



XI MESTRADO EM DIREITOS DAS EMPRESAS E DO TRABALHO

2017-2018

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

A Articulação dos Contratos de Distribuição com o Direito da Concorrência

Carina Isabel Martins Gautier Piedade

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em

Direito das Empresas e do Trabalho

**Orientador: Prof. Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar Convidado,
ISCTE.**

[Outubro, 2019]

Agradecimentos

Em primeiro lugar cabe um enorme agradecimento à Família, em especial aos meus pais e irmã que, como vem sendo hábito, me apoiaram durante a elaboração deste trabalho e contribuíram para que concluísse mais um desafio.

Aos amigos que me foram transmitindo todo o seu apoio e incentivo e que contribuíram para que continuasse este caminho.

Aos colegas de trabalho que me foram incentivando e motivando durante esta etapa.

Ao Prof. Ruben Bahamonde Delgado por ter aceite o meu convite e por me ter orientado na elaboração deste trabalho.

Resumo

A presente dissertação pretende abordar os problemas que, do ponto de vista do Direito da Concorrência, os contratos de Distribuição levantam, na medida em que configuram acordos verticais, bem como, as soluções que têm sido preconizadas, pela Comissão Europeia e pela Jurisprudência, no sentido de harmonizarem os interesses económicos subjacentes aos contratos de Distribuição com as regras impostas pelo Direito da Concorrência.

Começaremos por enquadrar a figura dos contratos de distribuição e por delimitar o âmbito do Direito da concorrência, evidenciando as soluções que têm sido preconizadas pela Comissão Europeia na sua harmonização.

Pretendemos terminar o nosso trabalho com uma análise do entendimento da Comissão Europeia e da Jurisprudência quanto à compatibilização das principais cláusulas inseridas nos contratos de distribuição, passíveis de restringir a concorrência, com o Direito da Concorrência.

Palavras-Chave:

Contratos de Distribuição

Restrições Verticais

Direito da Concorrência

Abstract

This dissertation aims to address the problems that, from the point of view of Competition Law, Distribution contracts raise, because they set up vertical agreements, as well as the solutions that have been advocated, by the European Commission and European case-law, in order to harmonise the economic interests underlying distribution contracts with the rules imposed by competition law.

We will begin by framing the figure of distribution contracts and delimiting the scope of competition law, evidencing the solutions that have been advocated by the European Commission in their harmonisation.

We intend to finish our work with an analysis of the European Commission's understanding and European case law on the compatibility of the main clauses inserted in distribution contracts, susceptible to restrict the competition, with the Competition Law.

Keywords:

Competition Law

Distribution Agreements

Vertical Restraints

Índice

Introdução.....	1
CAPÍTULO I - CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO.....	3
1. Os contratos de distribuição	3
1.1.A distribuição direta e a distribuição indireta:	4
2. O Contrato de Agência.....	5
2.1.Conceito	5
2.2.Características	5
2.3.Conteúdo do contrato	7
3. O Contrato de Concessão Comercial	8
3.1.Conceito	8
3.2.Características	8
3.3.Conteúdo do contrato	9
4. O Contrato de Franquia.....	11
4.1.Conceito	11
4.2.Características	12
4.3.Conteúdo do contrato	13
CAPÍTULO II - O DIREITO DA CONCORRÊNCIA:.....	14
1. Origem.....	14
2. Objetivo.....	16
3. Delimitação de Figuras Afins:.....	17
3.1.A Concorrência Desleal	17
3.2.As Práticas Individuais Restritivas do Comércio.....	19
4. As Autoridades competentes para aplicação do Direito da Concorrência.	19
5. Delimitação da Aplicação do Direito Nacional e do Direito da União Europeia da Concorrência:.....	21
6. Práticas Restritivas Da Concorrência.....	23
6.1.Práticas Colusivas	24
6.2.O Abuso de Posição Dominante.....	35
6.3.O Abuso De Dependência Económica.....	37
CAPÍTULO III - A ARTICULAÇÃO DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA:	38
1. Os acordos de menor importância.....	39

