uma densa teia de acordos de distribuição, adaptados de forma casuística às necessidades das partes envolvidas.

Assim, de meio auxiliar da indústria, a distribuição comercial passou a ser um motor essencial para o desenvolvimento da própria indústria e da economia. A massificação da oferta, a sistematização da distribuição e a potencialização geográfica foram motivos para trilhar o caminho que hoje se reconhece como distribuição comercial e que conduziu a outros campos, como o reconhecimento da importância da notoriedade das

⁴ FERREIRA PINTO, Fernando A., *Contratos de Distribuição – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, página 19.

marcas, ponto basilar no direito da propriedade intelectual hodierna, e ainda a criação da disciplina do *marketing* como aspeto essencial da economia moderna⁵.

É no âmbito desta relação complexa entre o produtor e o distribuidor que nascem diversificados esquemas distributivos. Como refere Fernando A. FERREIRA PINTO, “(...) o termo *distribuição* (ou a locução *distribuição comercial*) designa o complexo de operações, materiais e jurídicas, que fazem com que os bens (produtos e serviços) alcancem o mercado do consumo”⁶.

Assim, os produtores têm que tomar uma decisão quanto ao modelo organizativo que melhor se adapta às suas necessidades para distribuir o produto através de um canal até ao consumidor final. Existem inúmeras variáveis que podem ou não tornar imensamente complexa a solução organizativa de distribuição, a qual, em primeira linha, obedece às necessidades do negócio e não a tipologias jurídicas estanques.

O primeiro ponto passa necessariamente por distinguir a distribuição direta da distribuição indireta. A distribuição direta ocorre quando o produtor leva ele próprio a cabo a atividade de distribuir o seu produto utilizando em exclusivo os meios de que dispõe. Trata-se de uma solução institucional porque o produtor domina do ponto de vista jurídico e económico, a estrutura de distribuição (por exemplo através de sucursais e filiais) e, portanto, dispensa intermediários. A característica marcante da distribuição direta é a utilização pelo produtor de canais próprios para transmitir a propriedade do bem até ao consumidor final. Esta é uma solução dispendiosa para o produtor e que, portanto, apenas faz sentido económico em algumas circunstâncias. Por seu turno, a distribuição indireta ocorre quando há uma verdadeira intermediação nas trocas e, desse modo, uma atividade de distribuição através de intermediários, i. e., quando o produtor se serve de terceiro para escoar o seu produto até ao consumidor final, externalizando, assim, essa atividade⁷.

⁵ Neste sentido, FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 19 a 22.

⁶ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 20.

⁷ *A firm wishing to sell its products must decide how to do so. There are various possibilities: it may carry out both the production and the sales and distribution functions itself: this may be referred to as vertical integration; it may use the services of a commercial agent to find*

A distribuição indireta pode ser simples ou integrada. A distribuição indireta simples é caracterizada pela falta de coordenação entre produtor e distribuidor. A distribuição indireta integrada caracteriza-se pela coordenação e pela integração de forma estratégica do distribuidor na rede de distribuição, sob orientação (com graus diferentes) do principal, como por exemplo nos contratos de concessão comercial⁸.

Para além do acima exposto, podemos abordar outra distinção relevante no mundo da distribuição comercial. O produtor deverá estudar qual o tipo de cobertura de mercado que pretende atingir e para isso existem alguns modelos estratégicos, os quais podemos aqui elencar sucintamente: (i) distribuição intensiva, que é necessariamente universal e implica uma cobertura o mais alargada possível do mercado; (ii) a distribuição seletiva, que é um modelo estratégico intermédio que se situa entre o modelo da distribuição universal e da distribuição exclusiva; (iii) distribuição exclusiva, que é uma estratégia de compressão e delimitação da oferta e dos territórios de venda⁹.

Existe outra relevante distinção para a introdução a este tema que se prende com o modelo como se relacionam os intervenientes do canal de distribuição. Os canais podem ser totalmente constituídos por agentes de mercado independentes, sem controlo, ou canais organizados, onde existe uma clara organização vertical, a qual pode ter uma base contratual ou não¹⁰.

1.2 Principais modalidades de contratos de distribuição

1.2.1 O Contrato de agência

Ao tratar deste tema, afigura-se fundamental efetuar um breve excursão introdutório à figura do contrato de agência, não só “*pela sua precedência histórica [mas também] por*

customers; or it may supply its products to a distributor, whose function is to resell them to other persons, who may or may not be the final consumer; R.WHISH, Competition Law, 5.^a edição, Oxford University Press, página 583.

⁸ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2014, página 436.

⁹ Para uma análise mais completa desta matéria v. FERREIRA PINTO, Fernando A.; *op. cit.*, página 24 a 26.

¹⁰ Neste ponto é importante realçar que existem situações de organização espontânea.

*ser aquela que mais tem concitado a atenção do legislador (...)*¹¹. O contrato de agência é um contrato pelo qual uma das partes (o agente) se obriga a promover por conta de outra (o principal) a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.

Tendo em conta o disposto na LCA os elementos essenciais e necessários do contrato de agência são: (i) a obrigação de promoção de contratos (por parte do agente); (ii) por conta de outrem (do principal); (iii) a autonomia (do agente); (iv) a estabilidade (do vínculo entre o agente e o principal); (v) a remuneração (a cargo do principal). O agente *“é um sujeito de direito (um empresário) juridicamente autónomo do principal, com o qual estabelece um vínculo duradouro de colaboração que o adstringe a agir por conta e no interesse deste último”*¹².

Assim, consideramos relevante realçar três pontos: (i) obrigação de promover a celebração de contratos (i), a natureza duradoura do contrato de agência e (iii) característica da onerosidade deste último.

Sucintamente, a obrigação base do agente consiste em promover a celebração de contratos a favor do principal. Esta característica não lhe retira a necessária independência que justifica a sua autonomia¹³, visto que o agente tem liberdade para organizar o desenvolvimento da sua atividade. O agente segue instruções gerais e orientações, mas não está totalmente subordinado a um poder de direção, até porque, sem o elemento da autonomia, não estaríamos a falar de um contrato de agência. Em suma, o agente tem autonomia, mas a mesma não é absoluta¹⁴.

¹¹ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 49.

¹² FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 58.

¹³ Ao contrário do trabalhador que, através do contrato de trabalho, se encontra juridicamente subordinado à entidade patronal.

¹⁴ *Vide* PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, páginas 95.

Como refere PINTO MONTEIRO, a obrigação de o agente promover a celebração de contrato é fundamental e “*envolve toda a uma complexa e multifacetada actividade material, de prospecção do mercado, de angariação, de difusão dos produtos e serviços, de negociação, etc, que antecede e prepara a conclusão dos contratos, mas com a qual o agente já não tem de intervir*”¹⁵.

Ainda a este propósito, convém realçar que o agente apenas pode celebrar contratos em nome do principal se este lhe tiver concedido poderes para tal, como previsto no n.º 1 do artigo n.º 2 da LCA.

Outra característica relevante é o facto de o contrato de agência constituir uma obrigação duradoura. O agente realiza a sua atividade de forma estável, visando um número indefinido de operações, não se limitando à prática de apenas um ato. Apenas com a estabilidade da relação contratual é que o agente pode promover a conclusão dos negócios que permitirão ao principal concretizar os fins pretendidos com o contrato de agência, sendo possível uma vinculação por tempo determinado ou por tempo indeterminado (presume-se esta última em caso de falta de determinação contratual)¹⁶.

Um outro traço característico é a onerosidade, visto que o agente deve ser remunerado pelo principal. Usualmente, esta remuneração é estabelecida entre as partes, tendo em conta o volume de negócios obtido a favor do principal. Em caso de inexistência de convenção, será necessário recorrer aos usos mercantis ou à equidade (cfr. artigo 15.º da LCA)¹⁷.

Como último ponto, não podemos deixar de sublinhar que o contrato de agência, por estar tipificado, é a figura paradigmática dos contratos de distribuição, pelo que tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido com frequência a *extensão analógica do seu regime aos demais contratos de distribuição legalmente atípicos*”¹⁸.

¹⁵ Vide PINTO MONTEIRO, António, *op. cit.*, páginas 86 e 87.

¹⁶ Vide PINTO MONTEIRO, António, *op. cit.*, página 96 e 97.

¹⁷ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 442.

¹⁸ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 440.

O estudo deste modelo contratual justificaria uma análise com outra profundidade, mas cingir-nos-emos a esta introdução tendo em vista o posterior exame da aplicabilidade das regras constantes do artigo 101.º TFUE e do artigo 9.º da LdC a este modelo contratual.

1.2.2 Contrato de franquia (*franchising*)

Neste ponto pretendemos fazer apenas uma breve referência ao conceito de contrato de franquia. Trata-se de um acordo através do qual uma entidade – franqueador – concede a outra – franqueado –, mediante contrapartida financeira, o direito de explorar uma franquia, entendendo-se esta como um conjunto de direitos de propriedade industrial e/ou intelectual.

O contrato de franquia é um contrato atípico, *intuitus personae*, e assume as características de um contrato – quadro. Os elementos distintivos principais são: (i) a fruição da imagem empresarial do franqueador pelo franqueado, (ii) a transmissão do “*know-how*”, (iii) a assistência técnica, (iv) a fiscalização do franqueado e (v) a onerosidade¹⁹.

Com base na autorização concedida pelo franqueador, o franqueado usa o nome, a marca, as insígnias e outros sinais distintivos do comércio pertença daquele, que, por seu turno, disponibiliza a este o seu “*know-how*”, regras de organização, plano de comercialização, estratégia de *marketing* e assistência.

São, tal como refere António PINTO MONTEIRO, “*uma série minuciosa de prescrições, que o franquiado deve observar estritamente, e que são dispostas, em condições de uniformidade, para todos os franquiados*”²⁰. É, então, deste modo, que o franqueador controla a atividade dos franqueados e a respetiva qualidade com o intuito de proteger a sua “marca”, não obstante os franqueados manterem a sua independência.

¹⁹ Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 453 e 454.

²⁰ *Vide* PINTO MONTEIRO, António; *op. cit.*, páginas 119 a 123.

Não pretendemos alongar-nos na análise do regime jurídico do contrato de franquia. Contudo, cumpre realçar que existe uma similitude entre as restrições do direito da concorrência aplicáveis aos contratos concessão (leia-se às cláusulas usuais deste modelo de contrato de contrato atípico) e aquelas que se aplicam ao contrato de franquia²¹.

1.2.3 Contrato de concessão comercial

O contrato de concessão comercial é uma espécie negocial legalmente atípica amplamente usada na prática comercial. A sua construção jurídica tem sido feita com base na doutrina e na jurisprudência. É usual referir-se na doutrina, como seu antecessor mais próximo, “*o contrato de venda exclusiva*”. Mas “*o desenvolvimento do comércio e da indústria fizeram com que o centro de gravidade se fosse progressivamente deslocando da exclusividade para a cláusula que impõe ao distribuidor não só a obrigação de adquirir bens para revenda mas também a de promover a sua comercialização em conformidade com as indicações do produtor*”²².

Para FERREIRA PINTO, entre outros, a concessão é encarada como um contrato-quadro que dá origem a uma relação jurídica duradoura e complexa, nos termos da qual um empresário independente – o concedente – se obriga a vender a outro – o concessionário – certos produtos ou categorias de produtos, vinculando-se este, por sua vez, a adquirir e revender esses produtos, em seu nome e por sua conta, de acordo com as diretrizes formuladas pelo primeiro e sob a sua supervisão²³.

Aqui não podemos deixar de sublinhar um ponto de distinção face ao contrato de agência: “*o concessionário, ao contrário do agente, actua em seu nome e por conta*

²¹ Nos Estados Unidos da América, país de origem deste modelo de contrato de distribuição, o termo *franchising* é inclusive usado num sentido amplo de forma a incluir características dos contratos de concessão - Vide FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 65 e 66.

²² PINTO MONTEIRO, António, *op. cit.*, p. 108. Também neste sentido, vide ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 446 a 450.

²³ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 6; também neste sentido v. ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 446 a 450.

própria, adquire a propriedade da mercadoria (...), compra para revenda e assume os riscos da comercialização” (sublinhado nosso)²⁴.

São, assim, pontos fundamentais a reter sobre o contrato de concessão: (i) a existência de contrato-quadro; (ii) uma relação estável e duradoura; (iii) no seio da qual ocorre uma sucessão de contratos de fornecimento ou de compra e venda subordinados à relação-quadro. Podemos utilizar as palavras do STJ, para dizer “*que o contrato de concessão comercial é um contrato juridicamente inominado que, em traços gerais, se pode descrever como aquele que um comerciante independente (o concessionário) se obriga a comprar a outro (o concedente) determinada quota de bens de marca, para os revender ao público em determinada área territorial e, normalmente (mas nem sempre), com direito de exclusividade*”²⁵.

No âmbito desta relação-quadro, o concessionário obriga-se perante o concedente a comprar uma quantidade de produtos com a intenção de revendê-los²⁶. De forma simplista, podemos afirmar que o concessionário assume risco porque adquire os produtos por um preço e revende-os por outro, sendo que a sua atividade comercial depende da margem entre os preços de compra e de venda. Esta assunção de risco permite a distinção clara entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial, a qual assume crucial importância no âmbito da aplicação do artigo 101.º do TFUE.

Não existe um normativo específico para este tipo de contratos, pelo que estamos perante um contrato “*atípico e complexo, em que convergem elementos de diversos modelos contratuais previstos na lei mas que não se identifica totalmente com qualquer deles*”²⁷. Assim, a primeira linha de abordagem que deve ser feita, para efeitos de

²⁴ PINTO MONTEIRO, António, *op. cit.*, página 110.

²⁵ Ac. do STJ de 14-09-2006, proc. n.º 06P1271, Relator Álvaro Sobrinho, disponível em www.dgsi.pt.

²⁶ Por se encontrar fora do escopo do nosso trabalho não vamos desenvolver a matéria das obrigações acessórias que podem surgir no âmbito do contrato de concessão. De qualquer forma não poderíamos deixar de mencionar que estas obrigações acessórias, tais como a publicidade/*marketing*, são parte relevante neste tipo contratual.

²⁷ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 62.

interpretação das suas disposições, são as próprias regras estipuladas contratualmente pelas partes. Não podemos olvidar que, nos termos do artigo 405.º do Código Civil existe liberdade de criação e de estipulação dos termos contratuais dentro dos limites da Lei. Aliás este “tipo” contratual nem sequer está sujeito a forma. O TRL pronunciou-se nesse sentido, ao referir que o “*contrato de concessão comercial é um contrato atípico ou inominado, não estando sujeita a sua celebração à forma escrita. Assim, fica tal relação contratual ao abrigo da liberdade de forma, pelo que a existência e validade do contrato (...) não está sujeita à existência ou validade de um documento escrito*”²⁸.

À guisa de conclusão, não podemos deixar de referir que o regime do contrato de agência é usado pela doutrina e pela jurisprudência como fonte de aplicação analógica, mormente em situações de cessação do vínculo.

1.3 Noções gerais sobre o Direito da Concorrência

O direito da concorrência é um ramo de direito público que tem por objeto regular e disciplinar a atividade económica, tendo em vista a promoção de uma sã concorrência entre todos os intervenientes no mercado, protegendo a sua liberdade de atuação no mesmo, mas impondo limites a uma atuação sem regras. O direito da concorrência pretende proteger o próprio mercado e, em última análise, os consumidores.

Deste modo, o Direito da Concorrência nasce da vontade de o Estado e a UE regularem a atividade económica, a qual se pretende livre mas sujeita a regras tendo em vista a proteção do mercado e dos consumidores.

O Direito da Concorrência é um direito de matriz europeia (com génese nos Estados Unidos da América), fortemente balizado pela aplicação da jurisprudência europeia. Por este motivo, abordaremos a matéria tendo sempre por base o TFUE e a jurisprudência europeia. Não pretendemos com isto desvalorizar o direito nacional da concorrência, mas, como o direito nacional da concorrência tem como fonte legislativa o direito da UE, deste modo, faz mais sentido manter como base de estudo o artigo 101.º do TFUE,

²⁸ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-12-2008, proc. 11185/2008-6, Relator Granja da Fonseca, disponível em www.dgsi.pt

os regulamentos aplicáveis, as orientações da Comissão e a jurisprudência dos tribunais da UE²⁹.

Salientamos alguns dos valores que estão na base da existência do direito da concorrência, tais como a liberdade económica, a procura pelo bem-estar e, em última análise, uma justiça social interligada com a defesa dos consumidores³⁰.

Sem prejuízo do acima exposto, é relevante mencionar que a Constituição da República Portuguesa atribui ao Estado como incumbência prioritária no âmbito dos objetivos da política comercial, “a [promoção da] *concorrência salutar dos agentes mercantis*” (cfr. alínea a) do artigo 99.º da CRP). Por seu turno, a alínea f) do artigo 81.º da CRP estatui que incumbe ao Estado “*assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”. Estes objetivos apenas podem ser atingidos por via de uma política de concorrência, alicerçada na aplicação prática das regras advenientes do Direito da Concorrência. É sobre as regras aplicáveis aos acordos verticais que nos focaremos.

1.4 O Contrato de Distribuição como acordo vertical que deve respeitar os limites impostos pelo Direito da Concorrência

Começamos este ponto por citar FERREIRA PINTO, por partilharmos da opinião que “*a distribuição comercial é um vasto sector da actividade económica envolvendo esquemas de actuação muito diversificados, que implicam um continuum de formas jurídicas cuja destrinça só é possível mediante segmentações da realidade muitas vezes reveladas artificiais. Trata-se, além disso, de uma realidade profundamente dinâmica, sujeita a uma contínua adaptação às circunstâncias que em cada momento se verificam,*

²⁹ A este propósito, sublinhamos que o artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, LdC corresponde *ipsis verbis* ao estatuído no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE . Por seu turno, o artigo 101.º, n.º 2 corresponde ao conteúdo do artigo 9.º, n.º 2 da LdC. Por sua vez, o disposto no artigo 10.º da LdC corresponde aos termos previstos no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

³⁰ Neste sentido *vide* GILLIÉRON; Hubert Orso, Les contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence, Bruylant Bruxelles, Schulthess, 2004, página 31.

evoluindo em paralelo com os processos produtivos e sob a influência das inovações tecnológicas”³¹.

De facto, a realidade prática da vida comercial é vasta e relativamente difícil de definir. Citando MOURA E SILVA, “*encontramos na generalidade dos mercados uma grande variedade de modelos de organização vertical, por vezes coexistindo situações tão díspares como a de produtores que vendem directamente aos consumidores, seja recorrendo a uma rede de vendedores que são verdadeiros funcionários ou através de novos canais de comércio electrónico, ao lado de concorrentes que optam por estruturar o aprovisionamento e a distribuição por relações inter-empresariais*”³².

Esta realidade dinâmica vê-se não raras vezes confrontada e balizada por outros tipos de legislação de índole diversa e propósitos distintos. Consequentemente, o Direito da Concorrência é potencialmente conflituante com a liberdade das partes em conformarem as suas regras no âmbito dos contratos de distribuição, nos termos da liberdade de estipulação prevista no artigo 405.º do Código Civil.

Os contratos de distribuição são acordos verticais estabelecidos entre empresas que estão a um nível diferente da cadeia de produção e distribuição. Como acima vimos, se o Direito da Concorrência visa assegurar uma sã concorrência num determinado mercado, afigura-se natural o cruzamento entre as duas realidades.

Como seria espectável, toda a matéria do Direito da Concorrência tem alicerce na ciência económica. No âmbito deste trabalho não será possível analisar a matéria na perspectiva da história do pensamento económico, mas podemos salientar duas importantes correntes que exerceram forte influência no Direito da Concorrência: a (i) Escola de Harvard e a (ii) Escola de Chicago. A primeira preconiza que o modelo teórico da concorrência perfeita (que nasceu no seguimento do modelo clássico que

³¹ FERREIRA PINTO, Fernando A, *Os contratos de distribuição e o direito da concorrência: crónica de uma relação conturbada*, de 6 Outubro de 2005, Jornal de Negócios.

³² MOURA e SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008, página 267.

preconizava uma intervenção estatal mínima³³) tem alguns pontos criticáveis na sua conceção, visto que parte de uma modelo teórico para uma análise da realidade empírica. A Escola de Harvard vem defender que se deve fazer a análise da realidade e tirar as ilações dessa mesma análise, mudando o paradigma da concorrência perfeita para uma visão da concorrência possível ou praticável³⁴. No pensamento da escola de Harvard, é necessário ter em conta as imperfeições do mercado e não intervir sistematicamente no sentido de as corrigir. É neste âmbito que surge pela primeira vez uma abordagem à necessidade de criação de uma *rule of reason*. Por seu turno, a Escola de Chicago encontra o fundamento exclusivo do direito da concorrência na procura do bem-estar social. Deste modo, a política da concorrência deve estar vocacionada para a obtenção da eficiência económica (entendida na aceção de afetação óptima de recursos) e no poder de auto-correcção do mercado. Não iremos estudar em detalhe estas duas posições, nem as teorias mais complexas³⁵ que advieram de ambas as escolas, mas podemos realçar algumas das diferenças, como a abordagem que é feita no que concerne às barreiras de entrada no mercado e à matéria de concentrações de empresas³⁶.

Hoje em dia, o que a legislação pretende fomentar é uma concorrência eficaz e salutar no âmbito do mercado comum. Como acima vimos, os acordos verticais são instrumentos contratuais de coordenação entre os intervenientes na cadeia de valor, essenciais na economia de mercado da sociedade hodierna. Não podemos olvidar que a liberdade das entidades privadas se encontra limitada pela liberdade dos outros intervenientes em aceder a esse mercado, pela necessidade de liberdade de escolha dos consumidores, pelo livre acesso ao mercado e pelo equilíbrio do mercado comum (na perspectiva da UE). Logo, compreende-se porque é que o tema dos contratos de distribuição e o Direito da Concorrência são matérias que confluem, numa aparente colisão de valores jurídicos antagónicos de base. Se, por um lado, temos uma conceptualização jurídica muitas vezes atípica e inominada, que atribui às partes a liberdade de construir as suas regras, por outro, existe uma legislação cujo propósito é

³³ A sua origem está na teoria da “mão invisível” de Adam Smith.

³⁴ Utilizando mais um anglicismo “*workable competition*”.

³⁵ Como, por exemplo, a teoria dos mercados contestáveis, teoria dos custos de transação, etc.

³⁶ GILLIÉRON; Hubert Orso, *op. cit.*, paginas 38 a 53.

defender o mercado e que, obviamente, estabelece os parâmetros a que as partes estão adstritas.

Sublinhamos que um contrato de distribuição pode ser um instrumento anti-concorrencial, na medida em que, em determinadas circunstâncias, permitirá a obtenção de resultados anti-concorrenciais, tais como a facilitação da colusão entre diferentes fornecedores e diferentes distribuidores, nomeadamente através da transparência das políticas comerciais (ex.: preço), diminuição da concorrência intra-marca e inter-marca e criação de barreiras de entrada no mercado.

Creemos que a melhor forma de sintetizar aquilo que tentámos explicar neste capítulo é recorrendo aos ensinamentos de Hubert Orso GUILLIÉRON. Este autor deixou claro que as modalidades contratuais estão sujeitas a uma avaliação na perspectiva do direito da concorrência, i.e. uma apreciação que avalie o impacto do contrato no mercado em análise³⁷.

II. As disposições de Direito da Concorrência

2.1 O artigo 101.º do TFUE / artigo 9.º da LdC

O artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 81.º do TCE) estipula que “1. *São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as 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 interno, designadamente as que consistam em:*

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*

³⁷ “*Ces solutions contractuelles sont également soumises à une évaluation sous l’angle du droit de la concurrence, autrement dit à une appréciation se fondant sur l’impact d’un contract sur l’ensemble du marché concerné*” GILLIÉRON, Hubert Orso, *op. cit*, página 18.

- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.*
- 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.*
- 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:*
- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,*
 - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e*
 - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,*
- que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:*
- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;*
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.*

Sendo esta a disposição legal central da matéria que pretendemos analisar, vamos abordá-la ponto por ponto, tendo sempre em mente a interligação com os contratos de distribuição comercial. Assim, para que o artigo 101.º, n.º 1 seja aplicável, é necessário que sejam preenchidas quatro condições:

- Em primeiro lugar, as entidades em apreço deverão ser **empresas** no sentido previsto nesta disposição (sentido este fundamentado por uma ampla jurisprudência, como adiante se analisará);
- Em segundo lugar, as empresas deverão concluir um **acordo**, intervir numa **decisão de associação de empresas** ou **participar numa prática concertada**;
- Em terceiro lugar, os comportamentos acima mencionados deverão pelo menos ser **suscetíveis de afetar o comércio entre Estados Membros**;

- Por último, os comportamentos devem ter **por efeito ou por objeto restringir a concorrência de maneira sensível**.