2.	Isenção de Aplicação da Proibição – o art.º 10.º da Lei da Concorrência e o n.º 3 do art.º 101.º do TFUE	41
3.	Isenções Categriais por Via de Regulamento:.....	44
3.1.	Aplicação Do Regulamento De Isenção Por Categoria:	46
3.2.	Acordo Excluídos da Aplicação do Regulamento.....	48
3.3.	Cláusulas Excluídas do Âmbito de Aplicação do Regulamento	51
3.4.	Retirada Da Isenção	52
CAP. IV – A COMPATIBILIDADE DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS COM A PROIBIÇÃO DAS PRÁTICAS COLUSÓRIAS		52
1.	Contratos de Agência	53
2.	Contrato De Franquia	56
3.	Restrições Verticais Comuns	58
CONCLUSÕES.....		62
BIBLIOGRAFIA.....		65

Lista de abreviaturas e acrónimos

Ac. – Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

Art.º/ Arts. – Artigo/ Artigos

ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica

Comissão – Comissão Europeia

Cfr. - Conforme

CRP – Constituição da República Portuguesa

LdC – Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, na redação dada pela Lei n.º 23/2018, de 05/06).

N.º/N.ºs – Número/ Números

Op cit. – Obra citada

Orientações sobre Restrições Verticais 2010 – Orientações relativas às restrições verticais 2010/C 130/01), publicadas no JOUE C 130/1, de 19/05/2010.

Pág./Págs. – Página/Páginas

Proc.º – Processo

Regulamento n.º 1/2003 - 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.

Regulamento n.º 330/2010 – Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20.04.2010 relativo à aplicação do art.º 101.º, n.º 3, do TFUE, a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, publicado no JOUE L 102, 23.04.2010

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Vide – Veja-se

Introdução

A categoria dos contratos de Distribuição coloca enormes desafios ao Direito, pelo facto de alguns dos vínculos jurídicos serem legalmente atípicos, desencadeando a questão da sua definição.

Acresce que, nas últimas décadas, temos assistido a um aumento significativo do sector da grande Distribuição, com formas cada vez mais complexas de organização da função de distribuição, o que tem trazido enormes desafios na compatibilização dos negócios jurídicos que regulam esta área do mercado com as regras impostas pelo Direito da Concorrência.

Na medida em que os Contratos de Distribuição configuram acordos verticais, porquanto estruturam juridicamente relações entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de produção e distribuição de bens e serviços, podendo, em sentido lato, traduzir-se numa restrição da concorrência, é crucial verificar a sua compatibilização com as regras do Direito da Concorrência.

Contudo, a concorrência não é um bem público exclusivo, pelo que, em certas ocasiões pode ser afastada em virtude da proteção de outros bens ou da realização de outros fins socialmente relevantes¹.

Assim, em razão dos interesses económicos em causa e de modo a evitar-se proibições gerais de práticas que podem ser concorrencialmente eficientes, consubstanciando um meio importante para introduzir novas empresas e produtos no mercado e bem assim, para ampliar a oferta de mercado aos consumidores, que passam a poder contar com um leque de escolha mais amplo e fornecimentos em melhores condições ou de melhor qualidade, tanto a Comissão Europeia, como o legislador português têm criado mecanismos para excepcionar da ilicitude criada pelo Direito da Concorrência, certos conteúdos contratuais, o que ressalta dos artigos 9.º, n.º 3 e 10.º da LdC, do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, bem como, dos diversos Regulamentos de Isenção por Categoria.

A presente dissertação pretende abordar os problemas que, do ponto de vista do Direito da Concorrência, os contratos de Distribuição levantam e bem assim, as soluções que são

¹ Neste sentido, veja-se CARLOS DOS SANTOS, António; GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuela, *Direito Económico*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 307.

potenciadas no âmbito do Direito da Concorrência e que permitem harmonizar os interesses em causa.

Num primeiro capítulo iremos proceder à descrição dos contratos de Distribuição, enumerando os seus modelos clássicos, de que modo se destringam entre si, as suas principais características e conteúdo contratual.

Num segundo capítulo abordaremos a origem e objetivo do Direito da Concorrência, dando nota sobre as autoridades competentes para a sua aplicação, delimitaremos as suas figuras afins e o seu campo de aplicação a nível nacional e da União Europeia, terminando o referido capítulo com a enumeração das práticas restritivas da concorrência e seus requisitos.

Num terceiro capítulo abordaremos as diversas soluções jurídicas que a Comissão Europeia e a Jurisprudência têm preconizado para articular os acordos verticais - onde se incluem os Contratos de Distribuição - , com o Direito da Concorrência, procedendo à análise do regime jurídico dos acordos de menor importância, da isenção prevista nos artigos 101.º, n.º 3 do TFUE e 10.º da LdC e do Regulamento n.º 330/2010 relativo à aplicação do art.º 101.º, n.º 3 do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

Terminaremos o nosso trabalho com uma análise do entendimento da Comissão Europeia e da Jurisprudência quanto à compatibilização das principais cláusulas restritivas da concorrência, inseridas nas modalidades típicas dos contratos de distribuição, com o Direito da Concorrência.

CAPÍTULO I - CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

1. Os Contratos de Distribuição

Os contratos de distribuição constituem uma classe ampla de contratos, na sua maioria legalmente atípicos, na medida em que não dispõem de um regime legal, ainda que socialmente típicos.

A prática de celebrar contratos de distribuição teve o seu início após a Revolução Industrial, fruto do progresso fabril e da conseqüente produção em escala, da necessidade de os produtores escoarem os seus produtos e fazê-los chegar a um número cada vez maior de consumidores, situados em novos mercados, ao mesmo tempo que desenvolviam os mercados já existentes. Assistiu-se assim à superação do método tradicional de colocação dos bens no mercado pelo próprio Produtor, ainda que através de trabalhadores subordinados, dando lugar à intermediação deste processo através de entidades especializadas para o efeito, permitindo que o Produtor se concentrasse na atividade de produção.

Estamos perante contratos celebrados entre entidades juridicamente autónomas, em que uma das partes, denominada de Distribuidor, se obriga a promover e ou a comercializar, duradouramente, bens e ou serviços produzidos pela outra parte, denominada Produtor ou Fornecedor, suportando aquele um certo nível de ingerência na sua gestão comercial. É através desta última particularidade que se manifesta a integração do Distribuidor na rede do Produtor, isto é, a sua subordinação aos interesses do Produtor.

A integração do Distribuidor varia consoante a modalidade de contrato de distribuição em questão, sendo esta a característica que diferencia este tipo de contratos de figuras afins, como é exemplo o contrato de fornecimento.²

² Para uma definição deste contrato, vide o Acórdão do STJ de 4 de Junho de 2009, disponível em www.dgsi.pt, que o define como “(...) um contrato de compra e venda desenvolvido por sucessivas, contínuas e periódicas prestações autónomas de coisas pelo vendedor mediante o pagamento pela contraparte do respetivo preço” e bem assim, na doutrina, CUNHA, Carolina, *O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

1.1. A distribuição direta e a distribuição indireta:

A distribuição dos bens e ou serviços pode ser efetuada de forma direta ou indireta.

Na Distribuição direta o Produtor cria a sua própria rede de comercialização, vendendo as mercadorias que produz diretamente aos consumidores através de representantes comerciais dependentes, nomeadamente, estabelecimentos próprios, ou através de sedes e sucursais, auxiliares subordinados e sociedades controladas, como as filiais. É, portanto, o próprio Produtor a colocar os seus bens e ou serviços no mercado.

Na distribuição indireta o Produtor concentra-se exclusivamente na função produtiva, confiando a tarefa da comercialização dos seus bens e ou serviços e da atração de clientela a profissionais autónomos especializados, nomeadamente, Agentes, Concessionários e Franquiados. Esta última forma de distribuição pode dividir-se em distribuição integrada e não integrada.