Como vimos acima, o disposto no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE em nada difere do disposto no artigo 9.º, n.º 1 da LdC³⁸. Chegamos a este momento, temos que identificar, um por um, os conceitos fundamentais da matéria em apreço, tendo em vista analisar o teor do artigo n.º 101.º do TFUE: (2.1.2.) o que é uma empresa; (2.1.3.) o que é um

³⁸ Por exemplo, no que concerne ao preenchimento dos critérios, por referência ao artigo 4.º da Lei 18/2003, 11 de junho (anterior LdC): *III – No n.º 1 do artigo 4º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, encontra-se descrita uma pluralidade de condutas típicas que diferem entre si significativamente, quer do ponto de vista objectivo, quer do subjectivo. O preenchimento de qualquer delas, independentemente da verificação dos elementos típicos das outras, constitui contra-ordenação. IV – Em todos esses tipos contra-ordenacionais descrevem-se comportamentos que só assumem relevância se praticados por um determinado círculo de agentes, que é constituído pelas empresas e pelas associações de empresas. V – As acções típicas podem, alternativamente, consistir: a) na celebração de um acordo com uma outra empresa; b) na tomada de uma decisão por parte de uma associação de empresas; ou c) na prática concertada com outra ou outras empresas; VI – Tais actos só são proibidos: a) quando o acordo ou a decisão referidas tiverem por objecto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional; ou b) quando o acordo, a decisão ou a prática concertada provocarem esse mesmo efeito sobre a concorrência. VII – Nesta disposição legal prevêem-se tipos de mera actividade e de perigo, na modalidade de aptidão [os indicados na alínea a) do ponto VI] e tipos de resultado e de dano [os indicados na alínea b) desse mesmo ponto], exigindo-se quanto a estes últimos a imputação objectiva do resultado à conduta. VIII – O primeiro dos tipos descritos nesta disposição legal exige apenas que uma empresa, dolosamente, celebre com outra um acordo que tenha por objecto o impedimento, o falseamento ou a restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do território nacional. IX – Um outro tipo exige a celebração de um acordo entre empresas que, não tendo aquele objecto, venha, pelo menos por negligência, a ter o indicado efeito sobre a concorrência. X – Um terceiro tipo requer a prática concertada entre empresas que tenha como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional. XI – Há violação da livre concorrência quando o comportamento adoptado pelas empresas ou pelas associações de empresas afecta o princípio da autonomia da estratégia empresarial «que pressupõe a possibilidade de os operadores económicos, que já actuam num mercado, decidir livremente a sua política empresarial, atendendo exclusivamente a elementos como a situação do mercado, a relação custo-benefício ou ao comportamento de outras empresas que operam no mesmo sector».* Ac. do TRL de 7 de Novembro de 2007, proc. 7251/2007-3, *Salexpor* contra AdC, disponível em dgsi.pt. Vide BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.); *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, 2016, página 86.

acordo, decisão ou prática concertada; (2.1.4.) o que é uma restrição por objeto ou por efeito; (2.1.5.) o que significa afetar a concorrência de forma sensível. O conceito de mercado relevante não é um critério disposto no artigo 101.º TFUE, mas trata-se de um conceito transversal a todo o direito da concorrência. Tendo em consideração que é impossível aplicar o Direito da Concorrência sem este conceito prévio considerámos que o ponto inicial desta análise deverá começar por uma brevíssima análise do (2.1.1) conceito de mercado relevante.

2.1.1. Conceito de Mercado Relevante³⁹

Como acima referimos, a aplicação do direito da concorrência está dependente da correta definição e aplicação do conceito de mercado relevante. Trata-se de um conceito-ferramenta que é utilizado como pedra basilar em qualquer análise jus-concorrencial, sendo, portanto, aplicável transversalmente, quer estejamos perante situações de análise de acordos, de abuso de posição dominante ou de concentrações.

O mercado relevante não é apenas um mercado geográfico; vai muito para lá do ponto de partida da geografia. Na realidade, o mercado relevante é uma mistura da análise dos conceitos de mercado geográfico e de mercado do produto.

O n.º 7 do artigo 9.º do Regulamento n.º 139/2004, relativo ao controlo das concentrações, define que *“o mercado geográfico de referência é constituído por um território no qual as empresas em causa intervêm na oferta e procura de bens e serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e que pode distinguir-se dos territórios vizinhos especialmente devido a condições de*

³⁹ As principais referências bibliográficas que utilizámos para este capítulo, para as quais remetemos para um estudo mais detalhado da matéria, foram: SOUSA FERRO, Miguel, *A definição de mercados relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Almedina, 2015; MOURA e SILVA, Miguel, *op. cit.*, páginas 582 e seguintes; JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, 2.ª Edição, Oxford, 2004, páginas 49 e seguintes; RITTER, Lennart; BRAUN, W. David; *European Competition Law – A Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 3.ª Edição, 2005, páginas 24 e seguintes.

*concorrência sensivelmente diferentes das que prevalecem nesses territórios”*⁴⁰. O mesmo dispõe ainda que “*nessa apreciação é conveniente tomar em conta, nomeadamente, a natureza e as características dos produtos ou serviços em causa, a existência de barreiras à entrada ou de preferências dos consumidores, bem como a existência, entre o território em causa e os territórios vizinhos, de diferenças consideráveis de quotas de mercado das empresas ou de diferenças de preços substanciais*”.

Esta disposição permite, desde logo, perceber que a análise do mercado relevante não é apenas a definição das linhas de fronteiras num mapa, sendo, portanto, necessário ter em consideração *o mercado do produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços consideradas permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida*⁴¹. São elencados vários critérios pela Comissão para verificação se dois produtos são permutáveis entre si, sendo para isso, entre outros, necessário recorrer a diversos critérios quantitativos⁴², como por exemplo a elasticidade cruzada da procura (i.e. verificar quando o preço do bem A aumenta, qual será a resposta da procura em relação ao bem B)⁴³.

Assim, existe a necessidade de conjugar duas dimensões distintas: o mercado geográfico e o mercado do produto, i.e. a sua substituíbilidade, a qual se afere tanto do lado da procura⁴⁴ como do lado da oferta⁴⁵.

⁴⁰ N.º 7 do artigo 9.º do Regulamento (CE) N.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE L24/1 de 29.01.2004, disponível em www.eurollex.eu

⁴¹ Comissão Europeia - Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, 97/C 372/03, JOUE C372/5 de 9 de dezembro de 1997.

⁴² Comissão Europeia - Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, *op. cit.*, parágrafo 39.

⁴³ MOURA e SILVA, *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial, op.cit.*, página 586.

⁴⁴ Como instrumento de análise foi instituído pela Comissão o teste SSNIP (*small but significant and non-transitory price increase*), com o propósito de medir qual seria a reação dos consumidores e dos concorrentes face a um aumento dos preços pequeno mas significativo e

2.1.2. Conceito de Empresa⁴⁶

A noção do que é uma empresa para efeitos da aplicação dos artigos 101.º (e também para o 102.º) do TFUE extrai-se de uma ampla jurisprudência do TJUE, onde foi sendo feita a delimitação deste conceito e que acabou por ter reflexos nas leis dos EM sobre concorrência.

Em Portugal, a atual LdC prevê no artigo 3.º a noção de empresa: “*Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”⁴⁷. Assim, na senda da jurisprudência europeia, foi construída uma norma na qual o conceito de empresa é apresentado como um conceito “*funcional, (...), abrangente, (...) afastando-se do conceito jurídico-formal de empresa, adoptando-se uma definição de empresa centrada no exercício de uma determinada actividade económica*”⁴⁸.

De facto, da análise da jurisprudência europeia constata-se que o conceito de empresa foi construído de forma muito abrangente, “*guiada pelo propósito de incluir sob a égide*

duradouro num determinado período de tempo. Este teste é baseado na ideia do monopolista hipotético.

⁴⁵ Neste ponto, pretende-se aferir a pressão que é exercido pelos concorrentes do lado da oferta, i.e. se outros fornecedores têm a capacidade de oferecer ao mercado um bem substituível (equivalente) num prazo de tempo curto sem incorrer em demasiados riscos ou custos suplementares – adaptação significa dos ativos corpóreos e incorpóreos existentes – para fazer face a um aumento de preço por parte do seu concorrente que está sob análise.

⁴⁶ As principais referências bibliográficas que utilizámos para este capítulo, para as quais remetemos para um estudo mais detalhado da matéria, foram: JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *op. cit.*, páginas 107 a 127; TRABUCO, Cláudia; *Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa*, artigo disponível no livro *Contratação Pública e Concorrência*, Cláudia Trabuco, Vera Eiró, Almedina (Org.), 2014; WISH, Richard; *op. cit.*, páginas 80 a 91; RITTER, Lennart; BRAUN, W. David; *op. cit.*, página 43 e seguintes.

⁴⁷ Na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (anterior LdC), a noção de empresa estava prevista no n.º 1 do artigo 2.º, cujo texto era idêntico.

⁴⁸ BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *op. cit.*, página 32

*da aplicação das regras de concorrência, e obviamente sob o controlo dos referidos tribunais, um conjunto muito significativo e diverso de entidades*⁴⁹.

Na realidade, o conceito de empresa é um conceito económico, mais do que um conceito jurídico. Podemos definir uma empresa como uma entidade (organização) que exerce uma atividade económica, a título oneroso, de maneira duradoura e independente, sendo irrelevante “*do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”⁵⁰.

Nas palavras de Cláudia TRABUCO, “*o cerne da noção em causa encontra-se, pois, no desenvolvimento de uma actividade económica, que faz apelo a três elementos essenciais: (i) a oferta de bens ou serviços no mercado; (ii) a assunção pela entidade de um risco económico e o desenvolvimento de uma actividade com potencial de lucro; e, (iii) a irrelevância da configuração jurídica da entidade e do seu respectivo modo de financiamento*”⁵¹.

Creemos que para o estudo deste conceito, é necessário decompor esta definição e, simultaneamente, fazer uso da Jurisprudência do TJUE para a desenvolver. Na realidade, o conceito de empresa foi construído jurisprudencialmente de forma muito abrangente⁵².

Primeiramente, para ser uma empresa, terá que ser tida em consideração a atividade económica a título oneroso. Uma empresa corresponde a uma entidade que exerce uma

⁴⁹ TRABUCO, Cláudia, *op. cit.*, página 20.

⁵⁰ BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.); *op. cit.*, página 32.

⁵¹ TRABUCO, Cláudia; *op. cit.*, página 21.

⁵² Por exemplo, podemos referir do Acórdão *Nungesser*, no qual um conjunto de pessoas que constituíram uma sociedade em comandita foram considerados como empresa para efeitos de aplicação do artigo 85.º do Tratado (hoje 101.º TFUE). Proc. n.º 258/78 - *Arrêt de la Cour du 8 juin 1982 - L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele contre Commission des Communautés européennes, Recueil de jurisprudence 1982 page 02015*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>. A versão deste acórdão não se encontra disponível em língua Portuguesa.

atividade económica num determinado mercado, independentemente da sua natureza jurídica⁵³.

Neste âmbito, consideramos relevante focar o emblemático Acórdão *Höfner et Elser*. Para contextualizar este aresto, importa mencionar que, de acordo com a Lei Alemã, a promoção de emprego estava a cargo de um organismo, a *Bundesanstalt für Arbeit* (doravante abreviadamente designada por “AFG”), que era uma agência pública que detinha o monopólio de recrutamento. Esta agência federal tolerava a existência de algumas empresas privadas de recrutamento desde que as mesmas se dedicassem ao recrutamento do nicho de mercado de executivos de empresas. No caso concreto, o litígio surgiu porque uma empresa que usou os serviços de recrutamento de uma empresa privada de recrutamento recusou pagar os honorários pelo serviço, alegando que a empresa de recrutamento violou a exclusividade dos direitos de recrutamento da AFG. Nos tribunais alemães ficou estabelecido logo à partida que um contrato celebrado em violação da lei alemã é um contrato nulo.

A pedra de toque deste aresto encontra-se na passagem em que o TJUE refere que “*deve esclarecer-se, a este respeito, que no âmbito do direito da concorrência o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. A actividade de mediação de emprego é uma actividade económica*”⁵⁴.

Do *supra* citado Acórdão retira-se a conclusão de que o estatuto legal da empresa não assume qualquer importância para fins da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Isto

⁵³ V. artigo 3.º, n.º 1 da LdC em vigor. Como exemplo jurisprudencial, podem referir-se os emblemáticos arestos do TJUE: Ac. do TJUE (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, Proc. C-41/90, Colectânea da Jurisprudência, 1991 I-01979 e Ac. do TJUE de 17 de Fevereiro de 1993, *Christian Poucet contra Assurances générales de France e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Processos apensos C-159/91 e C-160/91. Colectânea da Jurisprudência 01993 I-00637 todos disponíveis em <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁴ Ac. do TJUE (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, Proc. C-41/90, Colectânea da Jurisprudência, 1991 I-01979, disponível em <http://curia.europa.eu/>, parágrafo 21.

significa que a noção de empresa engloba não somente as sociedades comerciais (legalmente constituídas para esse fim), mas também entidades públicas que desempenhem, nem que seja parcialmente, uma atividade económica, tal como pessoas privadas, como por exemplo profissionais liberais⁵⁵.

Importa esclarecer o que se pretende dizer com a expressão acima referida “ainda que parcialmente”. A noção de empresa é relativa, o que significa que uma entidade pode ser qualificada como uma empresa para efeitos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE para apenas algumas atividades⁵⁶.

Outra conclusão prende-se com a atividade económica. Para o TJUE uma entidade que ofereça bens ou serviços no mercado, exercendo por isso uma atividade económica, é uma empresa e, logo, está sujeita à aplicação das regras de concorrência. Deste modo, o relevante é verificar se a atividade que é desenvolvida tem características suficientes para poder ser considerada uma atividade económica por natureza⁵⁷. Para tal, é essencial que a entidade em causa assuma riscos económicos e tenha potencial lucrativo, “*aferido em abstracto e normalmente sob a forma de resposta à questão de saber se a atividade em causa poderia, em princípio, ser desenvolvida por uma empresa privada com um intuito lucrativo*”⁵⁸.

Para além do contrato de trabalho e do contrato com o consumidor final, existem circunstâncias onde o conceito de atividade e, conseqüentemente, de empresa é afastado pelo TJUE. Estamos a falar essencialmente de atividades de poder público. Então, quais são as circunstâncias que fundamentam a não aplicação do conceito de empresa a uma entidade que exerce uma atividade que não é considerada económica? A Jurisprudência

⁵⁵ WISH, Richard, *op. cit.*, página 83.

⁵⁶ *To the formula in Höfner should be added a further point: that a particular entity should be acting as an undertaking when carrying out certain of its functions but not acting as an undertaking when carrying out others, Vide WISH, Richard; Competition Law, op. cit.*, página 82.

⁵⁷ Neste sentido V. WISH, Richard; *op. cit.*, página 82 e seguintes; V. TRABUCO, Cláudia; *op. cit.*, páginas 20 e seguintes;

⁵⁸ TRABUCO, Cláudia; *op. cit.*, página 23.

tem vindo a declarar que uma entidade não é uma empresa a partir do momento que exerce uma função que constitui uma prerrogativa de interesse público.

No âmbito das atividades de interesse público existem situações em que estamos perante uma atividade intimamente ligada ao *jus imperium* do Estado, i. e. ao poder administrativo do Estado⁵⁹.

Para fazer corretamente a delimitação negativa⁶⁰ do conceito, é necessário abordar alguns acórdãos chave sobre a matéria em apreço. Podemos elencar, como primeiro exemplo, o acórdão *Eurocontrol*⁶¹. Neste aresto o organismo internacional Eurocontrol não foi considerado uma empresa porque a natureza das suas atividades de cobrança de taxas pelas rotas (situação na base da disputa judicial) não se podia dissociar das atividades de interesse público exercidas por esta entidade como uma autêntica autoridade pública.

No Acórdão *Diego Cali*⁶² estava em causa a delegação da administração do Porto de Génova em algumas empresas privadas para vigilância da poluição tendo em vista a proteção do meio ambiente. O TJUE veio a considerar que a vigilância marítima, tendo em vista o controlo da poluição e a proteção do meio ambiente, é uma prerrogativa de interesse público que se encontra na esfera de atuação do Estado, pelo que não se encontra abrangida pelo disposto no artigo 101.º do TFUE (na altura 81.º do TCE).

⁵⁹ WISH, Richard, *op. cit.*, página 84 e 85. Também existem outras situações em que a linha que as distingue é mais ténue porque estaríamos a falar do Estado como agente económico (e.g. caminhos de ferro, infraestruturas de transportes).

⁶⁰ A este propósito ver BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.); *op. cit.*, página 35.

⁶¹ Ac. do TJUE de 19 de Janeiro de 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol*, Proc. C-364/92, Colectânea da Jurisprudência 1994, I-00043. Neste ponto ver também JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *op. cit.*, página 113.

⁶² Ac. do TJUE de 18 de Março de 1997, *Diego Cali & Figli Srl contra Servizi ecologici porto di Genova SpA*, processo C-343/95, Colectânea da Jurisprudência 1997, p.I-01547, disponível em <http://curia.europa.eu/>

Já no Acórdão *Poucet et Pistre*⁶³, o TJUE excluiu do conceito de empresa organismos encarregues de gerir pensões de segurança social de afiliação obrigatória, não vocacionados para o lucro, mas fundamentados na solidariedade social e que preenchem uma função de carácter exclusivamente social.

Por último, reportamo-nos sucintamente à matéria relativa aos grupos de empresas e à independência económica. Como acima vimos, a noção de empresa do ponto de vista económico não é igual ao ponto de vista jurídico. Neste sentido, é necessário olhar para os grupos de empresas da seguinte forma: quais são os grupos de empresas que em si formam uma única empresa (por inexistência de independência), visto que o artigo 101.º, n.º 1 não se poderá aplicar a estes. Para tanto é necessário olhar à realidade do controlo da empresa, ou seja, quem decide os comportamentos da(s) empresa(s) no mercado. No caso de existência de um grupo de empresas, constituído por entidades jurídicas distintas, é necessário aferir a entidade que controla o grupo, tendo por base uma visão económica do conceito de empresa. No emblemático Acórdão *Viho*⁶⁴ ficou claro que para a apreciação da aplicação, ou não, do artigo 101.º do TFUE, a conduta unificada das casas mãe e das suas subsidiárias a 100% releva mais do que a separação formal entre as empresas. Isto significa que os acordos entre empresas que atuem como

⁶³ Ac. do TJUE de 17 de Fevereiro de 1993, *Christian Poucet contra Assurances générales de France e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, Processos apensos C-159/91 e C-160/91, Colectânea da Jurisprudência 1993, I-00637, disponível <http://curia.europa.eu/>. Neste Acórdão sublinhamos com especial atenção os parágrafos 18 e 19: “*Ora, as caixas de doença ou os organismos que contribuem para a gestão do serviço público da segurança social desempenham uma função de carácter exclusivamente social. Essa actividade é, com efeito, baseada no princípio da solidariedade nacional e desprovida de qualquer fim lucrativo. As prestações pagas são prestações legais independentes do montante das contribuições. Daqui resulta que essa actividade não é uma actividade económica e que, por isso, os organismos que dela são encarregados não constituem empresas, na acepção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado*”. O mesmo raciocínio foi seguindo no Ac. do TGUE 4 de Março de 2003, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) contra Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. T-319/99, Colectânea da Jurisprudência 2003, II-00357, disponível <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁴ Ac. do TJUE (Sexta Secção) de 24 de Outubro de 1996, *Viho Europe BV* contra Comissão das Comunidades Europeias, proc. C-73/95 P., Colectânea da Jurisprudência 1996 I-05457, disponível em <http://curia.europa.eu/>.

uma realidade unificada não são abrangidos pelo artigo 101.º TFUE porque não estamos perante entidades distintas⁶⁵.

2.1.3. O conceito de Acordo entre empresas, decisão ou prática concertada

Quanto aos tipos de acordo, verificamos que existem acordos horizontais, i.e., entre empresas que se situam no mesmo patamar de mercado, e acordos verticais, i.e., entre empresas que operam a um nível diferente da cadeia de distribuição. Sem prejuízo de uma explicação genérica do conceito, face ao teor do nosso trabalho, debruçar-nos-emos sobre os acordos verticais.

Em primeiro lugar, importa realçar que não estamos de forma alguma perante comportamentos unilaterais. Estes comportamentos unilaterais estão na génese da diferença entre o artigo 101.º e 102.º do TFUE, em que o primeiro pressupõe um acordo (uma concertação de vontades) e o segundo foca-se em comportamentos unilaterais, que, usualmente, podem ser prejudiciais caso a empresa esteja em posição dominante.

O conteúdo da noção é bastante *lato*, visto que abrange qualquer forma de cooperação, formal ou informal, oral ou escrita, expressa ou tácita, voluntária ou vinculativa. O requisito basilar e comum é a existência de um concurso de vontades.

⁶⁵ Sobre a matéria em apreço também podemos fazer referência ao Ac. do TGUE (Quinta Secção) de 11 de Dezembro de 2003, processo T-66/99 (*Minoan Lines*), parágrafos n.º 121 a 122, disponível em <http://curia.europa.eu/> onde se refere que: “*Já foi igualmente declarado que essa entidade económica consiste numa organização unitária de elementos pessoais, corpóreos e incorpóreos que prossegue, de forma duradoura, um objectivo económico determinado, organização esta que pode concorrer para a prática de uma infracção prevista no artigo 85.º, n.º 1. É, pois, acertadamente que, quando um grupo de sociedades constitui uma só e única empresa, a Comissão imputa a responsabilidade de uma infracção cometida por essa empresa e aplica uma coima à sociedade responsável pela acção do grupo no quadro da infracção (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Shell/Comissão, T-11/89, Colect., p. II-757, n.º 311)*”. Neste ponto ver também JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *op. cit.*, página 123 a 125.

Como se pode verificar da singela análise do próprio título do presente subcapítulo, resultam do disposto no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE três tipos de concertação de vontades, a saber: (i) o acordo; (ii) a prática concertada; (iii) a decisão de associação de empresas.

i. O acordo

Um acordo é um concurso de vontades (*meeting of minds*, nas palavras do TGUE e do TJUE utilizadas no processo Bayer Adalat⁶⁶ e respetivo recurso), que, no caso que nos interessa,⁶⁷ é celebrado entre empresas que não se encontram ao mesmo nível na cadeia de distribuição. Tal como já referido, para que esteja sob a alçada do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE não existe a necessidade de formalismos legais, ou seja, o acordo pode ser celebrado oralmente ou pode tratar-se de um acordo tácito. A definição de acordo é bastante *lata*: podemos estar perante um acordo de licenciamento de direitos de propriedade intelectual; um acordo para pôr fim a litígio de patentes; um mero acordo de cavalheiros; um entendimento; orientações; protocolos; ou mesmo um acordo verbal. Em nenhuma destas situações o acordo precisa de ser juridicamente obrigatório e “executável”⁶⁸.

Fazendo, também, uso da Jurisprudência Portuguesa, *a noção de acordo não resulta expressamente da Lei da Concorrência mas quer a doutrina quer a jurisprudência, nacional e comunitária, são unânimes no conteúdo a dar a este conceito: está em causa uma noção muito ampla que abrange todos os contratos que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes como os simples acordos, independentemente da forma que revistam (...) Um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é,*

⁶⁶ Ac. do TJUE de 6 de Janeiro de 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure* e Comissão das Comunidades Europeias contra *Bayer AG*, Processos apensos C-2/01 P e C-3/01 P, Colectânea da Jurisprudência, 2004 I-00023. Processo de Recurso de decisão do TGUE processo n.º T-41/96, ambos disponíveis em <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁷ Também podem existir acordos horizontais (ex. cartéis) mas tais acordos não estão dentro do escopo do nosso trabalho.

⁶⁸ WISH, Richard; *op. cit.*, página 82.

*pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática (...)*⁶⁹.

Para delimitar de forma negativa o conceito de acordo apelamos à memória do subcapítulo anterior em que abordámos o conceito de empresa para recordar que um acordo entre empresas intra-grupo, i.e., quando uma sociedade-mãe e as suas subsidiárias formam uma unidade económica no interior da qual as subsidiárias não têm autonomia real na determinação da sua linha de ação no mercado, não é um acordo⁷⁰ para efeitos da aplicação do artigo 101.º do TFUE e correspondente legislação nacional.

Afinal, o que é um acordo vertical? Um acordo vertical constitui um acordo celebrado entre duas ou mais empresas em que cada uma delas opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição⁷¹.

À semelhança do que temos feito para contextualizar o conceito de acordo, será necessário recorrer, ainda que sinteticamente, à jurisprudência do TJUE para ilustrar exemplificativamente o que é um acordo vertical.

No acórdão *AEG-Telefunken*⁷², a sociedade AEG foi condenada por ter recusado a entrada de um distribuidor num sistema de distribuição seletiva. Aparentemente, a

⁶⁹ Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 2 de Maio de 2007, *Vatel, Salexpor, Aveirense e Salmex c. AdC*, proc. 965/06.9TYLSB in Botelho Moniz, Carlos (coord.); *op. cit.*, página 87.

⁷⁰ A título de exemplo V. o já *supra* citado Ac. do TJUE (Sexta Secção) de 24 de Outubro de 1996, *Viho Europe BV* contra Comissão das Comunidades Europeias, *op. cit.*, disponível em <http://curia.europa.eu/>.

⁷¹ Nos termos exatos da definição patente no artigo 1.º alínea a) do Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JOUE de L 102/1, 23.4.2010, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/> - “Acordo vertical”, *um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.*

recusa em permitir a entrada num sistema de distribuição seletiva não parece estar relacionada com o conceito de acordo, mas porque existia um acordo vertical com outros distribuidores no qual a AEG fundou a sua recusa; conclui-se, então, que foi a aplicação desse mesmo acordo que esteve na base da recusa da entrada de um novo distribuidor num sistema de distribuição seletiva e, como tal, foi esse acordo que criou o problema jus-concorrencial subjacente a toda a situação.

Outro exemplo é o acórdão *Ford*⁷³, onde, mais uma vez, estamos perante um problema jus-concorrencial relacionado com um acordo vertical. Nesta situação, a Ford vendia as suas viaturas a intermediários em diversos países europeus, nos quais existiam diferenças de preços substanciais. A *Ford* verificou que existia uma encomenda de grandes proporções de veículos *Ford* na Alemanha com origem no Reino Unido, pelo que decidiu recusar a entrega desses mesmos veículos encomendados ao distribuidor Alemão, mas cujo destino eram clientes do Reino Unido. Neste caso, o produtor recusou fornecer o distribuidor porque percebeu que existia uma forte probabilidade da exportação paralela do seu produto.

Um dos principais arestos nesta matéria é o célebre Acórdão *Bayer Adalat*⁷⁴. Neste Acórdão está em causa o mercado de medicamentos, o qual é extremamente regulado e sujeito à interferência dos EM, até porque estes últimos são, muitas vezes, o principal pagador dos produtos (medicamentos). No mercado dos medicamentos existe um enorme incentivo à venda paralela entre EM pelo simples facto de os preços entre os diferentes mercados serem díspares. Resumidamente, no caso em apreço verificam-se um forte comércio paralelo entre os distribuidores em Espanha que exportavam em

⁷² Ac. do TJUE de 25 de Outubro de 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo 107/82, Colectânea da Jurisprudência 1983 03151, disponível em <http://curia.europa.eu/>

⁷³ Ac. do TJUE de 17 de Setembro de 1985, *Ford - Werke AG e Ford of Europe Inc.* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos 25 e 26/84, Colectânea da Jurisprudência, 1985 02725, disponível em <http://curia.europa.eu/>

⁷⁴ Ac. do TJUE de 6 de Janeiro de 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e Comissão das Comunidades Europeias contra Bayer AG*, Processos apensos C-2/01 P e C-3/01 P, Colectânea da Jurisprudência, 2004 I-00023. Proc. de TGUE T-41/96, ambos disponíveis em <http://curia.europa.eu/>

grande quantidade o medicamento *Adalat* para o Reino Unido. Face a esta situação, a Bayer decidiu vender em Espanha apenas as quantidades que considerou suficientes para abastecer o mercado (tal como em Portugal, por imposição legal, o mercado deverá estar sempre abastecido, e é responsabilidade tanto do titular da Autorização de Introdução no Mercado do medicamento como do distribuidor mantê-lo assim). A Comissão considerou que a *Bayer* tinha feito um acordo com os distribuidores tendo em vista afetar o comércio paralelo⁷⁵. Pelo contrário, o TGUE considerou que estávamos perante um ato unilateral da *Bayer*, até porque os distribuidores espanhóis não estavam minimamente contentes com tal decisão (como se pode calcular, o comércio paralelo de medicamentos nas situações em que se verificam diferenças de preços muito grandes entre EM é extremamente lucrativa para os distribuidores). O TGUE afirmou que não existia um ‘*meeting of minds*’ entre a *Bayer* e os seus distribuidores, até porque os próprios distribuidores não podiam estar de acordo com algo que não queriam e ia contra os seus intentos. Logo, a tese da Comissão que tinha fundamentado a sua decisão na existência de acordo entre a *Bayer* e os seus distribuidores foi rejeitada, tanto pelo TGUE, como em sede de recurso pelo TJUE.

Escolhemos abordar resumidamente estes arestos para ilustrar, no âmbito da definição de acordo, a existência de uma zona cinzenta na apreciação de acordos verticais, onde é complicado descortinar a fronteira entre determinadas situações, como exemplificámos acima⁷⁶, sendo, portanto, fundamental analisar a realidade económica subjacente a cada acordo

ii. A prática concertada⁷⁷

Tendo em consideração o âmbito do trabalho, não iremos desenvolver o tema das práticas concertadas, mas não podemos deixar de focar sumariamente alguns pontos-chave.

⁷⁵ O comércio paralelo não é ilegal.

⁷⁶ Sobre a análise dos Acórdãos *Ford*, *AEG* e *Bayer V. WISH*, Richard, *op. cit.*, página 103 a 106.

⁷⁷ As principais referências bibliográficas utilizadas sobre esta matéria foram: BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.); *op. cit.*. WISH, Richard, *op. cit.*, página 99 a 102.

O conceito de prática concertada⁷⁸ implica a existência de uma forma de coordenação entre empresas sem a existência de um acordo efetivo, mas onde as mesmas eliminaram conscientemente os riscos de concorrência normais através de uma cooperação que lhes permite obter vantagens que de outra forma não obteriam⁷⁹.

Os elementos característicos de uma prática concertada são (i) a existência de contactos diretos ou indiretos entre empresas concorrentes, (ii) suscetíveis de eliminar ou diminuir substancialmente as incertezas próprias do comércio, (iii) tendo em vista moldar a conduta comercial das empresas concorrentes, (iv) dando lugar a um nexo de causalidade entre os contactos/trocas de informações e a efetiva conduta comercial dos concorrentes.

Para reconhecer uma prática concertada, é preciso identificar um contacto entre concorrentes onde se verifique uma troca de informações relevantes (como por exemplo informações relativa a preço e clientes)⁸⁰. A grande dificuldade subjacente a este tema, tanto ao nível das decisões da Comissão como, necessariamente, do ponto de vista

⁷⁸ Como exemplos típicos dessa prática podemos realçar a transmissão de informação sobre preços tendo em vista a sua fixação, a divisão do mercado de forma geográfica, limitações de oferta para manter a procura face a oferta, manipulação de concursos públicos.

⁷⁹ Para uma definição jurisprudencial de prática concertada *vide* Ac. do TJUE de 14 de Julho de 1972, proc. n.º 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd* (“ICI”) contra a Comissão Europeia, parágrafos n.ºs 64 a 68, disponível em <http://curia.europa.eu/>. No contexto deste acórdão o mercado dos corantes tem uma flexibilidade limitada o que desde logo incrementa em muito a situação adveniente da concertação de preços. A este propósito analisar parágrafo 117 e seguintes do *supra* referido Acórdão.

⁸⁰ As regras de concorrência impedem que um operador económico contacte com os seus concorrentes com o propósito da eliminação prévia de toda a incerteza quanto à respectiva futura conduta recíproca no mercado. Nas palavras do TJUE, “*embora seja permitido a cada produtor modificar livremente os seus preços e ter em consideração, para este efeito, o comportamento, actual ou previsível, dos seus concorrentes, é em contrapartida contrário às regras da concorrência do Tratado que um produtor coopere com os seus concorrentes, seja de que forma for, para determinar uma linha de acção coordenada relativa a um aumento de preços e para assegurar o seu êxito mediante a eliminação prévia de qualquer dívida quanto ao comportamento recíproco relativo aos elementos essenciais desta acção, tais como nível, objecto, data e local dos aumentos*”. Ac. do TJUE de 14 de Julho de 1972, processo n.º 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd* (“ICI”) contra a Comissão Europeia, parágrafo n.º 118, disponível em <http://curia.europa.eu/>.

jurisprudencial, é a distinção entre o paralelismo de comportamento e a existência de efetiva prática concertada⁸¹.

iii. As decisões de associações de empresas

As decisões de associações de empresas não são mais do que uma outra forma de práticas concertadas que têm por base boa parte do que referimos resumidamente no ponto imediatamente acima do presente subcapítulo. Assim, e atendendo às balizas por nós definidas quanto à matéria, não iremos desenvolver a presente matéria⁸².

2.1.4. A noção de restrição por objeto e por efeito⁸³

Em primeiro lugar, sublinhamos que este ponto do nosso trabalho apresenta especial interesse visto que é nosso intento analisar o estado da arte e, em simultâneo, pugnar por uma aplicação do Direito da Concorrência menos dogmática e mais fundada na análise económica do caso concreto. Para isso é fundamental distinguir uma restrição por objeto de uma restrição por efeito.

Nos termos do estatuído no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE é necessário distinguir dois tipos de restrições, (i) as restrições por objeto e (ii) as restrições por efeito.

- As restrições por objeto são, à partida, sempre proibidas, porque o objeto do acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas é sempre restringir a concorrência.

⁸¹ Nos termos da Jurisprudência adveniente do famoso Ac. *Woodpulp*, “para determinar o valor probatório destes diversos elementos, deve notar-se que um paralelismo de comportamento não pode ser considerado como fazendo prova de uma concertação, a menos que a concertação constitua a única explicação plausível para esse comportamento”. Ac. do TJUE (Quinta Secção), de 31 de Março de 1993, comumente conhecidos como Acórdãos pasta de papel, processo juntos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 e C-129/85, Colectânea da Jurisprudência 1994 I-00099, parágrafo 71, disponível em <http://curia.europa.eu/>

⁸² Para uma análise mais completa sobre a matéria sugerimos a leitura de MOURA E SILVA, *op. cit.*, páginas 386 a 398.

⁸³ Principal referência bibliográfica utilizada: WISH, Richard, *op. cit.*, páginas 106 e seguintes.

- As restrições por efeito não são restrições *per se*, mas o efeito do acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas poderá restringir a concorrência, o que implica necessariamente uma análise casuística da situação.

Sucintamente, é manifesto que um contrato que contenha restrições por objeto⁸⁴, à partida viola o disposto no 101.º, n.º 1 do TFUE (9.º, n.º 1 da LdC) *per se* e é improvável que consiga cumprir os critérios que permitam excluir tal violação. Por outro lado, é evidente que um contrato que contenha uma possível restrição por efeito necessitará de uma análise casuística fundada nos efeitos da restrição em análise. Não podemos deixar de referir que são poucas as regras de Direito da Concorrência que foram tão claras e imutáveis ao longo do tempo.

A divisão entre estes dois tipos de restrições aporta um benefício inequívoco para as empresas e para todos os intervenientes nesta matéria. Existe uma panóplia de restrições que estão marcadas como restrições por objeto e necessariamente fazem disparar um “alerta vermelho” aquando na análise do contrato. Isto não significa que não se possa verificar a eventual aplicação do disposto no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE ao respetivo acordo mas, à partida, tal aplicação será de difícil fundamentação. Na realidade, cabe aos Tribunais e à Comissão também apreciar o tipo de acordo de forma casuística, com base na natureza do acordo à luz do legalmente previsto e da prática jurisprudencial e, em última análise, verificar se o artigo 101.º, n.º 3 é aplicável.

Numa frase, poderíamos dizer que as restrições por objeto trazem um patamar de segurança jurídica, visto que foi aí que o legislador delineou as “linhas vermelhas” (neste caso, “pretas”, visto que este tipo de restrições são usualmente designadas como “*blacklist*”). Podemos citar um Acórdão de referência mais recente no qual é dito, taxativamente, que, “*para apreciar se um acordo é proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é por conseguinte supérflua quando se verifique que o acordo tem por objectivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no*

⁸⁴ A aplicação das restrições por objeto a acordos verticais iniciou-se nos anos 60 do século passado no célebre Ac. do Tribunal de 13 de Julho de 1966, C-56/64 - *Consten e Grundig*/Comissão da CEE, Processos apensos 56 e 58-64, Colectânea da Jurisprudência 1966 00429, <http://curia.europa.eu/>.

mercado comum”. E continua o mesmo aresto ao afirmar que “*a distinção entre «infracções pelo objectivo» e «infracções pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correcto e normal da concorrência*”⁸⁵. Deste modo, enquanto nas restrições por objeto estamos perante uma restrição que pela sua natureza tem alto potencial restritivo (uma presunção ilidível), numa restrição por efeito será necessário avaliar os seus efeitos no mercado. Tal significa que já não é feita apenas uma análise jurídica da cláusula do contrato, mas uma análise complementar entre o direito e a economia, tendo em vista apurar se determinado contrato terá por efeito restringir a concorrência.

Por fim, sem pretender desenvolver em pormenor este tema, sublinhamos que a Comissão desde a reforma iniciada no final dos anos 90 do século passado, começou por dar alguma primazia (pelo menos de um ponto de vista conceptual) à necessidade de dar mais atenção às restrições por efeito. Sobre este ponto gostaríamos de realçar que, tendo em consideração que defendemos uma análise fundada na realidade económica do contrato, consideramos de todo relevante uma abordagem que tenha por base a verificação dos efeitos da restrição em apreço; de facto a análise mais formalista de uma restrição por objeto tem a vantagem da segurança jurídica e da maior facilidade de análise (até de um ponto de vista processual) mas aporta uma desvantagem que é o risco de se considerar nulo um acordo que na prática não produz quaisquer efeitos perniciosos para o regular funcionamento do mercado. Por esse motivo, a doutrina económica tem, não poucas vezes, discutido a dicotomia que existe entre a presunção legal e a análise individual de cada caso⁸⁶.

⁸⁵ C-209/07 – Comissão Europeia vs. *Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, disponível em www.curia.eu, parágrafos 16 e 17.

⁸⁶ Sobre este assunto *Vide*, WITT, Anne C., *The Enforcement of article 101 TFUE: What has happened to the effects analysis?*, in *Common Market Law Review*, n.º 47, 2018, páginas 417-448. A nosso ver a autora escreve uma interessantíssima e aprofundada análise deste tema, neste artigo bastante atual. Em síntese, parece-nos que a autora chegou a conclusão que não obstante a defesa teórica, por parte da Comissão, de uma abordagem mais fundada nos efeitos das restrições na prática a maioria das decisões são em casos onde está em causa uma restrição por objeto e onde a Comissão centraliza a sua fundamentação nessa realidade, afastando-se da análise dos efeitos de tal restrição.

2.1.5. Suscetibilidade de afetar o comércio entre Estados Membros – A noção de restrição sensível da concorrência

Sem pretender um afastamento do tema da distribuição comercial, no ponto em apreço afigura-se indispensável falar na restrição da concorrência no âmbito do mercado comum, i.e., que afete o comércio entre EM. No fundo, estamos perante a análise da extensão geográfica da aplicação do direito europeu da concorrência.

Ao abordar o conceito de suscetibilidade de afetar o comércio, consideramos essencial laborar sobre a noção de restrição da concorrência.

No direito europeu nem todas as restrições da concorrência são vistas, à partida, como sendo proibidas. Desde o Acórdão *Völk*⁸⁷ que o TJUE introduziu a ideia dos acordos *de minimis*, isto é, acordos de importância reduzida que não produzem efeitos suficientes para justificar a aplicação do disposto no artigo 101.º do TFUE⁸⁸. A comunicação⁸⁹ *de minimis* que prevê a existência de patamares mínimos para restrições horizontais (10%) e verticais (15%). Não obstante a existência destes patamares, há determinados tipos de

⁸⁷ Ac. do TJUE de 9 de Julho de 1969, *Franz Völk* contra *SPRL Ets J. Vervaecke*, Processo 5-69, Colectânea da Jurisprudência, 1969 00295, disponível em <http://curia.europa.eu/>

⁸⁸ Sobre esta matéria não podemos deixar de focar o Ac. C-226/11 - *Expedia Inc.*, no qual é decidido que “o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE], devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma autoridade nacional em matéria de concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não atinja os limiares fixados pela Comissão Europeia na sua Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º [CE] (de minimis), desde que esse acordo constitua uma restrição sensível da concorrência no sentido dessa disposição” (sublinhado nosso).

⁸⁹ A este propósito sublinhamos que a comunicação *de minimis* não tem o mesmo valor jurídico que um regulamento comunitário, o que desde logo produz efeitos aquando da aplicação jurisprudencial desta orientação, mormente junto do TJUE.

restrições que são consideradas restrições *per se*⁹⁰. Isto significa que o conceito de *minimis* não se aplica às restrições por objeto. Estas restrições são consideradas na gíria de língua inglesa do direito da concorrência como “*hard core restrictions*”, constantes da lista negra de restrições.

Existe outro tipo de restrições que são as chamadas restrições acessórias, as quais estão necessariamente ligadas a uma transação comercial que, em princípio, é legítima. Por exemplo, uma cláusula de não concorrência no âmbito de uma cessão de partes sociais de uma sociedade comercial seria teoricamente contrária ao disposto no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, mas poderá não ser problemática⁹¹.

Afetar de forma sensível o comércio entre Estados Membros é uma das condições referidas pelo artigo objeto deste estudo.

Para finalizar este breve resumo sobre este conceito, importa frisar três ideias:

- a) a noção de comércio entre EM sempre foi aplicada de forma mais ampla possível e engloba mercadorias, serviços e capitais;
- b) o termo *susceptível* indica uma situação potencial, isto é, aquela situação pode potencialmente afetar o comércio;
- c) por último, convém sublinhar que o termo *afetar* é um termo neutro. No Acórdão Consten/Grundig⁹², o TJUE refere que a expressão “afetar” é neutra porque até poderá significar um impacto positivo no comércio.

⁹⁰ No que aos acordos verticais diz respeito estamos a falar de acordos de fixação de preço, proteção territorial absoluta do distribuidor, RPM e determinadas formas de distribuição seletiva.

⁹¹ Se no âmbito de uma cessão de partes sociais de uma empresa é necessário elaborar uma cláusula de não concorrência a mesma não será ilegal se for proporcional, indispensável à realização do acordo e limitada no tempo - Ac. do TJUE (5.º Secção), de 11 de Julho de 1985, *Remia BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, processo n.º 42/84, *European Court Reports* 1985 - 02545, <http://eur-lex.europa.eu/> (versão portuguesa não disponível).

⁹² Ac. do TJUE de 13 de Julho de 1966, C-56/64 - *Consten e Grundig*/Comissão da CEE, Processos apensos 56 e 58-64, Colectânea da Jurisprudência 1966 00429, <http://curia.europa.eu/>, página 432.

2.1.6. O artigo 101.º, n.º 3 do TFUE/ o artigo 10.º da LdC⁹³

Como acima vimos, o artigo 101.º, n.º 3⁹⁴ do TFUE estabelece condições de não aplicação das proibições previstas no artigo 101.º, n.º 1 do mesmo diploma.

Analisar um acordo à luz do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, é um exercício que tem como objetivo determinar os efeitos pro-concorrenciais produzidos por esse mesmo acordo e que justificam a existência de algum efeito anti-concorrencial⁹⁵ (verificar se o efeito pró-concorrencial supera os efeitos anti-concorrenciais). Trata-se, portanto, de um exercício de análise para averiguar o equilíbrio entre os dois tipos de efeitos.

Para a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, é essencial ter em consideração o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais

⁹⁴ Recordamos que o artigo 101.º, n.º 3 estatui que *“as disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*

⁹⁵ Nas palavras da Comissão Europeia, *“nestas circunstâncias, uma apreciação à luz do artigo 81.º comporta duas partes. O primeiro passo consiste em avaliar se um acordo entre empresas, susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, tem um objectivo anticoncorrencial ou efeitos anticoncorrenciais reais ou potenciais. O segundo passo, que só é pertinente no caso de se concluir que o acordo restringe a concorrência, consiste em determinar quais os benefícios desse acordo para a concorrência e em avaliar se tais benefícios compensam os efeitos anticoncorrenciais. Esta análise do equilíbrio entre efeitos concorrenciais e anticoncorrenciais é efectuada exclusivamente no quadro definido pelo n.º 3 do artigo 81.º.* Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (Texto relevante para efeitos do EEE), JOUE C 101, 27.4.2004, p. 97–118, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

e práticas concertadas⁹⁶. Este regulamento substitui o Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, com o mesmo objeto.

Esta legislação estabeleceu determinados parâmetros para a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, assumindo-se que determinados acordos verticais são positivos do ponto de vista concorrencial. Nas palavras da Comissão, *“determinados tipos de acordos verticais podem melhorar a eficiência económica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, possibilitando uma melhor coordenação entre as empresas participantes; em especial, estes acordos podem conduzir a uma redução dos custos de transação e distribuição das partes e a uma optimização das suas vendas e níveis de investimento”*⁹⁷.

Por esse motivo, este regulamento estabelece um benefício de isenção por categoria, o qual *“deve ser reservado aos acordos verticais em relação aos quais se pode considerar com suficiente segurança que preenchem as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado”*⁹⁸. Dedicaremos um ponto específico ao Regulamento n.º 330/2010 mais adiante.

De um ponto de vista probatório, a parte que invoca o benefício estatuído no artigo 101.º, n.º 3 (no âmbito do direito nacional por via do n.º 2 do artigo 10.º da LdC) é a parte a quem compete fazer prova das quatro condições cumulativas, a saber: (i) ganhos de eficácia, (ii) uma parte razoável dos ganhos é reservado aos consumidores⁹⁹, (iii) carácter indispensável das restrições, (iv) não eliminação de concorrência.

⁹⁶ Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JOUE de L 102/1, 23.4.2010, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁹⁷ Ponto 6 do preâmbulo do Regulamento (UE) n.º 330/2010 *op. cit.*

⁹⁸ Regulamento (UE) n.º 330/2010 *op. cit.*, ponto 5 do preâmbulo.

⁹⁹ Cumpre esclarecer que este termo não pretende que apenas os consumidores finais sejam beneficiados com tais medidas mas todos os consumidores finais ou industriais que se encontrem a montante das partes que celebraram o acordo, como por exemplo um distribuidor ou um retalhista. Não fosse a legislação, as orientações da Comissão e a esmagadora da doutrina

i. Ganhos de eficácia

Na senda do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE o artigo 10.º da LdC estabelece que “*podem ser justificados os acordos entre empresas, (...), que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços para promover o desenvolvimento técnico ou económico*”. Podemos resumir este aspeto através da expressão “ganhos de eficácia”. Os ganhos de eficácia têm que ser determinados de forma objetiva¹⁰⁰, não devendo ser tomado em consideração o ponto de vista meramente subjetivo das partes¹⁰¹.

Os ganhos de eficácia podem ser relativos à redução de custos (por exemplo, economias de escala, sinergias entre empresas) ou ganhos de eficácia qualitativos (por ex. acordos relativos à transferência de tecnologia). Para além do exposto, será sempre necessário “*verificar se o nexo causal entre o acordo restritivo e os alegados ganhos de eficiência é suficiente*”¹⁰² e direto.

ii. Uma parte razoável dos ganhos é reservada aos consumidores

A ideia que está subjacente ao conceito de "parte equitativa" é a de que “*a repercussão dos benefícios deve, no mínimo, compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo, efectivo ou potencial, que a restrição da concorrência*” tem por via do acordo abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. “*O efeito líquido de um acordo deve ser, no mínimo,*

falar sempre em consumidores teríamos optado pelo uso do termo “utilizadores” ou “beneficiários” para que fique claro que não se pretende apenas aludir aos consumidores finais.

¹⁰⁰ Ac. do TJUE de 13 de Julho de 1966, C-56/64 - *Consten e Grundig*/Comissão da CEE, Processos apensos 56 e 58-64, Colectânea da Jurisprudência 1966 00429, <http://curia.europa.eu/>, página 503.

¹⁰¹ Ver, a este propósito, a decisão da Comissão de 11 de Março de 1998 relativa a um processo de aplicação dos (antigos) artigos 85.º e 86.º do Tratado CE no processos IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — *Vanden Bergh Foods Limited*, JOUE, L 246/1 de 4.9.1998, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁰² V. Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *op. cit.*, parágrafo 53.

neutro do ponto de vista daqueles [consumidores] que sejam directa ou indirectamente afectados pelo acordo”¹⁰³.