1.1.1. Distribuição Indireta Integrada e Não Integrada:

Na distribuição indireta integrada existe coordenação entre a produção e a comercialização dos bens e ou serviços, de tal modo que o Distribuidor é integrado em circuitos próprios do Produtor, sujeitando-se conseqüentemente às suas orientações, diretrizes e até fiscalização. Na distribuição indireta não integrada os Distribuidores atuam sem coordenação com os Produtores.

É a modalidade de Distribuição indireta integrada que poderá levantar problemas a nível do Direito da Concorrência, em face da integração do Distribuidor na rede de comercialização do Produtor e por conseguinte da sua sujeição às diretrizes deste, pelo que será sobre ela que nos vamos debruçar no presente estudo.

Iremos focar a nossa análise, ainda que de forma sumária, nos modelos clássicos de Contratos de Distribuição indireta integrada, a saber, o contrato de agência, o contrato de concessão comercial e o contrato de franquia, os quais se distinguem entre si, pela intensidade do controlo exercido pelo Produtor sobre o Distribuidor, bem como, pela dependência deste último face ao primeiro.

2. O Contrato de Agência

2.1. Conceito

O contrato de Agência é o contrato pelo qual uma das partes, designada por Agente, se obriga a promover por conta da outra, designada por Principal, a celebração de contratos, em determinada zona geográfica ou determinado círculo de clientes, de modo autónomo, estável e mediante retribuição.³

2.2. Características

De entre os modelos clássicos de Distribuição o contrato de agência é o único contrato nominado, regulado pelo Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, e constitui a figura matriz da distribuição comercial. Por esta razão, a doutrina⁴ e a jurisprudência portuguesas⁵ têm admitido a aplicação analógica do seu regime legal aos demais contratos de distribuição atípicos. Esta solução é igualmente preconizada no parágrafo 4 do Preâmbulo do Decreto-Lei *supra* referido, no que à cessação do contrato diz respeito.

No direito europeu, foi adotada a Diretiva n.º 86/653/CE, de 18 de dezembro, do Conselho, que procedeu à harmonização das legislações nacionais dos Estados-Membros sobre os Agentes

³ Cfr. dispõe o artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, na redação à data em vigor.

⁴ Neste sentido veja-se MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2.ª Ed, 2009, pág. 658 e seg. referindo-se ao regime jurídico do contrato de Agência “*ele funciona como uma matriz de distribuição, isto é, como uma figura exemplar. Muitas das regras próprias da agência operam como princípios gerais que enformam todos os contratos de distribuição*”.

⁵ Neste sentido veja-se o Acórdão do STJ, de 10/12/2009, Proc.º n.º 763/05.7TVLSB.S1, em que é Relator Hélder Roque, “*Com efeito, verifica-se uma certa afinidade entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial, não só devido à actividade desenvolvida pelo agente e pelo concessionário, mas ainda quanto à situação de dependência económica em que ambas as categorias de intermediários comerciais se encontram, relativamente à outra parte, que justifica a aplicação analógica do regime da indemnização de clientela, previsto para o contrato de agência, no que respeita ao contrato de concessão comercial, atento o disposto pelo artigo 10º, n.ºs 1 e 2, do CC*” a respeito da concessão comercial e o Acórdão do STJ, de 09/01/2007, Proc.º n.º 06A4416, em que é Relator Sebastião Póvoas, “*2) O "franchising" e um "species" do "genus" contrato de distribuição indirecta integrada e, sendo atípico, são-lhe aplicáveis, por analogia, as regras que disciplinam o contrato matriz de distribuição - o contrato de agência - sem prejuízo da inaplicação de normas exclusivas deste.*”, ambos disponíveis em www.dgsi.pt

Comerciais. Contrariamente à Diretiva, o regime jurídico português do contrato de agência não restringe o seu âmbito de aplicação em função do objeto da atividade promocional do Agente, aplicando-se a todos os negócios jurídicos que satisfaçam os requisitos enunciados no seu artigo 1.º, n.º 1.