Isto significa que, se a condição dos consumidores no mercado piorar por via do acordo realizado a montante pelas empresas, então os efeitos positivos do acordo não compensam os efeitos nocivos do mesmo e, em consequência, o teste do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE não se encontra preenchido. Assim, o que é necessário é que os benefícios repercutidos a jusante sejam suficientes para compensar eventuais efeitos negativos do acordo restritivo (i.e., a análise do impacto global do acordo)¹⁰⁴.

iii. Carácter indispensável das restrições

Para apreciação da aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, é essencial avaliar o carácter indispensável das restrições. Nos termos das orientações da Comissão “*os acordos restritivos não devem impor restrições que não sejam indispensáveis para a obtenção dos ganhos de eficiência gerados pelo acordo em causa. Esta condição implica uma apreciação em função de dois critérios. Em primeiro lugar, o acordo restritivo, enquanto tal, deve ser necessário para a obtenção dos ganhos de eficiência. Em segundo lugar, as restrições individuais da concorrência decorrentes do acordo devem igualmente ser necessárias para a obtenção dos ganhos de eficiência*”¹⁰⁵. Isto significa que não poderá existir um meio económico razoável e menos restritivo de obter os ganhos de eficácia previstos pelo acordo, sob pena de não estarem preenchidos os requisitos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE – dito de outro modo, não estar comprovada a inexistência de uma alternativa menos restritiva.

¹⁰³ V. Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *op. cit.*, parágrafo 84.

¹⁰⁴ V. Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *op. cit.*, parágrafos 85 a 87.

¹⁰⁵ Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *op. cit.*, parágrafo 73 a 81.

iv. Não eliminação de concorrência

A análise da verificação deste último critério depende de duas etapas prévias: (i) a existência de concorrência no mercado relevante antes da conclusão do acordo e (ii) que tipo de concorrência existirá nesse mesmo mercado após a conclusão do acordo. A pergunta de base neste ponto será sempre saber em que condições de mercado ficam as empresas que não fazem parte do acordo.

Importa sublinhar que a Comissão atribui relevo à existência ou não de barreiras de entrada¹⁰⁶ no mercado relevante em apreço como uma forma de apreciar ou não a eliminação de concorrência, neste caso, potencial¹⁰⁷.

2.2 O Regulamento n.º 330/2010 da Comissão

Uma forma de agilizar os procedimentos de avaliação das restrições verticais aquando da reforma do Direito da Concorrência iniciada no final dos anos 90 do século passado foi a criação de blocos de isenção para determinados tipos de acordos verticais – o designado regulamento de isenção por categoria. Segundo Maria Paula dos Reis Vaz FREIRE, “o sistema de blocos de isenção, para isentar automaticamente certas categorias de acordos, foi assim o mecanismo encontrado para reduzir o trabalho da Comissão, - possibilitando que esta instituição se concentrasse, de forma mais eficaz e célere, na apreciação de processos individuais (...). Outro importante fator, tal como refere a autora *supra* citada, é que “a criação de blocos de isenção, através de tipificação de situações, ou de categorias de acordos que beneficiam daquela presunção de legalidade, introduz uma maior segurança jurídica (...)”¹⁰⁸. Assim, na senda da reforma do Direito da Concorrência, o antecessor do Regulamento n.º 330/2010, o Regulamento n.º 2790/99, teve um impacto bastante positivo face aos

¹⁰⁶ A título de exemplo, estamos a falar de custos de investimento irrecuperáveis muito elevados (usualmente designados como *sunk cost*).

¹⁰⁷ Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, *op. cit.* parágrafo 73 a 105.

¹⁰⁸ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz, *Eficiência Económica e Restrições Verticais – Os argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, AAFDL, 2008, páginas 628 a 629.

regimes que o antecederam. O Regulamento n.º 2790/99 tinha como principais características os seguintes pontos: (i) tratava-se de um “regulamento chapéu” aplicável a um vasto conjunto de acordos verticais, nos vários pontos da cadeia de distribuição tanto de bens como de serviços; (ii) afastou-se de uma lógica de espartilho – em que tudo o que não estiver previsto é proibido – para uma lógica de lista de proibições (comumente designada por *blacklist*) – onde apenas o expressamente indicado é proibido¹⁰⁹.

Por seu turno, o Regulamento n.º 330/2010, atualmente em vigor, adotado em Abril de 2010 (e que, à partida, vigorará até 31 de Maio de 2022), substituiu o Regulamento n.º 2790/99, o qual expirou a 31 de Maio de 2010. O Regulamento n.º 330/2010 é uma melhoria (e não uma completa inovação) em relação ao seu antecessor. Face ao sucesso do Regulamento n.º 2790/99, não tinha sentido legislar de forma a criar uma rutura em relação às disposições que estavam a ser aplicadas com sucesso. Em relação ao Regulamento n.º 2790/99, o Regulamento n.º 330/2010 tem dois novos pontos a focar: (i) passou a estar prevista a análise da quota de mercado tanto do fornecedor como do distribuidor, tendo ficado previsto o limite de 30%; (ii) as Orientações de 2010 que acompanham o novo regulamento providenciam orientações mais claras e extensas em relação às vendas pela internet.

Antes de avançarmos, não podemos deixar de sublinhar um ponto fundamental sobre a aplicação deste regime jurídico. O Regulamento n.º 330/2010 tem por objeto criar uma presunção legal¹¹⁰ de cumprimento do disposto no artigo n.º 101, n.º 3 do TFUE, mas tal não significa que um contrato de distribuição que não cumpra o disposto no Regulamento n.º 330/2010 automaticamente viole o Direito da Concorrência e não possa ser avaliado individualmente.

¹⁰⁹ Importa esclarecer que as Orientações 2000 foram publicadas no seguimento do Regulamento n.º 2790/99 e contribuíram para a sua aplicação.

¹¹⁰ Nas palavras de FREIRE, Maria Paula: “*A presunção de legalidade de que beneficiam as restrições verticais reflecte a perspectiva, amplamente acolhida pela teoria económica, de que os acordos restritivos melhoram a eficiência em beneficiados consumidores e de que os respectivos efeitos anticoncorrenciais são, frequentemente, pouco significativos em mercados concorrenciais*”. Vide, FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz, *op. cit.*, páginas 629 a 630.

O âmbito de aplicação do Regulamento n.º 330/2010 implica necessariamente que sejam verificados os seguintes pontos: (i) é necessário que estejam em causa duas ou mais empresas; (ii) que tenha sido celebrado um acordo vertical; (iii) que afete o comércio entre EM. Quanto a este último ponto não podemos deixar de remeter para o conceito das restrições por objeto e por efeito.

Um dos pontos fulcrais que importa analisar, e que constitui uma limitação à aplicação deste regime, é o relativo às quotas de mercado. A análise das quotas de mercado é determinante para a viabilidade da aplicação da isenção prevista no artigo 2.º do Regulamento n.º 330/2010. Está estatuído no n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 330/2010 que “a isenção prevista no artigo 2.º é aplicável na condição de a quota de mercado do **fornecedor** não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do **comprador** não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais”. Como acima já tivemos oportunidade de referir o duplo, limiar das quotas de mercado – i.e., na perspetiva do fornecedor e do comprador – está intimamente relacionado com a necessidade de ter em consideração a importância cada vez maior dos distribuidores de grandes dimensões. O raciocínio subjacente a esta estatuição é simples: a probabilidade de os tais ganhos de eficiência compensarem eventuais efeitos anti-concorrenciais resultantes das restrições incluídas nos acordos verticais é proporcionalmente inversa em relação ao poder de mercado das partes que celebram esse acordo. Isto significa que existem mais possibilidades de o acordo gerar efeitos concorrenciais positivos em detrimento dos efeitos concorrenciais negativos se as partes do acordo enfrentarem a concorrência de outros fornecedores de bens ou serviços considerados permutáveis/substituíveis entre si pelos seus clientes, devido às suas características, preço e utilização¹¹¹. A presunção relativamente à quota de mercado foi estabelecida como sendo no máximo 30%, desde que, cumulativamente, os acordos verticais não

¹¹¹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOUE, L1 de 4.1.2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>, ponto 7 do preâmbulo.

tenham determinados tipos de restrições graves da concorrência¹¹². Isto significa que, *a contrario* “*acima do limiar de quota de mercado de 30%, não se pode presumir que os acordos verticais abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do Tratado dêem normalmente origem a benefícios objectivos de natureza e dimensão susceptíveis de compensar as desvantagens causadas à concorrência*”¹¹³. Quanto a este ponto, não podemos deixar de referir que para calcular as quotas de mercado é fundamental ter em consideração o conceito de mercado relevante.

Sinteticamente, a definição das quotas de mercado deverá ser abordada da seguinte forma: (i) definição do mercado relevante; (ii) definição da quota de mercado no mercado relevante do fornecedor e do comprador. Se igual ou inferior a 30% para ambos o Regulamento n.º 330/2010 poderá ser aplicável; se superior o acordo não estará abrangido por este regime (sem prejuízo do benefício da aplicação do regime previsto nas alíneas d) e e) do artigo 7.º do Regulamento n.º 330/2010)¹¹⁴.

2.2.1 As restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria – as restrições graves

Aqui chegados temos necessariamente de falar nas restrições graves, isto é, aquelas que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria, previstas no artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010. Nos termos do Regulamento n.º 330/2010, “*a isenção prevista no artigo 2.º não é aplicável aos acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto:*

¹¹² Tais acordos *conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição e proporcionam aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes*. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, *op. cit.*, ponto 8 do preâmbulo, *in fine*.

¹¹³ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, *op. cit.*, ponto 9 do preâmbulo.

¹¹⁴ “*Desde que tenham por objeto a imposição de restrições da concorrência e não incluam, em especial, restrições graves da concorrência, não existe qualquer presunção de que os acordos verticais, que não são abrangidos pela isenção por categoria, devido ao facto de ultrapassarem o limiar da quota de mercado, sejam abrangidos pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfaçam as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo artigo. É necessária uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo – Vide Orientações de 2010, parágrafo 96.*

a) A restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, sem prejuízo da possibilidade de o fornecedor impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que estes não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes;

A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o comprador parte no acordo, sem prejuízo de uma eventual restrição relativa ao seu local de estabelecimento, pode vender os bens ou serviços contratuais, excepto:

- i) a restrição das vendas activas no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservados ao fornecedor ou atribuídos pelo fornecedor a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador,*
- ii) a restrição das vendas a utilizadores finais por um comprador que exerça as suas actividades no estágio grossista,*
- iii) a restrição das vendas, efectuada pelos membros de um sistema de distribuição selectiva, a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema, e*
- iv) a restrição da capacidade do comprador para vender componentes, fornecidos para efeitos de incorporação, a clientes que os utilizassem para fabricar bens análogos aos produzidos pelo fornecedor;*

c) A restrição das vendas activas ou passivas a utilizadores finais, efectuada por membros de um sistema de distribuição selectiva que exerçam actividades no estágio retalhista, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro do sistema de exercer as suas actividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado;

d) A restrição dos fornecimentos cruzados entre distribuidores no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, incluindo os distribuidores que operam em diferentes estádios da actividade comercial;

e) A restrição, acordada entre um fornecedor de componentes e um comprador que incorpora tais componentes, da capacidade do fornecedor para vender estes componentes como peças sobresselentes a utilizadores finais ou a estabelecimentos de

reparação ou a outros prestadores de serviços de assistência não designados pelo comprador para a reparação ou manutenção dos seus bens”.

Ao analisar o artigo 4.º e concluir que existem três tipos de restrições¹¹⁵: (i) certos tipos de restrições de território, (ii) certos tipos de restrições de clientes, e a (iii) restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda. Quando alguma das restrições graves acima citadas é incluída num acordo, o mesmo não poderá beneficiar de uma isenção por categoria e presume-se, igualmente, que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3. Contudo, esta presunção não impede as empresas de, no âmbito de um processo individual, demonstrarem os efeitos pró-concorrenciais do acordo, fazendo prova dos vários elementos que compõem o artigo 101.º, n.º 3¹¹⁶. Estamos, portanto, perante uma presunção ilidível. Este é um ponto interessante para o nosso trabalho, visto que defendemos uma aplicação do Direito da Concorrência centrada na realidade económica do acordo vertical. Podemos verificar que existem acordos verticais que contêm restrições graves e que, por esse motivo, ficam fora do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 330/2010, mas que podem obter um tratamento favorável no âmbito de uma análise individual nos termos do 101.º, n.º 3 do TFUE. Ao analisar as Orientações de 2010, podemos verificar alguns exemplos em que um acordo vertical contendo uma restrição grave poderá ter um tratamento favorável em sede de análise individual no âmbito do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, a saber: (i) por exemplo, uma restrição grave pode ser necessária para assegurar o respeito de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a determinados clientes por razões de segurança ou saúde, estando, por isso, fora do âmbito de aplicação do 101, n.º 1 do TFUE; (ii) as empresas podem invocar ganhos de eficiência em sua defesa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, no âmbito de processos individuais (proteção de vendas passivas num determinado mercado numa situação em que o distribuidor teve que fazer pesados investimentos irrecuperáveis para começar a distribuir no novo mercado ou para introduzir o produto novo); (iii) restringir o distribuidor de efetuar vendas ativas fora do território designado quando se trata de um

¹¹⁵ As restrições do comprador (distribuidor) não são restrições graves e como tal não estão listadas.

¹¹⁶ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, Jornal Oficial n.º C 130 de 19/5/2010, p. 0001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>, parágrafo 47.

período de teste de um novo produto num novo mercado; (iv) limitar os fornecimentos cruzados entre distribuidores apenas em determinadas circunstâncias (quando estiverem em causa esforços promocionais específicos feitos pelos distribuidores em relação as retalhistas locais) no âmbito de sistemas de distribuição seletiva e apenas quando for impossível evitar o parasitismo (“*free-riding*”) entre distribuidores; (v) sistemas onde existem dualidades de preços de venda dos produtos em caso de distribuição física ou distribuição pela internet apenas quando se verificarem determinadas circunstâncias (como o facto dos produtos a serem distribuídos pela internet serem muito mais caros para o produtor em comparação com os produtos distribuídos de forma “tradicional”)¹¹⁷; (vi) certas situações relativas ao RPM (matéria que estudaremos com maior detalhe no próximo subcapítulo)¹¹⁸.

Os exemplos acima referidos servem para ilustrar que, mesmo perante restrições graves, deverá ser tida em consideração uma análise individual tendo em vista a aplicação de uma exceção individualizada nos termos do 101, n.º 3 do TFUE. Mais uma vez, e a nosso ver de forma correta, é colocado o enfoque na análise da realidade comercial subjacente ao acordo vertical (de distribuição) que está a ser celebrado. Como já dissemos este é um dos motes que pretendemos focar ao elaborar este trabalho: a necessidade imperiosa de analisar a realidade económica em todas as circunstâncias promovendo a aplicação não dogmática do Direito da Concorrência¹¹⁹.

Nesta fase do trabalho, optámos por apenas estudar uma das chamadas restrições graves, a *restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda*, referida na alínea a) do artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010, comumente designada na língua Inglesa como *Resale Price Maintenance*. Consideramos que esta constitui uma preocupação permanente aquando da análise da compatibilidade jurídica dos contratos

¹¹⁷ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 60 a 64.

¹¹⁸ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 225.

¹¹⁹ Neste sentido, *WIJCKMAN*, Frank; Tuytschaever, Filip; *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press, third Edition, 2018, páginas 173 e 174. Destacamos a posição deste autor, utilizando as suas próprias palavras: “*While the negative presumption reflected in paragraph 47 of the Vertical Guidelines cannot be ignored, it would be overly formalistic and incorrect as a matter of law to deprive contracting parties of a fair and open-minded chance to demonstrate in their specific case the compatibility with the competition law of a given hardcore restriction*”.

de distribuição com as regras de Direito da Concorrência aplicáveis às relações comerciais de índole vertical.

2.2.2 A restrição da capacidade do distribuidor estabelecer o seu preço de revenda

O artigo n.º 4, alínea a) do Regulamento n.º 330/2010 estabelece que “*a imposição dos preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar, é considerada uma restrição grave*”¹²⁰. O RPM existe quando um acordo tem por objeto fixar ou estabelecer patamares mínimos obrigatórios para o preço de revenda do produto. Este tipo de restrição limita a capacidade do distribuidor de praticar preços abaixo de certo nível ou obriga o distribuidor a praticar apenas um determinado preço. Não podemos deixar de focar que o RPM se refere aos preços de revenda e não ao estabelecimento de preços e margens fixos entre o produtor e o distribuidor.

O RPM pode ser estabelecido de forma direta, i.e., através de uma previsão contratual, ou de forma indireta, i.e., através de acordos relativos à fixação de margens, estabelecimento de níveis máximos de descontos, penalidades contratuais por inobservância de preços ou mesmo outro tipo de intimidações e/ou pressões comerciais de diversa índole. É irrelevante a forma como a restrição grave é imposta, sendo igualmente irrelevante o facto de a mesma ser uma medida isolada ou encontrar-se num contexto de medidas sob o controlo das partes. Caso inexistir uma disposição contratual explícita, será necessário analisar a realidade económica e todos os termos do acordo para descortinar a existência ou não da restrição.

Muitas vezes estes tipos de acordos estão associados a medidas que facilitam a implementação do RPM e forçam o distribuidor a cumprir o clausulado ou outro tipo de acordo mais informal que foi celebrado com o principal, como, por exemplo, através da constituição de um sistema de monitorização de preços.

¹²⁰ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 223.

Quando se encontra contratualmente prevista uma cláusula que, direta ou indiretamente¹²¹ imponha o preço de revenda, presume-se que o acordo se enquadra no âmbito da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Sublinha-se, novamente, que um acordo que inclua uma cláusula de RPM é uma restrição grave, e consequentemente, não será possível aplicar a isenção por categoria. Não obstante, tal como se encontra explicitado nas Orientações 2010, as empresas “*têm a possibilidade de, num processo individual, invocarem o argumento dos ganhos de eficiência nos termos do artigo 101.º, n.º 3*”¹²², no sentido de comprovarem que a imposição dos preços de revenda é suscetível de dar origem a ganhos de eficiência e, como tal, de preencher todas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Isto significa que o ónus da prova (muitas vezes complexo) cabe, naturalmente, à empresa¹²³. Este ponto vem uma vez mais reforçar a necessidade de olhar para a realidade económica do acordo em apreço.

Importa identificar, sumariamente, quais são os perigos para o mercado que advêm que uma situação de RPM¹²⁴:

- A excessiva transparência de preço “imposto” facilita a colusão horizontal entre fornecedores e também entre distribuidores;

¹²¹ *Exemplos destes últimos são os acordos de fixação da margem de distribuição, de fixação do nível máximo de descontos que o distribuidor pode conceder a partir de um determinado nível de preços estabelecido, a subordinação da concessão de reduções ou do reembolso dos custos promocionais por parte do fornecedor a um determinado nível de preços, a associação do preço de revenda estabelecido com os preços de revenda de concorrentes, ameaças, intimidações, avisos, sanções, atrasos ou suspensão das entregas ou cessação de contratos em função do cumprimento de um determinado nível de preços.* – Vide. Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, Jornal Oficial nº C 130 de 19/5/2010, p. 0001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>, parágrafo 48.

¹²² Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 223.

¹²³ Outro ponto interessante que gostaríamos de salientar é que muitas vezes situações de alegado RPM são utilizados pelos distribuidores contra o principal no âmbito de litígios advenientes da cessação de contratos de distribuição. Por saberem das dificuldades de prova e caso consigam alegar de forma séria a existência de indícios, os distribuidores usam o RPM como mais uma arma em litígios contra o principal. Neste sentido muitas vezes é difícil ao principal arriscar utilizar o RPM mesmo em circunstâncias em que o mesmo eventualmente possa se justificar no âmbito de um caso concreto.

¹²⁴ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafos 223 e 224.

- A imposição dos preços de revenda pode eliminar a concorrência intra-marcas em matéria de preços e promover a colusão horizontal ao nível da distribuição;
- Abrandamento da concorrência entre fabricantes, nomeadamente quando os fabricantes utilizam os mesmos distribuidores para distribuírem os seus produtos e se o sistema de imposição dos preços de revenda for aplicado por todos ou um grande número de fabricantes;
- Aumento dos preços (ou pelo menos a impossibilidade da sua redução) para um produto ou marca específica visto que a totalidade ou uma parte dos distribuidores estão impedidos de reduzir os seus preços de revenda;
- A imposição dos preços de revenda pode ser aplicada por um fabricante com forte poder de mercado com o propósito de encerrar o mercado para os fabricantes rivais de menores dimensões;
- O aumento da margem dos distribuidores é suscetível de incentivar o favorecimento de uma marca específica em detrimento de marcas rivais quando aconselham os clientes finais, mesmo que tal conselho não sirva os interesses do cliente;
- Reduzir o dinamismo e a inovação a nível da distribuição. Ao impedir a concorrência em matéria de preços entre diferentes distribuidores, a imposição dos preços de revenda pode impedir que retalhistas mais eficientes entrem no mercado e/ou atinjam uma dimensão suficiente através de preços baixos. Pode igualmente impedir ou dificultar a entrada e expansão de modalidades de distribuição baseadas em preços baixos.

Sem prejuízo do acima exposto, é também claro que as Orientações 2010 determinam que a imposição de preço máximo de revenda ou a apresentação de uma lista de preços recomendados é permitida, não sendo considerada dentro do conceito de RPM (já as Orientações 2000 estabeleciam semelhante indicação).

Apesar da recente visão mais aberta, tanto da doutrina como da própria Comissão (pelo menos em parte), é um facto que a visão mais rígida quanto ao RPM tem uma substancial escola ao nível das autoridades da concorrência nacionais e dos tribunais. De facto, o RPM é tendencialmente avaliado de forma negativa devido ao potencial de

efeitos negativos que tendencialmente aporta, tais como a redução de concorrência intra-marca e a impossibilidade de os distribuidores definirem as suas políticas comerciais, com claro efeito negativo para os consumidores finais que são impedidos de comprar mais barato.

Por consequência, o Regulamento n.º 330/2010 não se aplica de forma automática a qualquer contrato de distribuição no qual existam disposições que direta ou indireta imponham um sistema de RPM, significando que uma disposição contratual que estabeleça uma imposição de fixação de preço ou de um mínimo preço de revenda é ilegal *per se*.

Não obstante, como acima vimos, em algumas circunstâncias, como por exemplo no lançamento de um novo produto no mercado, pode gerar efeitos pró-competitivos. A Comissão sublinhou esta abordagem ao referir que “*a imposição dos preços de revenda não se limita a restringir a concorrência, podendo também, em especial quando é introduzida pelo fornecedor, conduzir a ganhos de eficiência, que serão apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 3*”¹²⁵. Deste modo, apesar de manter como indispensável uma análise individual de todas as situações que possam indiciar a existência de RPM, a Comissão aceita como válida uma análise casuística relacionada com a realidade económica do contrato em detrimento de uma abordagem mais dogmática.

Sem prejuízo do acima exposto, o RPM continua a ser analisado numa perspetiva mais rígida e tradicional ao nível das autoridades nacionais¹²⁶.

¹²⁵ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 225.

¹²⁶ A este propósito, remetemos para VOGEL, Louis; *Vertical Restraints: Towards More Rigid Rules for Distribution Networks in Europe?*, Journal of European Competition Law & Practice, 2014, disponível em <http://jeclap.oxfordjournals.org/>, página 6, no qual o autor refere três exemplos de processos onde a abordagem ao RPM foi realizada de forma mais tradicionalista. Um dos exemplos mencionados é o caso Francês onde a autoridade da concorrência francesa aplicou uma pesada coima a um fabricante de brinquedos que tinha estabelecido com considerável sucesso um sistema de fixação e preços de revenda com os seus distribuidores. Esta decisão foi mais tarde confirmada em sede recurso judicial mas, segundo o Autor, o montante da coima deveria ter sido reduzido visto que o sistema de distribuição estabelecido pelo produtor não implicava a existência de qualquer tipo de represálias para com os

Para além do estabelecimento de um RPM de forma direta (previsão contratual que prevê o preço de revenda), existem outras formas indiretas de atingir o mesmo objetivo.

Em suma, é proibido impor um preço fixo ou um preço mínimo, mas é permitido recomendar uma lista de preços. Consequentemente, no âmbito de um acordo de distribuição, o fornecedor pode recomendar *“um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo, [situação que] é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa o limiar de 30 %¹²⁷”*. Tal como noutras situações, um elemento crítico *“para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais dos preços de revenda máximos ou recomendados é a posição do fornecedor no mercado”*. Isto porque, quanto mais forte for a posição do fornecedor (leia-se, maior a quota de mercado), maior será o risco de que um preço de revenda máximo ou recomendado seja considerado como um preço de referência no mercado relevante e conduza, necessariamente, *“a uma aplicação mais ou menos uniforme desse nível de preços por parte dos revendedores”¹²⁸*.

Uma das questões mais interessantes de analisar nesta matéria é a de saber quando, sob a capa de um preço recomendado, não existe de facto uma obrigação de fixação de preço ou, pelo menos, um tipo pressão comercial ilegítima nesse sentido.

Para a análise deste ponto, é sempre necessário verificar a existência de situações onde (contratualmente ou através de outros meios): (i) o principal fixa a margem do distribuidor¹²⁹; (ii) criação de uma obrigação de desconto máximo (sancionando a não

distribuidores que não o cumpriam. Para além deste ponto a própria autoridade da concorrência francesa reconheceu que os efeitos para a concorrência intra-marca e inter-marca foram bastante limitados.

¹²⁷ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 226.

¹²⁸ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 228.

¹²⁹ A fixação pelo principal da margem de distribuição configura RPM. Esta prática consiste na determinação da margem não dando hipótese ao distribuidor de afastar-se de tal imposição.

observância desse valor)¹³⁰; (iii) cláusulas que transformem descontos, promoções ou qualquer outro tipo de serviços acessórios ou benefícios condicionais à fixação de determinado preço¹³¹; (iv) qualquer tipo de pressão comercial, mesmo que indireta, para a escolha dos preços recomendados como preço de revenda; (v) imposição de que o preço de revenda do distribuidor seja ligado ao preço de revenda de terceiros¹³²; (vii) qualquer meio para detetar ou punir desvios aos preços “recomendados”, tais como qualquer tipo de sanções, intimidação, atrasos de fornecimento ou ameaça da cessação dos mesmos. A acrescer ao já referido, importa sublinhar que um sistema de monitorização de preços imposto pelo principal pode ser um meio para aplicar e incrementar a eficiência de um sistema de RPM.

Como acima vimos, o fornecedor pode recomendar preços ou dar indicação do preço máximo de revenda. Deste modo, o fornecedor poderá emitir preços recomendados não obrigatórios (comumente designados em língua Inglesa como *non-binding RRP*s – doravante utilizaremos esta sigla) para os seus produtos ou impor preços máximos de revenda acima dos quais o revendedor não poderá vender os produtos. Se tanto o fornecedor como o distribuidor não tiverem uma quota de mercado acima dos 30%, esta situação estará automaticamente coberta pela aplicação do regulamento de isenções por categoria (e será, portanto, permitida). No entanto, não podemos deixar de sublinhar que os *non-binding RRP*s não podem constituir uma forma disfarçada de estipular o RPM. Concretizando, o fornecedor não pode impedir que os produtos sejam vendidos a um preço inferior ao preço recomendado ou ao preço máximo estipulado, nem impor um sistema de monitorização de preços para o ajudar a concretizar esse fim.

Outro ponto que importa salientar é que fornecedores e distribuidores, à partida, não podem/devem discutir em detalhe os preços praticados com a concorrência (ex.,

¹³⁰ Imposição ao distribuidor que não venda os produtos com um desconto superior ao determinado pelo principal, o qual é calculado em função do preço recomendado.

¹³¹ Por exemplo, a atribuição de um desconto ou reembolso de custos caso um determinado preço de revenda mínimo seja respeitado.

¹³² Neste caso, o principal não estabelece o preço de revenda mas obriga a que o distribuidor acompanhe os preços dos concorrentes (terceiros) de uma determinada forma, seja igualando o preço praticado pelo competidor, seja mantendo o seu preço de revenda inferior ou superior ao preço do competidor.

divulgar listas de preços, informação de margens). Esta proibição genérica, quase de bom senso, tem que ser temperada pela possibilidade de, no âmbito de uma relação comercial (ou negociações tendentes à celebração de um contrato), os cocontratantes possam legitimamente trocar informações entre si.

Por outro lado, um produtor pode considerar importante recolher informações junto dos potenciais distribuidores relativas aos preços recomendados. Existe desde logo o risco de qualquer troca de informações entre o produtor e o distribuidor sobre o tópico preços (leia-se o preço de revenda) podem sempre ser interpretada como uma forma de pressão por parte do produtor tendo em vista o cumprimento dos preços recomendados, ou como uma forma do produtor e o distribuidor, concluírem um acordo informal de fixação de preços caso concluam o contrato de distribuição. Se existirem trocas constantes de informações entre o produtor e o distribuidor e este último genericamente e de forma constante aderir aos preços recomendados pelo produtor existirá decerto o risco de que as autoridades interpretem que estas trocas de informações sobre preços recomendados como não sendo mais do que um RPM.

Neste ponto, não podemos deixar de realçar que existe aqui uma constante dicotomia entre o risco e a necessidade. Se, por um lado, é normal de um ponto de vista comercial que existam conversas entre o fornecedor e o distribuidor, por outro lado, é igualmente um risco acrescido a existência deste tipo de interação. Não podemos decerto chegar ao ponto de proibir o diálogo entre as partes, mas também não é possível ignorar que muitas vezes este diálogo gera situações anti-concorrenciais que, em última análise, prejudicam os consumidores.

III. A aplicação das disposições de Direito da Concorrência aos contratos de distribuição¹³³

¹³³ As principais fontes bibliográficas que utilizámos neste capítulo são as seguintes: FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz, *Eficiência Económica e Restrições Verticais – Os argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, AAFDL, 2008; JONES, Alison, *op. cit.*, páginas 596 a 685; RITTER, Lennart; BRAUN, W. David, *op. cit.*, páginas 93 e seguintes WISH, Richard, *op. cit.*, páginas 583 e seguintes.

3.1 A aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de concessão comercial e ao contrato de franquia.

Como ponto prévio importa desde já explicar a razão que subjaz à junção de ambas as realidades contratuais no mesmo subcapítulo do trabalho. A razão é simples: as regras de Direito da Concorrência aplicáveis às duas realidades são exatamente iguais. Citando FERREIRA PINTO, o “*itinerário histórico e, até, a morfologia própria de algumas das (...) manifestações paradigmáticas [do contrato de franquia] se cruzam com os da concessão comercial, a ponto de, muitas vezes se confundirem*”¹³⁴. Aliás no país originário do modelo contratual do contrato de franquia e também do Direito da Concorrência, os Estados Unidos da América, o termo *franchising* é usado num sentido amplo que engloba os dois modelos contratuais. Consequentemente, no seguimento do acima exposto pretendemos abordar em conjunto ambas as realidades contratuais.

Na ordem jurídica portuguesa, o contrato de concessão comercial é uma figura legalmente atípica mas socialmente típica, sendo autonomizado pela doutrina e pela jurisprudência através da identificação de determinadas características. Nas palavras do STJ, “*o contrato de concessão comercial – modalidade dos contratos de cooperação comercial, mormente na vertente de contratos de distribuição – é um contrato inominado, consensual e atípico*”¹³⁵.

A inexistência da tipicidade balizadora da figura contratual gera sempre algumas dificuldades de interpretação¹³⁶. É nestas características do contrato de concessão onde

¹³⁴ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*, página 67.

¹³⁵ Ac. do STJ de 27-10-2011, processo n.º 8559-06.2TBBRG.G1.S1, Relator Tavares de Paiva, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁶ Fazemos uso das palavras de Mariana SOARES DAVID: “*na verdade, sendo certo que mesmo no âmbito dos contratos típicos são frequentes as questões suscitadas em torno destas operações de interpretação e qualificação contratual e da respectiva subsunção jurídica, é sem dúvida no domínio da atipicidade que as mesmas colocam especiais dificuldades. desde logo porque, neste domínio, o interprete não encontra para o efeito qualquer apoio na lei, seja através de uma descrição do acervo normativo que há de limitar a liberdade negocial das partes no negócio em apreço, seja através de uma descrição dos seus traços essenciais in* DAVID, Mariana Soares; *A Aplicação Analógica do regime jurídico da cessação do contrato*

vamos encontrar diversas cláusulas que obrigam a uma análise jus-concorrencial do contrato¹³⁷. No fundo, o que se pretende é olhar para algumas das possíveis cláusulas existentes em contratos de concessão comercial, os quais são necessariamente acordos verticais entre empresas, na perspectiva do Direito da Concorrência, isto porque o Direito da Concorrência é um limite especial à liberdade de contratação mercantil¹³⁸.

O artigo 405.º do CC prevê que a liberdade contratual das partes no âmbito da conformação e estipulação de contratos. Assim, as partes “*são soberanas na escolha do tipo de negócio mais adequado aos seus interesses (selecção do tipo negocial) e na fixação dos termos concretos do mesmo negócio (fixação do conteúdo negocial)*”. Este princípio de direito civil tem reflexo no direito comercial (cfr. artigo 3.º do CCom.), mas encontra-se coartado por limitações de diversas origens. Na senda de ENGRÁCIA ANTUNES, podemos falar em limitações de *ordem geral e de ordem específica*¹³⁹. A atipicidade do contrato e a liberdade de inclusão de cláusulas para adaptar o texto contratual à realidade do negócio que estas pretendem celebrar que fornece a riqueza necessária a esta matéria. A realidade será sempre mais do que a tipicidade prevista pela lei aplicável.

Por seu turno, como já referimos na parte introdutória deste trabalho, é através do contrato de franquia que o franqueador atribui ao franqueado o acesso à sua marca e ao saber fazer¹⁴⁰ necessário para que o franqueado possa distribuir o produto de acordo

de Agência aos contratos de concessão comercial: tradição ou Verdadeira analogia?, página 6, disponível em <http://www.mlgts.pt/>

¹³⁷ Nas palavras de António, MENEZES CORDEIRO: “*o contrato de concessão deve ser cuidadosamente conjugado com as regras da concorrência, designadamente as derivadas do Tratado de Roma e introduzidas, depois, nas diversas ordens internas dos países que hoje compõem a União Europeia*”. Vide, MENEZES CORDEIRO; António, *Do contrato de concessão comercial*, Revista da Ordem dos Advogados, 2000, ano 60, volume II, abril, páginas 608 e seguintes.

¹³⁸ Vide ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 179 a 181.

¹³⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *op. cit.*, página 179 e 180.

¹⁴⁰ A alínea g) do artigo 1.º do Regulamento 330/2010 define saber-fazer como “*um conjunto secreto, substancial e identificado de informações práticas não patenteadas, resultantes de experiências e ensaios efectuados pelo fornecedor. Neste contexto, por «secreto» entende-se que o saber-fazer não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção; por «substancial»,*

com o conceito de negócio idealizado pelo primeiro¹⁴¹. Uma das particularidades do contrato de franquia é que o mesmo não é mencionado no Regulamento n.º 330/2010, mas apenas nas Orientações 2010. Tal não significa que este tipo de contrato de distribuição não possa usufruir da aplicação do Regulamento n.º 330/2010.

O contrato de franquia caracteriza-se por uma estreita relação entre duas partes independentes – o franqueador e o franqueado. Uma das principais características deste tipo de contrato de distribuição é a especificidade da transferência de *know-how* do franqueador para o franqueado, no sentido de integrar este último no modelo de negócio do primeiro, dando-lhe a tal vantagem competitiva em troca do pagamento da prestação.

O TJUE teve em consideração as especificidades deste modelo de distribuição no Acórdão *Pronuptia*¹⁴². Este aresto assume uma importância decisiva neste tema, pelo que consideramos relevante despendar algumas linhas na análise do mesmo.

Resumindo a matéria de facto, neste aresto estava em causa a celebração de um contrato de franquia entre o franqueador sedado em França – *Pronuptia de Paris* – e um franqueado Alemão. Neste contrato, o franqueador concedeu o uso da marca “*Pronuptia de Paris*” no território de Hamburgo, comprometendo-se a providenciar assistência na formação dos colaboradores do franqueado, no *lay-out* da loja, nas atividades de *marketing*, no controlo dos inventários. O franqueador assumiu também a obrigação de não celebrar outro contrato de franquia no território nem vender diretamente os seus produtos no mesmo. Como contrapartida, o franqueado pagaria um *royalty* de 10% em

entende-se que o saber-fazer é considerável e útil para o comprador para efeitos de utilização, venda ou revenda dos bens ou serviços contratuais; por «identificado», entende-se que o saber-fazer deve ser definido de uma forma suficientemente abrangente, a fim de permitir verificar se preenche os critérios de confidencialidade e substancialidade”.

¹⁴¹ “*Franchising is a system of marketing goods and/or services and/or technology, which is based upon a close and ongoing collaboration between legally and financially separate and independent undertakings, the Franchisor and its individual Franchisees, whereby the Franchisor grants its individual Franchisee the right, and imposes the obligation, to conduct a business in accordance with the Franchisor’s concept”.* Vide definição de contrato de franquia constante do ponto 1.º, parte 3º, do *The European Code of Ethics for Franchising* da European Franchise Federation, disponível em <http://www.eff-franchise.com/>.

¹⁴² C-161/84 – *Pronuptia*, Acórdão do Tribunal de 28 de Janeiro de 1986, *Pronuptia de Paris GmbH* contra *Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, disponível em <http://curia.europa.eu/>

todas as vendas de todos os produtos, incluindo daqueles que não fossem fornecidos pelo franqueador (e naturalmente assumiu na íntegra o risco do negócio)¹⁴³. O litígio entre o franqueador e o franqueado surgiu a partir do momento que este último não procedeu ao pagamento do *royalty* de 10% que tinha ficado acordado, alegando para o efeito que o contrato celebrado era nulo porque violava o disposto no artigo 85.º, n.º 1 do Tratado das Comunidades Europeias (hoje 101.º, n.º 1 do TFUE).

Este Acórdão assume grande relevância porque o TJUE adota uma posição favorável ao contrato de franquia, estabelecendo que muitas das cláusulas típicas deste tipo contratual não violam automaticamente o disposto no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, aplicando a legislação de uma forma moderada (alguns autores afirmam que o Tribunal usou a doutrina da “*rule of reason*” comumente usada nos Estados Unidos para avaliar acordos verticais). O TJUE analisa as características base do modelo de distribuição – contrato de franquia – afirmando que a natureza deste tipo contratual não viola automaticamente o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. O TJUE sustenta que os contratos de franquia permitem a pequenos empresários aceder a uma rede bem estabelecida de um franqueador e que tal não representa uma ameaça à concorrência no mercado. Esta jurisprudência permitiu afastar incertezas jurídicas quanto à avaliação de certas cláusulas típicas de um contrato de franquia no escopo da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Por exemplo, foi considerado intrínseco ao contrato de franquia a limitação contratual do uso indevido do *know-how* cedido pelo franqueado. Também uma cláusula de não competição durante o período de vigência do contrato (e por um período razoável após a sua cessação) foi considerada como não violadora das regras de Direito da Concorrência. Outro tipo de cláusulas que foram consideradas legítimas pelo TJUE são as cláusulas que asseguram que o franqueador mantém o controlo sobre a identidade comum da sua rede (apresentação idêntica, níveis de qualidade de serviço padrão, patamares padronizados de atuação, controlo de imagem). Seria difícil considerar que estes tipos de regras não são essenciais para o sucesso deste modelo contratual, visto

¹⁴³ O franqueado assume outras obrigações tais como: (i) o uso da marca apenas no território designado, (ii) respeitar o todos os direitos de propriedade industrial do franqueador, (iii) uso de publicidade harmonizada em relação ao franqueador, (iv) aquisição de 80% dos vestidos e respetivos acessórios junto do franqueador, (v) aquisição de outros produtos apenas junto de fornecedores aprovados pelo franqueador.

que são estruturantes face à natureza do contrato¹⁴⁴. Em suma, o TJUE decidiu que a compatibilidade dos contratos de licenciamento de distribuição com o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (numeração atual), depende das cláusulas que integram esses contratos e do contexto económico em que estes se inserem, sendo que as cláusulas indispensáveis para impedir que o *know-how* transmitido e a assistência prestada pelo licenciante beneficiem os seus concorrentes não constituem restrições à concorrência. Para além do exposto, o TJUE refere que as cláusulas que estabelecem o controlo indispensável para a preservação da identidade e da reputação da rede também não constituem restrições à concorrência. Por seu turno, o TJUE menciona que as cláusulas que estabelecem uma repartição dos mercados entre o franqueador e o franqueado, ou entre estes, constituem restrições à concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (numeração atual) e, portanto, sujeitas a análise. O facto de o licenciante comunicar ao franqueado os preços indicativos não constitui uma restrição à concorrência, desde que não exista, entre o franqueador e o franqueado, ou entre estes, uma prática concertada. Por fim, o TJUE esclarece que os contratos de licenciamento de distribuição que contenham cláusulas que estabeleçam uma repartição dos mercados entre o licenciante e o licenciado, ou entre licenciados, são suscetíveis de afetar o comércio entre os EM¹⁴⁵.

No seguimento do exposto, sem prejuízo das características particulares deste tipo de contrato, é inegável a inexistência de qualquer menção especial no Regulamento n.º 330/2010 a este modelo de contrato. Deste modo, conclui-se que a existência destas características não altera a aplicação do disposto no Regulamento n.º 330/2010 a este modelo contratual. Apesar do já referido, verifica-se que as Orientações de 2010 se debruçam sobre este modelo contratual. As Orientações de 2010 não se afastam da linha de raciocínio expressa pelo TJUE no Acórdão *Pronuptia* ao referirem que “*os direitos de propriedade intelectual ajudam o franqueado a revender os produtos fornecidos pelo franqueador ou por um fornecedor por este designado ou a utilizar estes produtos e a vender os bens ou serviços daí resultantes. Quando o acordo de franquia envolve*

¹⁴⁴ Neste sentido, GOEBEL, J.Roger; “*Analysis of Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*”; in *Common Market Law Review* n.º 23, páginas 683 a 702.

¹⁴⁵, Acórdão do TJUE de 28 de Janeiro de 1986, processo C-161/84, *Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, disponível em <http://curia.europa.eu/>

*apenas ou principalmente a concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual, não é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, mas a Comissão aplicar-lhe-á, normalmente, os princípios estabelecidos nesse Regulamento de Isenção por Categoria e nas presentes Orientações*¹⁴⁶. Importa sublinhar que nos termos das Orientações de 2010, “o Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável aos acordos verticais que incluam disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual, sempre que estiverem cumulativamente preenchidas as cinco condições seguintes:

*(a) As disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual devem fazer parte de um acordo vertical, isto é, um acordo que permita às partes comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços; (b) os direitos de propriedade intelectual devem ser atribuídos ao comprador ou este deve ser autorizado a utilizá-los através de uma licença; (c) as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual não devem constituir o objecto principal do acordo; (d) as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual devem dizer directamente respeito à utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes. No caso de acordos de franquia, em que o marketing constitui o objecto da exploração dos direitos de propriedade intelectual, os bens ou serviços são distribuídos pelo franqueado principal ou pelos outros franqueados; as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual, relacionadas com os bens ou serviços contratuais, não devem conter restrições da concorrência que tenham o mesmo objecto do que as restrições verticais não isentadas pelo Regulamento de Isenção por Categoria*¹⁴⁷.

Assim, no seguimento do já exposto, vamos estudar sinteticamente alguns pontos que consideramos de relevo para estes dois tipos de relações contratuais verticais, começando pelo conceito de exclusividade. A exclusividade é uma forma de restrição vertical que em sentido amplo configura todas as cláusulas que proíbam os contraentes (fornecedor ou distribuidor) de negociar com terceiros.

¹⁴⁶ Orientações de 2010, *op. cit.* parágrafo 44.

¹⁴⁷ Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 31.

3.1.1 Distribuição exclusiva

Num contrato de distribuição exclusiva, o fornecedor acorda em apenas vender os seus produtos para um distribuidor para efeitos de revenda num determinado território. Nas palavras da Comissão, “*num acordo de distribuição exclusiva, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda num determinado território. Simultaneamente, o distribuidor tem normalmente limitações a nível das suas vendas activas noutros territórios*”¹⁴⁸. Este tipo de acordos poderá conduzir à redução da concorrência intra-marca e à repartição do mercado por territórios¹⁴⁹.

Tal como é referido nas Orientações de 2010, para além do acima exposto, “*quando a maior parte ou a totalidade dos fornecedores utiliza a distribuição exclusiva, esta situação é susceptível de abrandar a concorrência e facilitar a colusão, quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores*”.

Podemos resumir as ideias base a destacar acerca da distribuição exclusiva da seguinte forma¹⁵⁰:

- Neste tipo de contrato, o distribuidor está muitas vezes coartado nas suas vendas ativas, não podendo, portanto, vender noutros territórios;
- Este tipo de contrato pode contribuir para a redução da concorrência intra-marcas;
- Este tipo de contrato poderá conduzir à partilha do mercado e facilitar a discriminação de preços entre diferentes territórios;

¹⁴⁸ Isto significa que o distribuidor não pode vender ativamente noutros territórios que foram atribuídos em exclusividade a outros distribuidores - Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 151.

¹⁴⁹ Comissão Europeia, *The competition rules for supply and distribution agreements – competition policy in Europe*, Publications office of the European Union, Luxembourg, 2012, página 25.

¹⁵⁰ Comissão Europeia, *The competition rules for supply and distribution agreements – competition policy in Europe*, *op. cit.*, páginas 25 e 26.

- Se este tipo de acordo for aplicado por vários fornecedores no mesmo mercado, pode também dar origem à colusão horizontal, tanto a nível dos fornecedores como dos distribuidores¹⁵¹;
- A distribuição exclusiva pode provocar a evicção de outros distribuidores¹⁵².

Tal como acima vimos quando analisámos a matéria da exclusividade de marca, quanto mais elevada for a quota de mercado do fornecedor, mais fortes poderão ser os efeitos ao nível da perda da concorrência intra-marcas. Assim, também aqui o ponto de referência é o limiar de 30% da quota de mercado do fornecedor e do comprador¹⁵³.

É relevante sublinhar que é mais provável que a distribuição exclusiva ao nível dos retalhistas possa criar mais efeitos anti-concorrenciais do que ao nível dos grossistas, mormente quando os consumidores finais têm pouca possibilidade de optar por outro retalhista que lhes permitam comparar, por exemplo, preço ou serviços acessórios ao bem que pretendem adquirir.

Nesta fase afigura-se pertinente colocar a seguinte questão: então em que circunstâncias a figura da distribuição exclusiva gera ganhos de eficiência?

¹⁵¹ Imaginemos o seguinte exemplo: se vários fornecedores nomearem o mesmo distribuidor exclusivo num determinado território, esses múltiplos contratos de exclusividade como distribuidor exclusivo aumentam em muito os riscos de efeitos anti-concorrenciais (colusão horizontal, aumento de preços, barreiras de entrada), nomeadamente se o mercado for bastante concentrado ou o produto final de venda ao consumidor apresentar diversas características que o tornem dificilmente substituível.

¹⁵² Por exemplo, um distribuidor exclusivo com enorme peso num determinado mercado relevante ao nível retalhista poderá conduzir à exclusão de outros distribuidores e gerar um grave efeito anti-concorrencial, o que, em última análise, poderia dar origem à retirada do benefício da isenção por categoria na medida em que o mesmo seja aplicável: Comissão Europeia, *The competition rules for supply and distribution agreements – competition policy in Europe*, *op. cit.*, página 25.

¹⁵³ “A distribuição exclusiva beneficia da isenção por categoria quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassam, cada uma delas, 30 %, mesmo se combinada com outras restrições verticais que não sejam restrições graves, como uma obrigação de não concorrência limitada a 5 anos, uma obrigação de compra de uma determinada quantidade ou a compra exclusiva”: Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 152.

A distribuição exclusiva conduz, na maior parte das situações, a ganhos de eficiência quando, em função da necessidade de realizar pesados investimentos iniciais, é necessária alguma proteção. Estes ganhos de eficiência estão normalmente interligados à necessidade de proteger ou criar uma imagem da marca, ou em situações em que os produtos são novos no mercado, são produtos complexos ou de luxo.

Podemos identificar situações contratuais em que são exigidos avultados investimentos em determinado equipamento, competência e saber-fazer para adaptação às exigências da clientela. A atribuição exclusiva de clientes conduz geralmente a ganhos de eficiência, sendo que é a exclusividade que permite que exista um período de amortização do investimento inicial. A este propósito, a Comissão refere que é mais provável que os ganhos de eficiência se verifiquem ao nível dos produtos intermédios¹⁵⁴ e não nos produtos acabados.

3.1.2 Exclusividade de Marca, a obrigação de não concorrência e obrigações de compra de determinadas quantidades

Nos termos do disposto nas Orientações verticais de 2010¹⁵⁵, os acordos designados como de “marca única” são aqueles “*acordos que têm como principal elemento o facto de o comprador ser obrigado ou induzido a concentrar as suas encomendas num determinado tipo de produto junto de um único fornecedor*”.