Como características essenciais do contrato de agência podemos apontar a obrigação do Agente promover a celebração de contratos por conta e no interesse do Principal, ainda que lhe possam ser conferidos poderes para celebrar os referidos contratos na qualidade de representante do Principal⁶, bem como, para cobrar os créditos emergentes desses contratos⁷.

Ainda que os atos que o Agente pratica se destinem a produzir efeitos na esfera jurídica do Principal - sendo esta uma característica que distingue o contrato de Agência do contrato de Concessão Comercial e de Franquia, na medida em que nestes últimos o Distribuidor atua por conta própria - no que respeita à execução da obrigação de promoção contratual o Agente é um profissional independente que atua através da sua própria organização. Isto sem prejuízo do Agente obedecer às diretrizes do Principal, sendo remunerado em função dos contratos que promove, distinguindo-se assim de um trabalhador dependente do Principal.

O carácter duradouro da relação jurídica estabelecida entre as partes⁸, enquanto atividade continuada e estável, tendo em vista uma pluralidade de operações que se prolongam no tempo, é também uma característica do contrato de Agência.

Por último podemos identificar a onerosidade como característica do contrato, na medida em que o Agente tem direito a auferir uma remuneração⁹, denominada comissão, em contrapartida da atividade de promoção da celebração dos contratos a celebrar com o Principal.

⁶ Vide art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho.

⁷ Vide art.º 3.º do Decreto-Lei *supra* referido.

⁸ Que se presume estabelecida por tempo indeterminado se as partes não convencionarem o contrário, cfr. decorre do art.º 27.º, n.º 1 do Decreto-Lei *supra* referido.

⁹ Cujo regime resulta dos artigos 15.º, 16.º e 18.º do Decreto-Lei *supra* referido.

2.3. Conteúdo do contrato

Ainda que o contrato de agência não esteja sujeito a qualquer forma, certas estipulações entre as partes têm de ser reduzidas a escrito, nomeadamente as que conferem ao Agente poderes de representação¹⁰, as que lhe permitem cobrar créditos dos negócios por ele celebrados¹¹, as que estabelecem uma proibição de concorrência após a cessação do contrato e a convenção *del credere*¹².

Para além de regularem as condições em que o Agente desenvolverá a sua atividade de promoção, negociação e eventual celebração de contratos por conta do Principal, no contrato de agência as partes regulam frequentemente a relação estabelecida entre as partes.

No que respeita à regulação da atividade desenvolvida pelo Agente, encontramos frequentemente cláusulas atinentes aos preços e condições de negociação e venda dos bens, cláusulas que conferem ao Agente o poder de celebrar contratos em nome do Principal, cláusulas em que o Agente se obriga a garantir o cumprimento das obrigações de terceiros respeitantes a contratos por si negociados ou concluídos, cláusulas que permitem ao Agente cobrar os créditos dos contratos por si celebrados, cláusulas respeitantes ao território em que o Agente desenvolverá a sua atividade e delimitativas dos clientes com quem poderá negociar ou concluir contratos por conta do Principal.

Quanto à relação entre as partes, podemos encontrar cláusulas de exclusividade em que é concedido o exclusivo da comercialização do produto e ou serviço do Principal ao Agente¹³, caso em que o Principal fica impedido de utilizar, dentro da mesma zona geográfica ou círculo de clientes, outros Agentes para promover os produtos e ou serviços que estejam em concorrência com o Agente exclusivo, cláusulas de marca única, em que é vedado ao Agente promover produtos ou serviços de empresas concorrentes do Principal e cláusulas de não concorrência.

¹⁰ Cfr. decorre do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho.

¹¹ Cfr. decorre do art.º 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei *supra* referido.

¹² Cfr. decorre do art.º 10.º do Decreto-Lei *supra* referido.

¹³ Cfr. decorre do art.º 4.º do Decreto-Lei *supra* referido.

3. O Contrato de Concessão Comercial

3.1. Conceito

O contrato de concessão comercial é uma figura jurídica atípica e inominada no ordenamento jurídico português, porquanto o seu regime não tem regulação legal, ainda que socialmente típica na *praxis* comercial.