Neste tipo de acordo, fica estabelecido no clausulado do contrato que o distribuidor fica obrigado a adquirir os produtos junto de determinado fornecedor. Este tipo de cláusula é comumente designada como cláusula de não concorrência (*non-compete obligation*)¹⁵⁶. A título de exemplo, este tipo de clausulado é muito comum nos contratos de concessão, nos quais o concessionário está obrigado a adquirir junto do

¹⁵⁴ Produtos intermédios são bens que se encontram em diferentes fases de produção e que são usados/transformados para a produção do produto final.

¹⁵⁵ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 129.

¹⁵⁶ RITTER, Lennart; BRAUN, W. David; *op.cit.*, páginas 292 e 293.

concedente os produtos e, não poucas vezes, são estipulados determinados objetivos de compras.

As duas componentes principais deste tipo de acordos são uma disposição de não concorrência associada à obrigação de aquisição de determinadas quantidades. Assim, *“um acordo de não concorrência baseia-se numa obrigação ou num regime de incentivos que leva o comprador a adquirir mais de 80 % das suas necessidades num determinado mercado junto de um único fornecedor”*¹⁵⁷.

A obrigação de compra de uma determinada quantidade faz com que distribuidor concentre as suas compras em grande medida num único fornecedor. A existência destas cláusulas de exclusividade vai desde logo coartar a liberdade comercial do concessionário porque o mesmo deixa de ter a possibilidade de escolher os fornecedores ou no mínimo perderá interesse comercial em optar por outros fornecedores. Por essa via, os produtos passam a ser adquiridos apenas ao concedente o que pode significar uma redução da concorrência. Nas palavras da Comissão *“os eventuais riscos da marca única para a concorrência são o encerramento do mercado a fornecedores concorrentes e potenciais, o abrandamento da concorrência e a maior possibilidade de colusão entre fornecedores no caso de utilização cumulativa e, quando o comprador é um retalhista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas a nível do estabelecimento comercial. Estes efeitos restritivos têm um impacto directo na concorrência intermarcas”*¹⁵⁸.

Este tipo de obrigação de exclusividade pode concretizar-se através de exigências mínimas de compra (*quantity forcing*), exigências de armazenagem (criação de *stock*) ou fixação não linear de preços, tais como sistemas de descontos condicionais ou tabelas com duas componentes (uma taxa fixa mais um preço por unidade). O que se pretende com a fixação não linear de preço é criar um sistema de incentivos para que, sem necessidade de criar uma obrigação contratual de compra *ipsis verbis*, de atingir o mesmo objetivo que é a aquisição de determinadas quantidades pelo distribuidor. Outro

¹⁵⁷ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 129.

¹⁵⁸ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 130.

aspecto que podemos mencionar são as chamadas cláusulas inglesas, nas quais é exigido “que o comprador comunique qualquer oferta melhor, só lhe permitindo aceitar essa oferta quando o fornecedor não a acompanhar, pode vir a ter o mesmo efeito do que uma obrigação de não concorrência”¹⁵⁹.

Nas Orientações de 2010, é indicado de forma clara que este tipo de disposições contratuais “são isentos ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassam, cada uma delas, 30 % e estão limitados a um período de cinco anos no que se refere à obrigação de não concorrência”.

Cabe agora perceber a relevância da avaliação da posição no mercado do fornecedor e do comprador é tão relevante. Do ponto de vista da análise do fornecedor, é relevante apreciar a sua posição porque tal pode indiciar se os efeitos anti-concorrenciais de fecho do mercado a novos concorrentes, através da criação de barreiras de entrada, são determinantes. Este aspecto torna-se crítico quando estamos perante um produto incontornável¹⁶⁰ e um fornecedor incontornável¹⁶¹. Em suma, a “posição de mercado do fornecedor” é de grande importância para apreciar os eventuais efeitos anti-concorrenciais das obrigações de não concorrência”¹⁶².

Se outros concorrentes tiverem a possibilidade de “concorrer em condições de igualdade para o conjunto da procura de um cliente, é normalmente improvável que as obrigações de marca única de um fornecedor específico possam ser um entrave a uma concorrência efectiva, a menos que a mudança de fornecedor pelos clientes seja

¹⁵⁹ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 129. A este propósito v. RITTER, Lennart; BRAUN, W. David; *op. cit.*, página 293; JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *op. cit.*, página 364.

¹⁶⁰ Isto significa que por via da marca da sua marca o produto em causa é incontornável e, portanto, “preferido por numerosos consumidores finais”, Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 132.

¹⁶¹ Se as restrições aos restantes distribuidores forem de tal ordem que limitam a capacidade de fornecer o produto em causa isto significa que “uma parte da procura só pode ser satisfeita pelo fornecedor em causa”, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 132.

¹⁶² Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafos 131 e 132.

dificultada devido à duração e à cobertura do mercado das obrigações de marca única”¹⁶³.

Assim, percebe-se a importância da quota de mercado do fornecedor e também a quota de mercado subordinada, “isto é, a parte da sua quota de mercado vendida sob uma obrigação de marca única”¹⁶⁴. Quanto mais relevantes forem os valores das quotas de mercado, mais poder tem o fornecedor, pelo que será mais provável que o mesmo consiga provocar um “efeito de encerramento do mercado”¹⁶⁵. O mesmo raciocínio quanto ao peso das quotas de mercado é feito na perspectiva do distribuidor, ou, usando os termos das Orientações de 2010, “do comprador”.

Por fim, o mesmo raciocínio aplica-se à duração das cláusulas aqui referidas, visto que a sua duração tem tendência para provocar o mesmo tipo de efeito de encerramento do mercado. Isto significa que não é avaliada da mesma forma uma cláusula com a duração de um ano ou uma que perdurará 5 anos, limite máximo previsto por regra. Esta matéria interliga-se com o conceito de posição dominante, a qual, por opção, não se integra no objeto deste trabalho, mas afigura-se fácil perceber porque é que uma empresa que detém uma posição dominante num determinado mercado relevante terá, decerto, mais limitações do que outra empresa que não possui tal posição – se detém essa posição, poderá abusar da mesma.

3.1.3 Distribuição seletiva

Nos termos da alínea e) do n.º 1 do Regulamento n.º 330/2010, um sistema de distribuição seletiva é “um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer directa quer indirectamente, apenas a distribuidores seleccionados com base em critérios especificados e em que estes distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema”. Esta definição contém três componentes que, cumulativamente, são

¹⁶³ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 133.

¹⁶⁴ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 133.

¹⁶⁵ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 133.

determinantes para a qualificação do acordo como sendo uma distribuição seletiva, a saber:

- a) o principal deverá ter escolhido os distribuidores pertencentes à sua rede de distribuição através de critérios específicos;
- b) o principal deverá ter-se comprometido a vender o produto apenas os distribuidores selecionados;
- c) os distribuidores selecionados deverão comprometer-se a não revender o produtos/serviços a distribuidores não pertencentes à rede de distribuidores selecionados pelo principal dentro do território reservado pelo principal ao sistema de distribuição seletiva.

Deste modo, um acordo de distribuição seletiva, à semelhança de os acordos de distribuição exclusiva, *restringe, por um lado, o número de distribuidores autorizados e, por outro, as possibilidades de revenda. A diferença em relação à distribuição exclusiva reside no facto de a restrição do número de distribuidores não depender do número de territórios mas, dos critérios de seleção associados, em primeiro lugar, à natureza do produto.*

A principal característica dos acordos de distribuição seletiva é o facto de a restrição estar associada aos critérios de seleção associados em primeiro lugar à natureza do produto, e não tanto aos territórios, como acima vimos na modalidade de distribuição exclusiva. Nas palavras da Comissão, *uma (...) em relação à distribuição exclusiva consiste no facto de a restrição de revenda não constituir uma restrição em relação às vendas ativas num território, mas sim uma restrição em relação a quaisquer vendas ativas a distribuidores não autorizados, deixando apenas como eventuais compradores os representantes designados e os clientes finais*¹⁶⁶. Em resumo, a distribuição seletiva é quase sempre utilizada para assegurar a distribuição de produtos finais de marca. Como é fácil compreender, este tipo de cláusulas em acordos de distribuição poderá conduzir a uma redução da concorrência intra-marcas. Este tipo de acordos de distribuição seletiva, quando amplamente usados, limitam a concorrência e podem, em última análise,

¹⁶⁶ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 174.

facilitar a colusão horizontal, porque limitam o número de *players* existentes no mercado e incrementam barreiras de entrada.

Tal como referido nas Orientações de 2010, “*para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição selectiva nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é necessário estabelecer uma distinção entre distribuição selectiva puramente qualitativa e distribuição selectiva quantitativa*”.

Deste modo, importa fazer a distinção entre a distribuição seletiva puramente qualitativa e quantitativa. Na primeira, os distribuidores são selecionados apenas com base em critérios objetivos, tendo em conta as exigências próprias derivadas da natureza do produto objeto do contrato, como por exemplo a “*formação do pessoal de vendas, os serviços fornecidos no ponto de venda, uma certa gama de produtos a serem vendidos*”. Por seu turno, na distribuição seletiva quantitativa, os distribuidores são selecionados por critérios qualitativos mas também quantitativos. Os acordos de distribuição seletiva onde também são usados critérios de seleção quantitativos têm por objetivo e efeito restringir o número de distribuidores autorizados para determinado tipo de produto.

A grande diferença entre uma solução puramente qualitativa e a existência ou não de critérios quantitativos é que a existência de critérios qualitativos, por si só, não limita diretamente o número de distribuidores autorizados, pelo que poderá considerar-se que, de maneira geral a distribuição seletiva puramente qualitativa não é abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, devido à ausência de efeitos anti-concorrenciais, desde que sejam satisfeitas três condições, a saber¹⁶⁷:

- a. A existência de um sistema de distribuição seletiva constitui um requisito legítimo tendo em conta a natureza do produto em causa, a fim de manter a sua qualidade e garantir o seu uso adequado.
- b. Os revendedores devem ser escolhidos com base em critérios objetivos de natureza qualitativa que são estabelecidos uniformemente, abertos a todos os potenciais distribuidores e que não são aplicados de forma discriminatória.
- c. Os critérios estabelecidos não devem ir para além do necessário.

¹⁶⁷ Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 175.

Tal como já referimos acima, na prática, a distribuição seletiva é quase sempre utilizada para assegurar a distribuição de produtos finais de marca. No entanto, não podemos deixar de referir que, apesar de tal se verificar na prática, não se trata de um requisito jurídico. Na realidade, este critério específico não está necessariamente interligado com as características qualitativas dos produtos, i.e., não é necessário que o produto apresente um grau de sofisticação que possa razoavelmente justificar a aplicação de um critério específico. O regulamento de isenção por categoria isenta a distribuição seletiva, independentemente da natureza do produto em causa e da natureza dos critérios de seleção¹⁶⁸. Não podemos esquecer que os pontos que acima focámos se aplicam no contexto do Regulamento n.º 330/2010. Esta perspetiva menos restritiva faz todo o sentido numa lógica de isenção por categoria¹⁶⁹.

Ainda relativamente ao critério específico para constituição do sistema de distribuição seletiva, importa referir que este critério não necessita de ser unívoco para toda a rede. De facto, o principal pode estabelecer os seus critérios específicos casuisticamente, i.e., o principal pode escolher o distribuidor “A” devido a determinadas características e o distribuidor “B” por outras características, não podendo os distribuidores, de forma automática, considerar que tais cláusulas configuram uma situação de discriminação ou as autoridades retirarem dessa flexibilidade de escolha ilações quanto à ilegalidade dos critérios. Este ponto de vista é alicerçado pelo disposto no parágrafo 176 das Orientações de 2010, no qual é referido que “o *Regulamento de Isenção por Categoria*

¹⁶⁸ *Contudo, no caso de as características do produto não exigirem a distribuição seletiva ou não exigirem os critérios aplicados, como, por exemplo, a exigência imposta aos distribuidores de possuírem um ou vários estabelecimentos tradicionais, tal sistema de distribuição não cria, em geral, efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas.* Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafo 176.

¹⁶⁹ Tal como refere o parágrafo n.º 176 das Orientações de 2010 “*A distribuição selectiva qualitativa e quantitativa é isenta pelo Regulamento de Isenção por Categoria desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem, cada uma delas, 30 %, mesmo que combinadas com outras restrições verticais não graves (...)*”.

isenta a distribuição seletiva, independentemente da (...) natureza dos critérios de seleção”¹⁷⁰.

Outro ponto que importa referir é que o Regulamento n.º 330/2010 não impede o principal e os distribuidores de estabelecerem entre si um acordo que impeça o principal de competir diretamente com os seus distribuidores no território que lhes está alocado. Sublinhamos que as restrições que implicam a retirada do benefício da isenção por categoria referidas no artigo 4.º, alíneas b), c) e d) do Regulamento n.º 330/2010 são dirigidas aos distribuidores, o que significa que, na relação entre o principal e o distribuidor seletivo, existe uma considerável liberdade de contratualização¹⁷¹.

Ainda do ponto de vista de proteção territorial, sublinhamos que é permitido ao principal comprometer-se a não nomear outro distribuidor para o território alocado a um membro da sua rede de distribuição seletiva, da mesma forma que esse mesmo membro não deverá abrir um estabelecimento no território alocado a outro distribuidor pertencente à rede de distribuição seletiva. É importante não confundir estas limitações com restrições territoriais no que concerne às vendas ativas e passivas. Na realidade, o Regulamento n.º 330/2010 é claro ao estabelecer, na alínea c) do n.º 4, como restrição grave “*a restrição das vendas ativas ou passivas a utilizadores finais, efetuada por membros de um sistema de distribuição seletiva que exerçam atividades no estúdio retalhista*”¹⁷².

Por fim, realçamos que um contrato de distribuição seletiva pode estar sujeito a uma cláusula de não concorrência desde que a mesma cumpra os critérios estabelecidos pelo artigo 5.º do Regulamento n.º 330/2010¹⁷³, mas já não é possível impedir um

¹⁷⁰ Neste sentido, WIJCKMANS, Frank; TUYTSCHAEVER, Filip; *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press, third Edition, 2018, páginas 274 e 275.

¹⁷¹ WIJCKMANS, Frank; TUYTSCHAEVER, Filip, *op. cit.*, página 277.

¹⁷² Como se pode verificar pelo disposto subalínea ii) da alínea b) do artigo 4.º do Regulamento 330/2010, os grossistas podem ser impedidos de efetuar vendas a utilizadores finais, i.e., de competir ao nível retalhista com os distribuidores selecionados.

¹⁷³ Recordamos que o artigo 5.º do Regulamento n.º 330/2010 estabelece que “*a isenção por categoria não é aplicável às seguintes obrigações incluídas em acordos verticais: a) qualquer obrigação de não concorrência direta ou indireta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse*

distribuidor pertencente à rede de distribuição seletiva de adquirir os produtos do principal junto de outra fonte que também pertença à rede de distribuição seletiva. Em suma, há que distinguir restrições relativas à venda de outras marcas (a tal cláusula de não concorrência) das restrições atinentes à fonte dos produtos, a qual está balizada pelo disposto na alínea d) do artigo n.º 4 do Regulamento n.º 330/2010.

3.2 Aplicação do artigo 101.º do TFUE ao contrato de agência¹⁷⁴

Tal como acima vimos, nos termos do n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, o contrato de agência é “*o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes*”.

Ora, tendo em consideração às especificidades deste modelo contratual, a pergunta a que nos propomos responder é a seguinte: em que circunstâncias é que o artigo 101.º do TFUE e o artigo 9.º da LdC se aplicam aos contratos de agência?

De forma direta, podemos sustentar que um autêntico contrato de agência está excluído do âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE. Na visão da Comissão¹⁷⁵, o contrato de agência é considerado genuíno se o agente não assume riscos em relação às vendas realizadas em nome do principal nem faz investimentos por sua conta e risco para aquele mercado ou área de atividade. Deste modo, o fator determinante para a apreciação da aplicabilidade das regras constantes do artigo 101.º do TFUE é a

cinco anos; b) qualquer obrigação direta ou indireta que impeça o comprador, após o termo do acordo, de produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços; c) qualquer obrigação, direta ou indireta, que impeça os membros de um sistema de distribuição seletiva de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes”.

¹⁷⁴ As principais fontes bibliográficas deste capítulo são: Comissão Europeia, *The competition rules for supply and distribution agreements – competition policy in Europe*, *op.cit.*, páginas 11 a 13; WISH, Richard, *op. cit.*, páginas 585 a 587; MOURA e SILVA, *op. cit.*, páginas 234 a 244; SUFRIN, Brenda; JONES, Alison, *op. cit.*, páginas 601 a 604.

¹⁷⁵ *O factor determinante na apreciação da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1, é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente* - Comissão Europeia, Orientações 2010, *op. cit.*, parágrafos 12 a 21.

existência – ou não – do fator risco de índole comercial ou financeira suportado pelo agente em nome do comitente.

Sem prejuízo do disposto nas linhas de orientação das restrições verticais sobre a aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, o contrato de agência permanece de difícil escrutínio em situações limite. Nem sempre a posição da Comissão tem percorrido uma linha de raciocínio única e não se tem verificado uma constante confluência de posições com o TJUE ao longo do tempo.

Passamos, então, a uma análise mais detalhada do percurso que nos trouxe até este ponto. De facto, historicamente, a Comissão tem vindo a intervir porque a legislação permite alguns espaços de atuação mesmo em circunstâncias em que o agente é mais do que um mero braço auxiliar da atividade do principal ou quando a realidade económica subjacente ao contrato sugere mais independência do que aquela que está contratualmente prevista.

Por exemplo, na análise de uma situação relacionada com as exportações paralelas, caso um contrato de agência não fosse considerado um contrato de agência genuíno, a instrução da parte do principal para proibição de exportações constituiria uma clara violação ao disposto no artigo 101.º do TFUE.

Logo, sempre que seja necessário elaborar um contrato de agência, o principal deve ter em consideração os riscos do investimento e o modelo económico, de forma a ir ao encontro do disposto nas atuais linhas de orientação da Comissão. Necessariamente, terá que ser dada à atenção a certos tipos de riscos que, na eventualidade de serem assumidos pelo agente, fazem pender a balança a favor da aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE, visto que o contrato não é considerado um verdadeiro contrato de agência. Por exemplo, o financiamento das existências por parte do agente é um risco diretamente relacionado com a celebração do contrato e configura a assunção, por parte deste último, de um risco de natureza comercial/financeira. Outro exemplo, são os riscos financeiros associados a investimentos específicos irrecuperáveis necessários para desempenho da atividade.

Logo desde 1962 a Comissão reconheceu, que o contrato de agência e as relações entre o agente e o principal não estão abrangidos pelo disposto no artigo 101.º (na altura 85.º). Também o TJUE não deixou de se pronunciar sobre este assunto ao longo do tempo. A análise desta matéria nunca foi linear, até porque não se trata de um tema fácil de apreciar numa situação concreta. Importa, portanto, dedicar alguma atenção a este ponto.

A primeira posição da Comissão sobre o tema encontra-se expressa na *Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents* de 1962¹⁷⁶ (usualmente designada como *Christmas Notice* por ter sido publicada a 24 de Dezembro de 1962), na qual é referido que o critério decisivo para apreciar se alguém era um agente ou distribuidor independente consistia na “*responsibility for the financial risks bound up with the sale or the performance of the contract*”.

O raciocínio base nesta matéria é o de que pela natureza das suas funções, os agentes não assumem quaisquer riscos resultantes das transações. Pelo contrário, quem assumisse riscos decorrentes da sua atividade era considerado independente. No fundo, o que a Comissão pretendia focar é que um agente típico percorria um determinado território a vender o produto do principal segundo os seus termos e a lista de preços deste. Este “verdadeiro” agente estava fora do âmbito da aplicabilidade da *supra* citada norma. Pelo contrário, um operador que detinha *stocks*, organizava serviços e tinha liberdade para estipular preços era de facto um operador independente e, como tal, sujeito às regras de Direito da Concorrência, aplicáveis às relações verticais. De facto, se a função do agente era meramente auxiliar do principal, então o contrato não podia afetar a concorrência, logo, não estava abrangido pela disposição legal em estudo.

Por seu turno, no processo *Consten and Grundig*¹⁷⁷ o TJUE abordou esta temática e considerou que a pedra de toque para distinguir um verdadeiro agente de um

¹⁷⁶ Comunicação publicada em FR, NL, DE, IT publicada no JOUE C 139 de 24.12.1962, traduzida para Inglês como “*Notice on exclusive dealing contracts with commercial agents*”, [1962], disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation>.

¹⁷⁷ Nas palavras do TJUE “*it is pointless to compare on the one hand the situation, to which Article 85 applies, of a producer bound by a sole distributorship agreement to the distributor of*

distribuidor independente era o facto de este se encontrar integrado na atividade de distribuição do principal.

Já no início dos anos 1970, na decisão *Pittsburgh Corning*¹⁷⁸, a Comissão decidiu que o atual artigo 101.º do TFUE era aplicável ao contrato controvertido porque o mesmo não era um verdadeiro contrato de agência. Esta decisão resultou na condenação da referida empresa por aplicação de preços discriminatórios, visto que a mesma aplicava preços diferentes consoante o destino das mercadorias. A reforçar a posição da Comissão estava o facto de este contrato de agência constituir um acordo temporário que seria convertido num verdadeiro contrato de distribuição logo que fosse conveniente face à reforma do sistema fiscal belga. No fundo, o que se pretende reforçar no estudo deste caso é que o acordo de agência (um acordo temporário, motivado por razões fiscais) não representava a realidade económica subjacente ao mesmo, considerando-se, assim, que não era um verdadeiro contrato de agência.

A questão da aplicação da legislação da concorrência aos contratos de agência foi também abordada pelo TJUE no processo *Suiker Unie*¹⁷⁹, onde novamente se repetiu o teste para saber se o agente estava ou não devidamente integrado na atividade do principal e se o mesmo assumia riscos ou não. Resulta dos autos do referido processo que os acordos controvertidos foram qualificados no plano jurídico como contratos de representação comercial. Ora, se tal intermediário exercesse uma atividade em benefício do seu comitente, poderia ser considerado “*como um órgão auxiliar integrado*” sujeito à obrigação de seguir as instruções do comitente e, portanto, era uma unidade económica

his products with on the other hand that of a producer who includes within his undertaking the distribution of his own products by some means, for example, by commercial representatives, to which Article 85 does not apply.” (sublinhado nosso). Ac. do Tribunal de 13 de Julho de 1966, C-56/64 - *Consten e Grundig*/Comissão da CEE, Processos apensos 56 e 58-64, Colectânea da Jurisprudência 1966 00429, <http://curia.europa.eu/>

¹⁷⁸ Decisão da Comissão 72/403/CEE de 23 novembre 1972 publicada em FR e NL [*Décision de la Commission, du 23 novembre 1972, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/26894 - Pittsburgh Corning Europe - Formica Belgium)*], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁷⁹ Acórdão do TJUE de 16 de Dezembro de 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA* e outros contra Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, Colectânea da Jurisprudência 1975/00563..

com este. Pelo contrário, independentemente da qualificação jurídica do contrato, se o tal intermediário exerce “*funções que se aproximam economicamente das de um negociante independente*” [e assume riscos, tais como os] “*riscos financeiros ligados à venda ou ao cumprimento dos contratos celebrados com terceiros*”, o mesmo nunca poderá ser considerado como um órgão auxiliar integrado do principal. No caso concreto, a conduta comercial dos representantes era claramente ambivalente. Por um lado, estes representantes estavam a agir na qualidade de negociantes independentes, mas em determinadas circunstâncias estavam fortemente vinculados pelos acordos celebrados – i.e., tão depressa agiam como agentes integrados como atuavam como comerciantes independentes, consoante as balizas do interesse do produtor. Nesta situação, é manifesto que o acordo não estava isento de análise à luz do artigo 101.º do TFUE¹⁸⁰.

No processo conhecido como *Vlaamse Reisbureaus*¹⁸¹, o TJUE rejeitou o argumento de que a relação existente entre o agente de viagens e um operador turístico era equivalente à relação existente entre um agente e o principal, visto que o agente de viagens não contratualiza em nome do principal. Logo, o agente de viagens não foi considerado como um auxiliar da atividade do operador turístico. Neste processo, o TJUE focou-se na natureza de auxiliar das atividades do agente e não no risco financeiro.

Quase no mesmo ano, a Comissão adotou a decisão *ARG/Unipart*¹⁸², na qual considerou que o acordo entre o fabricante de carros britânico *Austin Rover Group* e o fornecedor

¹⁸⁰ Acórdão do TJUE de 16 de Dezembro de 1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, *op. cit.*, parágrafos 539 a 551.