Estamos perante um contrato cujo objeto mediato é bastante diversificado, sendo um modelo negocial muito utilizado para a distribuição de artigos com elevada tecnicidade ou cuja comercialização exige investimentos avultados, como é o caso dos veículos automóveis.

Recorrendo à definição do contrato de concessão de comercial, mediante a exclusão das suas figuras afins, podemos encontrar a seguinte definição na Jurisprudência¹⁴ «*O contrato de concessão, na sua tipicidade social, uma vez que inexistente consagração legal típica no direito Português, caracteriza-se por [...] se tratar de um contrato duradouro, em que o concessionário actua em nome próprio (distinguindo-se da agência), por conta própria (distinguindo-se da comissão), tendo por objeto mediato a distribuição de bens do concedente (distinguindo-se da franquia), com obrigação de o concessionário promover a revenda dos produtos na zona a que o contrato se refere, celebrando os inerentes contratos de aquisição de bens e organizando nesse sentido a sua atividade, com obrigação de o concedente vender tais bens e facultar ao concessionário os meios necessários ao exercício da revenda.*».

Ora, contrariamente ao Agente, o Concessionário adquire os bens para posterior revenda, ainda que sobre algumas diretrizes do Concedente.

3.2. Características

Enquanto contrato socialmente típico, podemos identificar como característica o carácter duradouro da relação entre Concedente e Concessionário, fundamentada pela necessidade desta relação comercial necessitar de uma certa estabilidade, face aos investimentos financeiros efetuados pelo Concessionário.

¹⁴ A este propósito, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14/11/2013, Proc.º 3054/03.4 TCSNT.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

Outra das características do contrato de concessão comercial é a atuação autónoma do Concessionário, na medida em que este age em seu nome e por conta própria, contrariamente ao Agente, transferindo-se para o mesmo o risco do Produtor, nos termos gerais de Direito.

Podemos identificar também como característica do contrato de concessão comercial a obrigação do Concedente celebrar, no futuro, sucessivos contratos de venda dos seus bens e ou serviços ao Concessionário e conseqüentemente a obrigação do Concessionário celebrar, no futuro, sucessivos contratos de compra ao Concedente, revendendo esses bens e ou serviços, posteriormente, a terceiros.

Outra das características do contrato é a obrigação do Concessionário orientar a sua atividade empresarial em função das finalidades do contrato e do Concedente fornecer ao Concessionário os meios necessários ao exercício da sua atividade.

Podemos apontar ainda como característica do contrato de concessão comercial a sua configuração jurídica enquanto contrato-quadro, que contém as regras ao abrigo das quais serão celebrados os sucessivos contratos de fornecimento ou de compra e venda, cujo conteúdo se encontra pré-programado, que constituirão atos de execução do contrato-quadro.

Como refere Fernando Ferreira Pinto¹⁵, no contrato de concessão comercial verifica-se uma mistura de tipos contratuais, concorrendo características da compra e venda e fornecimento, juntamente com a prestação de serviços e a gestão de interesses alheios.

3.3. Conteúdo do contrato

Estamos perante um contrato atípico, pelo que o seu conteúdo será fixado no âmbito da autonomia privada das partes.

É normalmente um contrato de adesão, atendendo ao facto de se pretender uniformizar as condições contratuais e de atuação dos vários Distribuidores no âmbito da rede de distribuição, cujas cláusulas pré-estabelecidas se referem à delimitação do produto a comercializar, ao modo

¹⁵ PINTO, Fernando Ferreira, *Contratos de Distribuição – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013, pág. 62.

de formação dos contratos, aos prazos de entrega e de pagamento, bem como, à garantia de qualidade dos bens, pelo que está submetido ao regime das cláusulas contratuais gerais¹⁶.

Sendo um instrumento jurídico de racionalização económica do circuito da distribuição, pode existir uma delimitação do universo de clientes do Concessionário em função de uma zona geográfica e ou de um critério pessoal de identificação dos mesmos, critérios para a fixação do preço de revenda, o que deverá ser compatibilizado com o Direito da Concorrência, como veremos.

De modo a assegurar a qualidade e uma certa uniformidade da rede de distribuição, o contrato de concessão comercial inclui, normalmente, um conjunto de obrigações para o Concessionário, concernentes à promoção dos produtos, aos métodos de venda, às informações técnicas e comerciais a prestar ao Concedente e, eventualmente, à organização da empresa concessionária e ao serviço pós-venda.

Ainda que a exclusividade não seja uma característica essencial, a mesma pode ser estabelecida no contrato, consubstanciando-se, tanto na obrigação do Concessionário não comercializar produtos concorrentes (cláusula de não concorrência), como na obrigação do Concedente não vender os seus bens e ou serviços a outro comerciante estabelecido na área geográfica concedida (cláusulas de distribuição exclusiva).

Esta cláusulas têm de ser compatibilizadas com o Direito da Concorrência, como veremos, nomeadamente, no que há restrição das vendas diz respeito.

Diga-se ainda, que, nos contratos de concessão comercial são frequentemente estabelecidas cláusulas de aquisição de quantidades mínimas pelo Concessionário ou cláusulas abertas de disponibilidade dos bens pelo Concedente, dentro do limite dos seus stocks, as quais terão de ser compatibilizadas com as regras do Direito da Concorrência, como adiante veremos.

¹⁶ Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

4. O Contrato de Franquia

4.1. Conceito

É o contrato através do qual o titular de uma organização de meios materiais e humanos destinada à produção ou distribuição de bens e ou serviços, denominado Franquiador, atribui a outrem, denominado Franquiado, o direito de explorar, de forma autónoma, o negócio por si criado, onde se inclui o nome, a marca e outros sinais distintivos, o produto, o “saber-fazer”¹⁷, os métodos comerciais e técnicos, os processos de fabrico e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, sob a sua fiscalização e controlo¹⁸. Como contrapartida, o Franquiado está obrigado ao pagamento de um montante inicial, denominado “direito de entrada” e de sucessivas prestações pecúniais periódicas, denominadas “royalties”.

Estamos perante uma figura jurídica nascida nos Estados Unidos da América, no século XIX, sob o termo “*franchising*”, que permitiu a expansão de inúmeras empresas a nível internacional. Muitos autores¹⁹ atribuem o pioneirismo deste modelo negocial à *Singer Sewin Machine Company*, perto de 1850, contudo sem sucesso, voltando a ser utilizado nos anos 20, pela *General Motors*, no sector automóvel, e pela *Coca-Cola*, no sector alimentar.

Seguindo uma classificação que remonta ao Acórdão *Pronuptia*²⁰ e que veio a ser retomada no Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão²¹, e é preconizada, em parte, por alguma doutrina,

¹⁷ O Regulamento (CEE) n.º 4087 definia o saber-fazer, no seu art.º 1, n.º 3, al. f), como um “*Conjunto de conhecimentos práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador, e verificados por este que é secreto, substancial e identificável.*”

¹⁸ ORTUÑO BAEZA, Teresa, *La licencia de marca*, Marcial Pons, 2000, pág. 19 “*(...) los derechos otorgados por la franquicia no pueden resumirse en el derecho de usar la marca sino que va más allá, ya que con ella el franquiciador ofrece al franquiciado una forma íntegra de gestionar una empresa y le íntegra en una red.*”

¹⁹ Entre eles, Miguel Gorjão Henriques, “*Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: A Franquia de Distribuição*”, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 227

²⁰ Acórdão do Tribunal, de 28/01/1986 (*Pronuptia de Paris GmbH V Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*), Proc.º n.º 161/84, disponível em www.eur-lex.europa.eu

²¹ Cfr. Ponto 3 do Preâmbulo do Regulamento (CEE) n.º 4087/88 da Comissão de 30 de novembro de 1988 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia.

nomeadamente por José Engrácia Antunes²², podemos distinguir a figura da franquia entre franquia industrial ou de produção, de distribuição e de serviços.