¹⁸¹ “*However, a travel agent of the kind referred to by the national court must be regarded as an independent agent who provides services on an entirely independent basis. He sells travel organized by a large number of different tour operators and a tour operator sells travel through a very large number of agents. Contrary to the Belgian government's submissions, a travel agent cannot be treated as an auxiliary organ forming an integral part of a tour operator's undertaking.*” *Ac. ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus v ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, datado de Outubro 1987, Processo n.º 311/85, parágrafo n.º 20, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁸² Decisão da Comissão de 22 Dezembro 1987 - IV/31.914 - *ARG/Unipart*, Jornal Oficial L 045 , 18/02/1988 P. 0034 – 0041, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

de peças *Unipart* era apenas um acordo de agência parcial. Neste caso, a Comissão centrou-se no fator risco assumido pela empresa. Nas palavras da Comissão, a *Unipart* atuava como um agente que não assumia qualquer risco comercial¹⁸³. Este caso é mais um exemplo em que a Comissão se debruçou sobre o fator risco e não sobre a característica de mero auxiliar da atividade do principal.

Também na decisão relativa às “*package tours*” do Mundial de 1990 em Itália, a Comissão baseou a sua tese na existência de risco comercial. Os contratos celebrados encontravam-se no âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE porque a *90 Tour Italia* assumiu um risco comercial elevado¹⁸⁴.

¹⁸³ Da decisão acima retiramos com especial interesse os parágrafos 26 e 27, nos quais a Comissão refere que: “(26) *However, Article [81(1)] is inapplicable in so far as the Agreement provides that Unipart shall promote the sales of Austin Rover Branded Parts for account of ARG and in consideration of a commission from ARG (point 7 (c) above). In this respect, Unipart acts in the role of an agent bearing no entrepreneurial risk (27) Otherwise, however, the parties have coordinated their purchasing and sales policies for [dual branded] parts that fit ARG vehicles in such a manner that, as regards the activities assigned to each party, each bears its own entrepreneurial risk (see point 7 (b) above). In this respect, it is irrelevant that Unipart has to make payments to ARG in consideration of ARG's investments which facilitate Unipart's distribution of parts, particularly the establishment of a dealer network for the sale and servicing of ARG vehicles.*”, decisão da Comissão de 22 Dezembro 1987, *op. cit.* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁸⁴ Nas palavras da Comissão: “*a 90 Tour Italia podia adquirir junto do COL Itália bilhetes de acesso aos estádios, mas, em seguida, prestava serviços diferentes, isto é, pacotes turísticos, de que os bilhetes constituíam apenas um elemento; estes pacotes eram comercializados aos preços e nas condições fixadas pela 90 Tour, - a 90 Tour Itália dever-se-ia comprometer a adquirir e adquiriu de facto um importante número de bilhetes para jogos cujo interesse junto dos espectadores se encontrava muito dependente da qualificação da sua equipa, sendo, pois, aleatório, - a 90 Tour Italia assumiu, por isso, um risco comercial elevado, tal como salientaram os representantes da CIT aquando da audição (acta da audição, páginas 60 e 70). Deste facto decorre que as funções da 90 Tour excediam em grande medida as de um simples mandatário e que os contratos em causa se encontram, pois, abrangidos pelo artigo 85º do Tratado*”. Decisão da Comissão, de 27 de Outubro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE (IV/33.384 e 33.378 - Distribuição de pacotes turísticos por ocasião do campeonato do mundo de futebol de 1990), parágrafos 77 a 79, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

Em 1995, no processo *Bundeskartellamt v Volkswagen and VAG Leasing*¹⁸⁵, relativo a uma obrigação imposta aos concessionários da *VW* para serem agentes exclusivos da afiliada da *WV* que fazia os contratos de *leasing* (i.e., os concessionários só podiam contratar *leasings* com carros *VW* com a afiliada local da *VW*), o TJUE rejeitou a defesa da tese do contrato de agência com base na existência de um risco e na natureza não auxiliar da atividade.

O que nos dizem as orientações da Comissão sobre este tema? Não podemos olvidar que nas já revogadas Orientações Verticais 2000¹⁸⁶, a Comissão faz a distinção entre contratos de agência genuínos e não genuínos utilizando como teste o fator risco¹⁸⁷. Atualmente, nas Orientações Verticais 2010, a distinção entre contratos de agência genuínos e não genuínos não é diferente: *O factor determinante na apreciação da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1, é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente*¹⁸⁸.

A Comissão tomou um rumo em que se focou principalmente no risco financeiro adveniente das transações que o agente realiza em nome do principal. Este ponto-chave, em conjunto com os investimentos específicos de mercado, parecem conduzir a uma desvalorização do teste da qualidade de agente integrado ou auxiliar da atividade do principal. Nas suas Orientações 2010, a Comissão explica quais os riscos que, uma vez

¹⁸⁵ Ac. do TJUE de 24 de Outubro de 1995, Processo C-266/93, *Bundeskartellamt contra Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*, Colectânea da Jurisprudência 1995 I-03477, disponível em <http://curia.europa.eu>. *Vide*, nomeadamente parágrafo 19 onde o TJUE refere que: “*Representatives can lose their character as independent traders only if they do not bear any of the risks resulting from the contracts negotiated on behalf of the principal and they operate as auxiliary organs forming an integral part of the principal's undertaking (see Suiker Unie v Comissão, paragraph 539). However, the German VAG dealers assume, at least in part, the financial risks linked to the transactions concluded on behalf of VAG Leasing, in so far as they repurchase the vehicles from it upon the expiry of the leasing contracts. Furthermore, their principal business of sales and after-sales services is carried on, largely independently, in their own name and for their own account.*”

¹⁸⁶ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*

¹⁸⁷ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.* parágrafos 13 a 15.

¹⁸⁸ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*

assumidos, fazem com que o contrato volte a entrar na esfera do artigo 101.º do TFUE. No entanto, não podemos deixar de referir que é deixado espaço de manobra para uma análise casuística, na senda do já antigo Acórdão *Pittsburgh Corning*, tendo em vista uma análise da realidade económica do contrato. De facto, a forma mais apropriada de abordar este assunto é mesmo citar o parágrafo n.º 16 das Orientações 2010¹⁸⁹, o qual refere o seguinte: “Assim, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, um acordo será normalmente considerado um acordo de agência quando o agente não é proprietário dos bens contratuais vendidos ou adquiridos ou quando o próprio agente não fornece os serviços contratuais e também nos casos em que o agente:

(a) não contribui para os custos relativos ao fornecimento/aquisição dos bens ou serviços contratuais, incluindo os custos de transporte dos bens. Tal não impede o agente de prestar o serviço de transporte, desde que os custos sejam cobertos pelo comitente;

(b) não mantém por sua conta e risco existências dos produtos contratuais, incluindo os custos de financiamento de existências e os custos de perda de existências, e pode devolver ao comitente produtos não vendidos sem qualquer pagamento, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis a fim de evitar a perda de existências);

(c) não assume responsabilidades face a terceiros pelos danos causados pelo produto vendido (responsabilidade pelo produto), a não ser que, na qualidade de agente, possa ser responsabilizado por negligência neste contexto;

(d) não assume responsabilidades pelo incumprimento do contrato por parte dos clientes, à excepção da perda da sua comissão, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis ou de medidas de prevenção do roubo ou incumprimento de medidas razoáveis para participar um roubo ao comitente ou à polícia ou para comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que tenha conhecimento sobre a solvabilidade financeira do cliente).

(e) não é, directa ou indirectamente, obrigado a fazer investimentos na promoção das vendas, como uma contribuição para orçamentos de publicidade do comitente;

¹⁸⁹ O texto das Orientações de 2000 é, no essencial, igual à actual redacção, o qual, por razões de economia, não iremos citar.

(f) não efectua investimentos específicos ao mercado em equipamento, instalações ou formação de pessoal, como, por exemplo, os depósitos de armazenamento de gasolina, em caso de venda a retalho de gasolina, ou software específico para a venda de apólices de seguros, no caso de agentes de seguros, salvo se tais custos forem reembolsados na íntegra pelo comitente;

(g) não desenvolve outras actividades no mesmo mercado do produto exigidas pelo comitente, salvo se tais actividades forem reembolsadas na íntegra pelo comitente.”

A lista acima citada não é exaustiva e, sempre que um agente incorra em um ou mais riscos ou custos acima referidos, o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE “*pode ser aplicável tal como a qualquer outro acordo vertical*”¹⁹⁰.

Chegados a este ponto, não podemos deixar de analisar a decisão da Comissão comumente designada como *Mercedes-Benz*¹⁹¹, na qual foi aplicada uma coima a esta empresa pelo facto de ter acordado com os concessionários medidas para prevenir o comércio paralelo de veículos entre EM. Neste caso, o grupo *Daimler-Benz AG* invocou que os concessionários eram apenas agentes, pelo que não lhe seria aplicável o artigo 101.º TFUE (na altura artigo 81.º do Tratado).

Todo o texto da decisão, até na parte factual, é demonstrativo da forma como os processos relativos a restrições verticais podem ser conduzidos. Mas, para não perdermos o rumo com uma análise excessivamente aprofundada, neste caso focar-nos-emos na análise da secção 2.1.3.2.¹⁹² daquela decisão, relativa à “*aplicabilidade do artigo 81.º às restrições acordadas com os agentes da Mercedes-Benz*”.

¹⁹⁰ Comissão Europeia, Orientações relativas às restrições verticais, *op. cit.*, parágrafo 17.

¹⁹¹ Decisão da Comissão n.º 2001/758/EC, Processo COMP/36.264 — Mercedes-Benz, [2002] JOUE L257/1, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

¹⁹² Decisão da Comissão n.º 2001/758/EC, Processo COMP/36.264 — Mercedes-Benz, *op. cit.*, secção 2.1.3.2, parágrafos 153 a 168.

Na sua acusação a Comissão refere que os “agentes” da *Mercedes-Benz* têm que suportar uma série de riscos empresariais¹⁹³ indissociáveis da sua atividade de intermediários da *Mercedes-Benz*, pelo que o artigo 101.º do TFUE (na altura 81.º do Tratado) seria aplicável. Por seu turno, no entender da *Daimler-Benz AG*, mesmo tendo em conta o aspeto da repartição de riscos, os agentes da *Mercedes-Benz* não poderiam ser equiparados a comerciantes em nome próprio, visto que o agente não suportaria qualquer dos riscos contratuais associados ao negócio de veículos novos, tais como transporte, armazenamento, preço e garantia. Nas palavras da *Daimler-Benz AG*, “os agentes suportam apenas o risco da comissão e não o risco de preço associado directamente à distribuição de automóveis novos, como sucede com os comerciantes em nome próprio”. No fundo, o que a *Daimler-Benz AG* defende é que está na discricionariedade do agente abdicar de parte da sua comissão para fazer negócio, o que, desde logo, não se pode considerar como um risco.

A Comissão procede à análise da argumentação da *Daimler-Benz AG* relativa ao facto de aqueles agentes não assumirem os mesmos tipos de riscos que um concessionário dito “normal”. A argumentação da *Daimler-Benz AG* é desconstruída, chegando-se à conclusão de que o “agente” assume uma parte considerável do risco do negócio, na medida em que quaisquer descontos eram deduzidos à sua comissão e, em casos de retoma de automóvel usado a preço superior ao preço de mercado, o valor também seria deduzido à comissão do agente.

Mais ainda, é referido que o aludido agente, nos termos do contrato celebrado, suporta ainda o risco e os custos de transporte de veículos novos, para além de ter que empregar recursos próprios na promoção de vendas, tais como a aquisição de veículo de demonstração¹⁹⁴. Por último, a Comissão sublinha ainda outros riscos empresariais, tais

¹⁹³ A este propósito, sublinha-se que é referido pela própria Comissão na sua decisão como referência bibliográfica não só o acórdão do TJUE de 24 de Outubro de 1995, processo C-299/93, *Volkswagen e VAG Leasing GmbH*, Col. 1995, I3477, mas também o n.º 19 da Orientações de 2010, *op. cit.*, parágrafos 12 e seguinte.

¹⁹⁴ É referido pela Comissão que os automóveis de demonstração são adquiridos por conta própria em número a determinar pelas duas partes ou, em última análise, pela própria *Daimler-Benz AG* unilateralmente, decisão da Comissão n.º 2001/758/EC, Processo COMP/36.264 — *Mercedes-Benz*, [2002] JOUE L257/1, secção 2.1.3.2, parágrafo 158.

como a obrigação de efetuar reparações em veículos sob garantia a expensas suas. Em suma, a Comissão concluiu que, pelo número e importância de riscos comerciais suportados, a argumentação da *Daimler-Benz AG*, no sentido de que estes últimos são verdadeiros representantes comerciais integrados, não poderia proceder.

A *DaimlerChrysler AG*¹⁹⁵ recorreu para o TGUE¹⁹⁶, sendo que este último acabou por anular a decisão da Comissão quanto às infrações ao artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, com exceção da parte relativa aos acordos destinados a restringir os descontos concedidos na Bélgica e que tinham sido assinados entre 20 de abril de 1995 e 10 de Junho de 1999, tendo, por conseguinte, reduzido a coima aplicada de 71,825 milhões de euros para 9,8 milhões de euros.

Outro caso que gostaríamos de destacar (também pelo facto de estar em causa um cartel, pelo que a abordagem ao tema principal é diferente) é a decisão da Comissão denominada *Greek Ferries*¹⁹⁷. Neste processo, a questão controvertida prendia-se com a aplicação ou não do artigo 101.º do TFUE (na altura, 85.º do TCE), numa situação de concorrência intra-marca, mas debruçando-se sobre a participação de um agente num cartel horizontal e as repercussões desta situação relativamente ao principal.

A *Minoan Lines* tinha um contrato de agência com a sociedade *ETA*, a qual era a exclusiva agente para todos os navios da primeira que operavam em rotas internacionais (mas não era uma subsidiária). Para o objeto do presente trabalho não nos interessa uma análise da questão do cartel, mas importa analisar a visão da Comissão quanto à não aceitação dos argumentos esgrimidos pela *Minoan Lines* tendo em vista defender a tese de que os comportamentos anti-concorrenciais da *ETA* eram da exclusiva

¹⁹⁵ Aquando da apresentação do recurso junto do TGUE a fusão entre a *Daimler-Benz* e a *Chrysler* já tinha ocorrido pelo que a sociedade *DaimlerChrysler AG* é que sucedeu às partes no processo em apreço.

¹⁹⁶ Ac.do TGUE (Quinta Secção) de 15 de Setembro de 2005, *DaimlerChrysler AG* contra Comissão das Comunidades Europeias, Processo T-325/01, Coletânea de Jurisprudência, 2005 II-03319, disponível em <http://curia.europa.eu/>

¹⁹⁷ Decisão da Comissão 1999/271/EC de 9 Dezembro 1998 (*Greek Ferries*), JOUE [1999] L 109/24 (a análise efetuada e as referências dizem respeito a versão em língua Inglesa).

responsabilidade da mesma, porque, aparentemente, não cabiam nas obrigações contratuais.

No entender da Comissão, resultava claro que a relação entre a *ETA* e a *Minoan* se traduzia no facto da primeira operar exclusivamente como agente da segunda, sob as suas instruções e supervisão. Nas palavras da Comissão, a *ETA* deveria ser descrita como a “*longa manus*” da *Minoan*, funcionando apenas como representante ou intermediário que atua exclusivamente em representação do principal¹⁹⁸. Os factos neste processo eram notórios, pelo que, apesar da existência formal de contrato de agência, a Comissão entendeu que se tratava de uma realidade económica única para efeitos da aplicação da legislação sobre cartéis.

Por seu turno, o TGUE rejeitou o recurso apresentado pela *Minoan Lines*. Para além do já referido, na senda da argumentação da Comissão, um dos pontos que o Tribunal focou foi o facto de a *ETA* se apresentar perante os consumidores como *Minoan Lines*. As atividades comerciais encontravam-se efetivamente delegadas e até os registos comerciais (os livros do comércio) provavam que as atividades eram concomitantes. Por exemplo, numa lista telefónica de Atenas, na referência à *Minoan Lines* surgia um estabelecimento com a morada de um escritório da *ETA*¹⁹⁹.

Quanto à imputação de responsabilidades nas relações entre o comitente e o agente, o TGUE refere-se à jurisprudência constante pré-existente sobre o conceito de empresa, o qual já foi abordado neste trabalho. De qualquer forma, para fechar a análise deste relevante Acórdão, é necessário sublinhar que “*deve ser entendido como designando uma unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa, mesmo se,*

¹⁹⁸ Decisão da Comissão 1999/271/EC de 9 de Dezembro de 1998 (*Greek Ferries*), *op. cit.*, parágrafos n.ºs 136 e 137.

¹⁹⁹ Ac. do TGUE (Quinta Secção) de 11 de Dezembro de 2003, processo T-66/99 (*Minoan Lines*), parágrafo n.º 88, disponível em <http://curia.europa.eu/>

do ponto de vista jurídico, essa unidade económica é constituída por várias pessoas singulares ou colectivas”²⁰⁰.

Tendo por base a jurisprudência anterior²⁰¹, o TGUE sublinhou que, para efeitos de aplicação das regras da concorrência, a separação formal entre duas sociedades, resultante das suas personalidades jurídicas distintas, não é determinante, visto que o que mais releva é o seu comportamento no mercado, ou seja, se entidade económica adota um comportamento único no mercado²⁰².

Em suma, o TGUE conclui que (i) a ETA operava no mercado apenas com o nome e para a *Minoan Lines*, (ii) não assumia qualquer risco económico²⁰³ (iii) e que perante terceiros as duas companhias eram vistas como uma só. Assim, resultou *dos elementos constantes dos autos que os critérios elaborados pela jurisprudência para considerar que um comitente e o seu agente formam uma única entidade económica estão reunidos*²⁰⁴.

É inequívoco que esta decisão do TGUE – o próprio assim o diz – se fundamentou em jurisprudência anterior, mormente no Acórdão do TJUE conhecido como *Suiker Unie / Comissão*. Mas não queremos fechar este ponto sem deixar no ar a pergunta (para a qual não sabemos a resposta): será que o TGUE teria feito exatamente o mesmo tipo de

²⁰⁰ O TGUE no processo *Greek Ferries* refere-se ao Ac. do TJUE de 12 de Julho de 1984, *Hydrotherm*, e Ac. do TGUE de 29 de Junho de 2000, *DSG/Comissão*, T-234/95, como referências.

²⁰¹ Ac. do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, conhecido como *ICI/Comissão*, processo n.º 48/69, disponível em <http://curia.europa.eu/>.

²⁰² Ac. do TGUE (Quinta Secção) de 11 de Dezembro de 2003, processo T-66/99 *op. cit.*, parágrafos n.º 121 a 123.

²⁰³ No que respeita à assunção do risco económico, o TGUE nos presentes autos elaborou um raciocínio *a contrario* tendo vindo beber à fonte do Ac. *Suiker Unie / Comissão* do TJUE, no qual ficou assente que um intermediário não pode ser considerado um órgão auxiliar integrado na empresa do comitente quando a convenção celebrada com este lhe confere ou deixa funções que se aproximam economicamente das de um negociante independente, pelo facto de ela prever a assunção, pelo intermediário, dos riscos financeiros ligados à venda ou ao cumprimento dos contratos celebrados com terceiros.

²⁰⁴ Ac. do TGUE (Quinta Secção) de 11 de Dezembro de 2003, processo T-66/99 *op. cit.*, parágrafo n.º 129.

raciocínio se estivesse em causa a análise de um acordo de distribuição e não uma questão de cartéis?

Resumidamente, existem algumas lições que consideramos relevantes retirar do presente capítulo relativo ao contrato de agência e à sua interligação com o direito da concorrência. Mais uma vez sublinhamos que: factos diferentes importam uma análise diferente, i.e. a tal análise da realidade económica subjacente ao contrato.

Em primeiro lugar, é perceptível que a posição da Comissão nem sempre foi totalmente coincidente com a jurisprudência do TJUE, nomeadamente até às orientações verticais 2000. O enfoque no fator risco, em detrimento da função de órgão auxiliar, não é totalmente coincidente com a posição inicial do TJUE, nomeadamente após o Acórdão *Consten e Grundig*. Contudo não podemos olvidar que também para a jurisprudência nem tudo é unívoco, visto que o TGUE no Acórdão *Minoan* que acima vimos - posterior ao *Consten e Grundig* e às orientações verticais de 2000 - não procede a uma análise da matéria de forma totalmente idêntica à análise do TJUE. Por seu turno, e sem prejuízo de melhor opinião, parece-nos que a Comissão rejeita a noção da integração no principal como fator de desconsideração de aplicação do artigo 101.º no processo *Mercedes-Benz* e já o considera mais relevante no processo *VAG Leasing*. Como temos sublinhado ao longo deste trabalho: cada acordo vertical merece a sua análise individual.

Sem prejuízo de alguma margem de manobra no âmbito de cada processo, podemos verificar que, na perspetiva do TFUE: (i) a doutrina da unidade económica é um ponto fundamental; (ii) é feita uma interpretação baseada na “*rule of reason*”, ou seja, o TJUE tem vindo a olhar para os contratos de agência no intuito de verificar se o agente apenas cumpre ordens e se de outra forma nem conseguiria vender os produtos (e, por consequência, funciona como uma entidade integrada no principal). Por fim, o fator do risco é uma tema determinante, logo é preciso perceber o grau de dependência (teste do

caso *Pittsburgh Corning*) e, por exemplo, detetar indícios como a existência de alguns *sunk costs*²⁰⁵.

Neste contexto, é natural que as empresas olhem para a posição da Comissão e, também, para as autoridades de concorrência nacionais como fonte fundamental de jurisprudência. Se olharmos para o problema do contrato de agência tendo como ponto principal da análise o fator risco, então concluímos que o contrato de agência está fora do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE quando o agente não suporta quaisquer riscos. De facto, a nosso ver, apesar de a realidade económica do contrato ter que ser analisada casuisticamente, é uma tarefa hercúlea provar a inexistência de risco se o agente tiver que (i) pagar/comprar o *stock* de produtos, (ii) pagar despesas de transporte dos produtos, (iii) assumir riscos de comercialização e (iv) efectuar investimento iniciais avultados não recuperáveis e/ou específicos para o mercado (os tais conceitos de *sunk costs* e *market-specific investments*). Nestas situações, dificilmente se poderá afastar a aplicabilidade do disposto no artigo 101.º do TFUE e equivalente nacional.

Tanto nas Orientações de 2000 como nas de 2010, no parágrafo 15, é referido que “os riscos relacionados com a actividade de prestação de serviços de agência em geral, tais como (...) de investimentos gerais em, por exemplo, instalações ou pessoal, não são relevantes para esta apreciação”. Por outro lado, no parágrafo 14 das orientações verticais de 2010 é referido que “existem os riscos específicos dos investimentos associados ao mercado em causa. Trata-se de investimentos exigidos especificamente pela actividade para a qual o agente foi nomeado pelo comitente, isto é, que são necessários para permitir que o agente celebre e/ou negocie este tipo de contratos. Tais investimentos são normalmente irrecuperáveis, o que significa que após o

²⁰⁵ Por exemplo, no processo *Mercedes-Benz*, o facto de o agente ter que fazer reparações nos carros vendidos e ainda sujeitos a garantia (que, presumivelmente, até seriam poucos) a preços tabelados foi considerado um risco para efeitos de determinação da aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE àquele tipo de contrato.

*abandono desse domínio de actividade específico, o investimento não pode ser utilizado para outras actividades ou só pode ser vendido com prejuízos significativos*²⁰⁶.

A nosso ver, no processo da *Mercedes-Benz*, a Comissão não fez uma análise de risco tendo em conta investimentos específicos de mercado, mas uma análise de risco mais genérica. Será que a adequação das oficinas aos veículos da Mercedes justificaria a aplicação do disposto no parágrafo 14 das orientações verticais de 2000 e 2010, ou não? Cremos que não, porque, muito possivelmente, o agente não teria celebrado o contrato se não tivesse feito tal adaptação. Por outro lado, será assim tão diferente e dispendioso adaptar uma oficina da Mercedes-Benz para outra marca do mesmo segmento de mercado de carros *premium*?

Parece que o ponto fundamental é perceber se o investimento é irrecuperável ou não, o tal conceito de *sunk cost*. Pensando num exemplo típico da indústria farmacêutica, perguntamo-nos se será que é assim tão difícil/dispendioso readaptar um sistema logístico? Será necessário dar treino específico a todos os funcionários? Onde podemos traçar a linha divisória? Não nos parece tão diferente a logística entre medicamentos inovadores, genéricos, medicamentos sujeitos a receita médica²⁰⁷, medicamentos não sujeitos a receita médica ou suplementos alimentares; no entanto, são todos mercados relevantes diferentes. Poder-se-ia dizer que uma cadeia de frio para transporte de vacinas é um *sunk cost*? Do nosso ponto de vista, não, isto porque também existem outros tipos de medicamentos que necessitam de cadeias de frio (e existem sempre outros produtos que necessitem de cadeias de frio). Indo mais longe, se pensarmos que uma cadeia de frio num armazém farmacêutico, na sua génese não é mais do que um conjunto de frigoríficos de armazenamento; então poderíamos dizer que, com a simples regulação de temperatura e mudança de prateleiras, poderíamos transformar um aparente *market specific investment* (investimento específico necessário para exercer a atividade), conseqüentemente um *sunk cost*, num armazém de outros bens perecíveis, como por exemplo produtos alimentares. Assim, por um lado, parece-nos que a

²⁰⁶ Este texto é praticamente *ipsis verbis* utilizado no parágrafo 14 das orientações verticais de 2000.

²⁰⁷ O facto de as boas práticas de distribuição (artigo 100.º do Decreto-Lei 176/2006 de 30 de agosto e deliberação do Infarmed n.º 047/CD/2015) se aplicarem a todos os tipos de medicamentos reforça a nossa posição quanto a esta matéria.

aquisição de armazéns e equipamentos complementares e meios de transporte não pode ser perspectivado como sendo (sempre) um *sunk cost*. Contudo, por outro lado, a aquisição de um equipamento informático específico para controlo da distribuição de medicamentos ou dispositivos médicos já seria um *sunk cost*, porque seria definitivamente um *market specific investment* (pelo menos, para o mercado “alargado” dos medicamentos ou dos dispositivos médicos).

Neste ponto, não é nosso intento apresentar soluções únicas. O que pretendemos é concluir que os textos das linhas de Orientação de 2000 e 2010 não são totalmente fechados. Assim, no seguimento da jurisprudência, só podemos concluir pela necessidade de uma análise casuística que tenha subjacente a realidade do negócio, para concluir se o disposto no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE é aplicável àquele específico contrato em análise.

Tal como refere o Advogado-Geral Tesauro²⁰⁸ nas conclusões apresentadas no âmbito do processo *Bundeskartellamt/Volkswagen e VAG Leasing*: “A busca de parâmetros universais, susceptíveis de dar uma resposta geral que seja aplicável a todos os contratos de agência e a cada contrato globalmente considerado, parece-me destinada ao insucesso”.

Em suma, o contrato de agência não é abrangido pelo artigo 101.º do TFUE se o agente não suportar riscos ou suportar riscos insignificantes em relação aos contratos celebrados em nome do principal e também não suportar investimentos específicos necessários para exercer a atividade irrecuperáveis. A situação do risco deve ser analisada de forma casuística e nessa análise deve ser dada primazia à realidade económica subjacente ao contrato, e não tanto à forma jurídica como o mesmo está construído²⁰⁹.

Desta forma, um acordo de agência **genuíno** – i.e., que não está dentro do âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE – **pode conter** cláusulas limitativas da atuação do agente, tais como tais como (i) limitações relativas ao território no qual o agente pode vender os bens ou serviços, (ii) limitações em relação aos clientes a quem o agente pode

²⁰⁸ Advogado-Geral Tesauro nas conclusões apresentadas no âmbito do processo C-266/93 - *Bundeskartellamt/Volkswagen e VAG Leasing*, ponto 18, disponível em <http://curia.europa.eu/>

²⁰⁹ Neste sentido, MOURA e SILVA, Miguel, *op. cit.*, página 239.

vender os bens ou serviços, (iii) os preços e as condições a que o agente deve vender ou adquirir os bens ou serviços, são consideradas parte integrante de qualquer acordo de agência e são vistas como a forma de o comitente (o qual assume todos os riscos) determinar uma estratégia comercial²¹⁰.

Na realidade, o principal pode estabelecer regras porque, ao assumir todos os riscos comerciais, tem que ser livre para estabelecer a sua própria estratégia comercial²¹¹.

À guisa de conclusão desde tópico, não podemos deixar de evidenciar que “*um acordo de agência pode igualmente ser abarcado pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, mesmo que o comitente suporte todos os riscos financeiros e comerciais relevantes, no caso de facilitar uma colusão. Tal poderá, por exemplo, acontecer quando alguns comitentes utilizam os mesmos agentes, impedindo colectivamente outros de utilizarem estes agentes ou quando utilizam os agentes para uma colusão relativa à estratégia de marketing ou para trocar informações de mercado sensíveis entre os comitentes*”²¹².

²¹⁰ Orientações Verticais de 2000, *op. cit.*, parágrafo 18 e 19:” *Para além de regular as condições de venda ou de aquisição de bens ou serviços contratuais por parte do agente por conta do comitente, os acordos de representação incluem frequentemente disposições que dizem respeito à relação entre o agente e o comitente. Em particular, podem incluir uma disposição que impeça o comitente de nomear outros agentes relativamente a um determinado tipo de transacção, cliente ou território (disposições de agência exclusiva) e/ou uma disposição que impeça o agente de agir enquanto agente ou distribuidor de empresas concorrentes do comitente (disposições de não concorrência). As disposições de agência exclusiva dizem apenas respeito à concorrência intramarcas e não produzirão em princípio efeitos anticoncorrenciais. As disposições de não concorrência, incluindo as disposições de não concorrência após o termo do contrato, referem-se à concorrência intermarcas e podem infringir o n.º 1 do artigo 81.º se conduzirem a um encerramento do mercado relevante em que os bens ou serviços contratuais são vendidos ou adquiridos”.*

²¹¹ Neste sentido, MOURA e SILVA, *op. cit.*, página 240.

²¹² Jornal Oficial n.º C 130 de 19/5/2010, p. 0001, disponível na versão Portuguesa em <http://eur-lex.europa.eu/>, parágrafo 20.

IV. O abuso de dependência económica²¹³

4.1 O que é o abuso de dependência económica?

Este instituto não tem consagração expressa no direito da UE, mas existem figuras similares nos ordenamentos jurídicos de outros EM, como a França. Consideramos que este instituto tem particular importância para este trabalho pelo facto de constituir uma divergência em relação ao TFUE e porque está construído tendo em conta as relações verticais..

Estipula o artigo 12.º da LdC que: *“É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente”*. O n.º 2 do mesmo artigo dá um elenco exemplificativo de situações a ter em consideração, a saber: *“Podem ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos: a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior; b) A rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas”*. Por seu turno, o n.º 3 do mesmo artigo vem explicitar *“que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando: a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável”*.

O que se entende, então, pelo abuso de dependência económica, também usualmente designado por abuso de posição dominante relativa? O abuso de dependência económica é uma prática que decorre da utilização ilícita, por parte de uma empresa, do

²¹³ Principal bibliografia consultada: BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *op. cit.*, páginas 131 a 158; CALVETE, Victor J.; *Abuso de Posição Dominante II: O Abuso de Dependência Económica*, Selected Works, 2011, disponível em http://works.bepress.com/victor_calvete/5/; MARIANO PEGO; José Paulo, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*; Almedina, Coimbra, 2001

poder de que dispõe em relação a outra empresa no âmbito de determinada relação comercial, em que esta última não dispõe de alternativa equivalente para fornecimento dos bens ou prestação dos serviços em causa.

4.2 A história, o atual regime jurídico e a aplicabilidade deste instituto

A figura do abuso de dependência económica surgiu pela primeira no ordenamento jurídico Português no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, cujo conteúdo era em parte diferente do que encontramos hoje na LdC. Durante a vigência do Decreto-Lei n.º 371/93 verificaram-se os únicos dois casos de aplicação da figura do abuso de dependência económica por parte da atual AdC (na altura dos factos, Conselho da Concorrência). Nos dois casos “das cervejas”, designados por Centralcer e Unicer (processo n.º 3/98 e processo n.º 2/99, respetivamente), estavam em causa a dependência dos distribuidores em relação aos produtores de cerveja. Sublinha-se, em abono da boa compreensão deste instituto, que o que esteve aqui em causa foi a relação bilateral entre as entidades e não tanto a afetação do mercado.

Aquando da reforma que deu azo à publicação da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho foram introduzidas alterações substanciais à disposição e, conseqüentemente, à figura do abuso de dependência económica²¹⁴, as quais tiveram manifesto reflexo na atual redação do artigo 12.º da LdC em vigor, nomeadamente a referência à suscetibilidade de “*afetação do mercado ou a estrutura da concorrência*”²¹⁵. Apesar de alguma sobreposição entre as figuras do abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica, o legislador português optou por manter este vivo este instituto por considerar que o

²¹⁴ Para um estudo da história e do racional deste instituto remetemos para BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *op. cit.*, página 132 a 135 e MARIANO PEGO; José Paulo, *op. cit.*, páginas 85 e seguintes.

²¹⁵ Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 40/IX (Aprova o Regime Jurídico da Concorrência): *Enfim, altera-se significativamente, no artigo 7.º desta proposta de lei, o regime da figura do abuso de dependência económica, prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93. Entende-se, com efeito, que, a manter-se na legislação portuguesa da concorrência a referência a uma tal figura (desconhecida na maior parte das legislações comunitárias), se impõe a modificação dos seus pressupostos, de modo a que possa atuar apenas se e na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência – in Calvete, Victor J., *op. cit.**

mesmo apresenta (ainda) alguma relevância para o ordenamento jurídico português²¹⁶. O racional que está subjacente à figura é o de que, apesar de uma aparente sobreposição de conceitos, o abuso de posição dominante está intrinsecamente ligado à relação bilateral entre duas empresas que se encontram numa relação vertical. Uma das empresas pode não preencher os requisitos para estar em posição dominante num determinado mercado relevante (logo, não pode abusar da posição que não tem), mas poderá estar numa posição de dominância relativa em relação a outra empresa, pelo que, ao abusar desta posição, poderá incorrer numa violação do artigo 12.º da LdC.

Portanto, o atual artigo 12.º da LdC refere-se a situações em que é explorada abusivamente a posição dominante de uma empresa em relação a outra no âmbito de relações bilaterais.

Deste modo, usando as próprias palavras da AdC, “*como notas essenciais desta figura podemos destacar que i) o abuso de dependência apenas se pode verificar numa relação vertical entre duas empresas; ii) a empresa “vítima” tem que se encontrar num estado de dependência económica da empresa “dominante”, atendendo à inexistência de alternativas equivalentes*”²¹⁷.

Chegados a este ponto, percebemos que, para a existência de um abuso de dependência económica, é necessário (i) a existência de uma relação vertical e (ii) que a empresa que está numa posição de dependência não consiga aceder a alternativas equivalentes.

O que é isto de alternativas equivalentes? Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 12.º, considera-se que não existem alternativas equivalentes quando: (i) o fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e (ii) a empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

²¹⁶ BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *op. cit.*, página 133 e 134.

²¹⁷ Informação disponível em www.adc.pt.

Quais são os comportamentos considerados abusivos? O n.º 2 do artigo 12.º da LdC fornece um catálogo exemplificativo de situações consideradas abusivas:

- A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas *a)* a *d)* do n.º 2 do artigo anterior [i.e. *a)* impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; *b)* limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; *c)* aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; *d)* subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos];
- A rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

MARIANO PEGO recorre a quatro elementos indiciadores para apreciar a dependência dos distribuidores em relação aos fornecedores: 1) a notoriedade da marca, 2) a quota de mercado do fornecedor, 3) parte representada pelos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor, 4) possibilidade que este tem de obter, junto de outros fornecedores, produtos equivalentes²¹⁸. Para este autor, estes são os quatro elementos essenciais de análise na apreciação de uma situação de eventual abuso de posição dominante relativa.

Deste modo, analisando o tema numa perspetiva de uma relação vertical principal-distribuidor, em que o primeiro tem uma posição de força em relação ao segundo, verificamos que quanto maior for a notoriedade da marca, mais facilmente existe um elemento indicativo para provar que a empresa que se encontra em posição de força (tendencialmente o principal) abusou da sua posição perante a outra empresa (tendencialmente o distribuidor). Mas a notoriedade da marca, como o próprio autor

²¹⁸ MARIANO PEGO, José Paulo, *op. cit.*, página 123.

refere²¹⁹, está longe de ser um elemento decisivo por si só. Na realidade, a quota de mercado do principal assume especial relevância neste contexto. Por seu turno, o peso dos produtos do principal no volume de negócios do distribuidor é um elemento fundamental na avaliação de um eventual abuso de dependência económica. Por fim, quanto maior for a possibilidade de o distribuidor obter, junto de outros fornecedores, produtos equivalentes, em condições comerciais (prazos e preços) equivalentes, menor será a possibilidade de o principal abusar de uma posição de dependência.

Tal como refere MARIANO PEGO, nenhum dos critérios deve ser analisado isoladamente, visto que todos são elementos relevantes para a análise, a qual necessariamente implica uma apreciação casuística e cuidada.

4.3 Breve análise

Parece-nos, à primeira vista, que o instituto de abuso de posição dominante relativa pode ser gerador de uma confusão de conceitos, isto porque tem na sua génese a proteção de uma parte em relação a outra parte no âmbito de uma relação contratual/bilateral. Como acima vimos, o Direito da Concorrência não tem como propósito a proteção de uma relação entre duas partes num contrato, mas sim a proteção do mercado e, em última análise, do consumidor. Assim, a nosso ver, é interessante analisar a aplicabilidade deste instituto no âmbito da cessação do vínculo contratual entre o principal e o seu distribuidor. Por referência à LCA, ao CC e, principalmente, às disposições contratuais das partes parece-nos que as relações bilaterais já se encontram devidamente acauteladas sem necessidade de recorrer à LdC para tutelar relações bilaterais.

Parece-nos que decorre claramente da lei e é unânime na doutrina que a LdC tem um propósito que não a tutela de relações bilaterais entre empresas. Assim, secundamos a

²¹⁹ O Autor apoia-se na Jurisprudência francesa, mas desde logo refere que na análise da notoriedade da marca importa sempre a verificação das circunstâncias do caso concreto e principalmente, a conjugação com outros fatores de avaliação. *Vide*, MARIANO PEGO, José Paulo, *op. cit.*, página 127.

opinião de FERREIRA PINTO²²⁰, recusando uma instrumentalização de disposições jus-concorrenciais à tutela da estabilidade do vínculo ou à proteção social dos distribuidores.

Não nos parece que o abuso de dependência económica seja um instituto fácil de invocar de forma fundamentada. A nosso ver, na prática, o distribuidor pode optar por invocar o abuso de dependência económica relativa como mais uma forma de se proteger tendo em vista a compensação dos investimentos de confiança, numa atitude em que usa mais uma arma que a LdC colocou à sua disposição para, na realidade, defender uma posição que não tem a sua génese no Direito da Concorrência. Somos da opinião de que a origem de uma eventual dependência económica reside na necessidade de proteção dos investimentos realizados pelo investidor em face da cessação do vínculo. De facto, o produtor, ao negociar com o distribuidor um modelo de distribuição indireta integrada, pode fazer com que este último suporte determinados encargos e necessariamente suporte riscos inerentes à atividade de distribuição. Isto significa que é pressuposto essencial de acesso aos produtos que o distribuidor efetue os investimentos necessários – como tal, suporta os riscos subjacentes à sua independência em relação ao produtor. O peso desta situação será tanto maior quanto mais específicos sejam os investimentos efetuados. Podemos estar perante um infundável mundo de situações em que este problema jurídico é aplicável, mas dificilmente encontramos uma situação mais gritante do que o contrato de *franchising*. Um franqueado decerto que fez inúmeros investimentos para se adaptar à uniformidade da rede de distribuição.

Deste modo, usando o exemplo do contrato de franquia, por via deste tipo de investimentos, o franqueado pode ficar numa posição mais frágil e de dependência económica em relação ao principal. Na realidade, muitos destes investimentos são de difícil recuperação ou totalmente irrecuperáveis. É certo que, aquando da elaboração do contrato, decerto que a duração foi programada em função deste tipo de investimentos iniciais, mas, por outro lado, também não é displicente equacionar que o franqueado muitas vezes terá que efetuar ao longo do tempo reinvestimentos para se manter dentro dos parâmetros inicialmente acordados. Deste modo, quanto maiores forem os

²²⁰ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*; páginas 737 e seguintes.

comumente designados *sunk costs*, maior a probabilidade de existir uma eventual dependência económica da parte do franqueado (ou de outro distribuidor no âmbito de outra figura contratual). A simples impossibilidade, ou grande dificuldade, em readaptar os investimentos já feitos para um novo negócio torna a posição do distribuidor muito mais frágil em caso de eventual cessação do vínculo – aliás, em nossa opinião, a mera hipótese de cessação do vínculo pode desde logo gerar uma destabilização tal que o distribuidor cede perante o principal com alguma facilidade aquando de qualquer renegociação. Esta pode constituir uma verdadeira situação de dependência económica perante a qual o principal poderá abusar. Mas, na realidade, nada do que agora falamos está relacionado com o conceito que acima abordámos.

Mais uma vez, não podemos deixar de citar FERREIRA PINTO e afirmar que *“a tutela jurídica dos investimentos compreende todas as medidas normativas e os instrumentos jurídicos que têm como objectivo a salvaguarda da consistência económica dos elementos empresariais coligados pelo distribuidor para o cumprimento das obrigações que para ele decorrem do contrato celebrado com determinado fornecedor (...) bem assim, as medidas de cariz indemnizatório, vocacionadas para ressarcir ou compensar o valor do investimentos cuja utilidade se veja comprometida por uma prematura cessação do vínculo”*²²¹.

Concluimos que a proteção destes investimentos deverá ser efetuada em primeira linha pelas partes aquando da celebração do contrato, acautelando as suas posições em função das especificidades de cada relação de distribuição. Não deverá ser o propósito da LdC imiscuir-se nesta relação bilateral através de um instituto – o abuso de dependência económica – que, a nosso ver, não só é de difícil aplicação prática como é desfasado da matriz do direito da concorrência.

²²¹ FERREIRA PINTO, Fernando A., *op. cit.*; página 741.

Conclusão

O nosso propósito com este trabalho foi, não só dar nota do estado da arte sobre esta matéria, mas acima de tudo tentar demonstrar que a relação entre os contratos comerciais e o Direito da Concorrência é importante, necessária e deve se focar na realidade económica da relação comercial vertical. Cremos que desta breve análise é possível concluir que é necessário analisar a aplicação do Direito da Concorrência, a todos os tipos de contratos de distribuição tendo em consideração a realidade económica subjacente a esse mesmo contrato, evitando-se, assim, a aplicação padronizada e formalista das regras de Direito da Concorrência, sem, contudo, abandonar por completo a análise formal das regras aplicáveis. Cremos que Pieter Van CLEYNENBREUGEL sintetiza aquilo que tentamos transmitir ao afirmar que “*The modernization of EU competition law directly invited classic interpretation of Article 101 TFUE to be attuned to the realities of a more economically sound effects-focused assessment framework. More economics-inspired analysis did not however imply the end of a formal legal reasoning in EU competition law*”²²². De facto, o Direito da Concorrência tem por objeto disciplinar os intervenientes no mercado mas para tal é necessário analisar esse mesmo mercado.

Esta não é uma abordagem inovadora, foi aliás este o mote que presidiu à reforma promovida pela Comissão a partir do ano 2000, no seguimento do *white paper on modernization of the rules implementing article 85 and 86 of the EC Treaty*. Citando Mario MONTI “*to bring the legislation into line with the current economic thinking*”²²³.

Na realidade, o artigo 101.º do TFUE manteve-se na sua essência inalterado desde da sua criação, sendo que tivemos que recuar até ao início dos anos 60 do século passado para estudar os primórdios da sua aplicação. É fácil perceber que a realidade económica (e com esta o pensamento económico), se alterou profundamente ao longo dos anos. Em 2000, quando se iniciou a profusa reforma da legislação, já a UE e a dinâmica do

²²² CLEYNENBREUGEL, Pieter Van, *Article 101 TFUE and the EU courts: adapting legal form to the realities of modernization?*, in *Common Market Law Review*, n.º 51, 2014, página 1381.

²²³ Mario Monti, Commissioner for Competition Policy, SPEECH/00/240, Washington, 26 June 2000, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-240_en.html

mercado único eram totalmente diferentes da realidade que exista no início da construção europeia. A nosso ver, hoje em dia faz ainda mais sentido olhar para a realidade económica como o ponto fundamental na análise do Direito da Concorrência no âmbito dos contratos de distribuição.

Em suma, importa, aplicar (sublinhamos nós que o principal e o Distribuidor o devem aplicar preventivamente) o Direito da concorrência como um instrumento de regulação, promovendo o equilíbrio entre duas realidades diferentes mas que necessariamente devem caminhar juntas. A relação de simbiose entre o Direito da Concorrência e os Contratos Comerciais deve pender para o equilíbrio.

Bibliografia

Monografias

BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, 2016.

ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, 2014.

FERREIRA PINTO, Fernando A., *Contratos de Distribuição – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*; Universidade Católica Editora; Lisboa; 2013.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz, *Eficiência Económica e Restrições Verticais – Os argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, AAFDL, 2008.

GILLIÉRON, Hubert Orso, *Les Contrats verticaux en droit communautaire et suisse de la concurrence*, Bruylant Bruxelles, Schulthess, 2004.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, 2.ª Edição, Oxford, 2004.

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos de posição Dominante*, Almedina, 2012.

MARIANO PEGO, José Paulo; *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*; Almedina, Coimbra, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Contratos Comerciais – Apontamentos; Principia – Publicações Universitárias e Científicas*, 2.º Edição, 2003.

MOURA e SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, Almedina, 2008.

ODUDU, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006.

PINTO MONTEIRO, António, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002.

RITTER, Lennart; BRAUN, W. David; *European Competition Law – A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 3.ª Edição, 2005.

WIJCKMANS, Frank; TUYTSCHAEVER, Filip, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford University Press, third Edition, 2018.

WITT, Anne C., *The more economic approach to EU antitrust law*, Hart Studies in Competition law; Hart Publishing; Oxford and Portland, Oregon, 2016.

WISH, Richard; *Competition Law*, Oxford University Press, 5.^a edição, 2005.

Artigos

BAILEY, David, *Restrictions of Competition by Object under article 101 TFUE*, in *Common Market Law Review*, n.º 49, 2012, páginas 559-600.

CALVETE, Victor J.; *Abuso de Posição Dominante II: O Abuso de Dependência Económica*, *Selected Works*, 2011, disponível em http://works.bepress.com/victor_calvete/5/.

CLEYNENBREUGEL, Pieter Van, *Article 101 TFUE and the EU courts: adapting legal form to the realities of modernization?*, in *Common Market Law Review*, n.º 51, 2014, páginas 1381-1436.

MENEZES CORDEIRO; António, *Do contrato de concessão comercial*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2000, ano 60, volume II, abril, páginas 608 e seguintes.

DAVID, Mariana Soares; *A Aplicação Analógica do regime jurídico da cessação do contrato de Agência aos contratos de concessão comercial: tradição ou Verdadeira analogia?*, disponível em <http://www.mlgs.pt/>

EHLERMANN, Claus Dieter, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, in *Common Market Law Review*, n.º 29, 1992, páginas 257-282.

EHLERMANN, Claus Dieter, *The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, in *Common Market Law Review*, n.º 37, 2000, páginas 537-590.

GOEBEL, J.Roger; *Analysis of Case 161/84 Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*; in *Common Market Law Review*, n.º 23, 1986, páginas 683-702.

JOHANSSON, Helena; *The Development in EC Competition Law Concerning Vertical Distribution Agreements*, Faculty of Law University of Lund, 2001, disponível em repositório on-line da Universidade de Lund.

LIANOS, Ioannis, *Collusion in Vertical Relations under article 81*, in *Common Market Law Review*, n.º 45, 2008, páginas 1027-1077.

MONTI, Giorgio; *Restrains on Selective Distribution Agreements*, in *World Competition* n.º 36, 2013, páginas 489-512.

ODUDU, Okeoghene; BAILEY, David, *The single economic entity doctrine in EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, n.º 51, 2014, páginas 1721-1758.

POSNER, Richard A., “*The next step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se legality*”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 48, artigo n.º 3, 1981, disponível em <http://chicagounbound.uchicago.edu>

VOGEL, Louis; *Vertical Restraints: Towards More Rigid Rules for Distribution Networks in Europe?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014.

WITT, Anne C., *The Enforcement of article 101 TFUE: What has happened to the effects analysis?*, in *Common Market Law Review*, n.º 47, 2018, páginas 417-448.

WISH, Richard; BAILEY, David, *Regulation 330/2010: The Commission’s New Block Exemption for Vertical Agreements*, in *Common Market Law Review*, n.º 47, 2010, páginas 1757-1791.

WRIGHT, Joshua D., *Antitrust Law and Competition of Distribution*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 23, article 2, disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu>.