Na Franquia Industrial ou de Produção²³ o Franquiador permite que o Franquiado fabrique determinados produtos, de acordo com as fórmulas, secretas ou patenteadas, por si transmitidas, beneficiando o Franquiado do direito de comercializar tais produtos sob a marca do Franquiador.

Na Franquia de Distribuição²⁴ o Franquiado limita-se a vender os produtos fabricados e ou comercializados pelo Franquiador, sob os sinais distintivos e controlo deste último.

Na Franquia de Serviços²⁵ o Franquiado presta serviços a terceiros, sob sinais distintivos, saber-fazer e controlo do Franquiador.

Contudo, na prática, encontramos fórmulas híbridas, em que se combinam as várias modalidades *supra* descritas.

4.2. Características

Tal como o contrato de concessão comercial, o contrato de franquia não está legalmente regulado, sendo, portanto, um contrato inominado, cujo conteúdo é estabelecido no âmbito da autonomia privada das partes. Contudo é um contrato socialmente típico, pelo que podemos destacar algumas características.

A primeira das características é o direito de uso, pelo Franquiado, de um conjunto de bens imateriais, tais como, marca, nome comercial, insígnia, modelos de utilidade, desenhos industriais, saber-fazer, direitos de autor e patentes²⁶ do Franquiador.

²² ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 452 e seg.

²³ Como exemplo de franquia de produção podemos indicar a *Coca-Cola*, no domínio da produção da bebida coca-cola.

²⁴ Como exemplo de franquia de distribuição podemos indicar a *Benetton*, no domínio da distribuição de produtos de vestuário.

²⁵ Como exemplo de franquia de serviços podemos indicar as cadeias de hotéis *Ibis* e *Holiday Inn*, no domínio da prestação de serviços de hotelaria.

²⁶ Conforme o conceito de franquia decorrente do art.º 1, n.º 3, al. a) do Regulamento (CEE) n.º 4087/88.

De modo a que o Franquiado reproduza o modelo de negócio concebido pelo Franquiador, a transmissão do “saber-fazer” e a prestação de assistência comercial, técnica e de gestão, a respeito da organização e funcionamento do modelo de negócio, ao Franquiado, é uma característica essencial do contrato, tal como é a subordinação do Franquiado ao controlo e fiscalização do Franquiador.

Na medida em que o Franquiado fica obrigado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, consubstanciadas numa prestação inicial fixa e em prestações periódicas posteriores, ligadas à exploração do negócio, podemos elencar a onerosidade como uma característica principal do contrato de franquia.

4.3. Conteúdo do contrato

Sendo o contrato de franquia legalmente inominado, ainda que socialmente típico, o seu regime decorre do estipulado pelas partes, no âmbito da sua autonomia privada.

As partes podem ainda reger-se pelo Código Europeu de Deontologia, criado com o objetivo de ser um “*Código de bons costumes e de boa conduta para os praticantes do franchising na Europa*”, em vigor desde 01 de janeiro de 1991²⁷, o qual é o resultado da experiência e trabalho realizado pela Federação Europeia de Franchising e dos seus membros em conjugação com a Comissão das Comunidades Europeias.

Os contratos de Franquia contêm habitualmente cláusulas de exclusividade, de não concorrência, de seletividade, de aquisição de quantidades mínimas, que constituem restrições verticais e que poderão levantar questões no âmbito do Direito da Concorrência, como veremos.

Para além das vantagens que os contratos de franquia apresentam para ambas as partes no negócio, nomeadamente, a possibilidade dos Franquiadores estabelecerem uma rede de distribuição uniforme sem necessidade de grandes investimentos e de os Franquiados se estabelecerem de forma mais célere e com maior taxa de sucesso, permitindo-lhes competir eficazmente com grandes empresas de distribuição, este modelo de negócio apresenta ainda

²⁷ Como referem CARLOS DOS SANTOS, António; GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuela, *op. cit.*, p.303, a preocupação do Código parece ser a de evitar que o Franqueado se comprometa sem ter uma ideia clara sobre o conteúdo das suas obrigações futuras.

vantagens ao nível da concorrência do mercado, na medida em que pode auxiliar a entrada de novos concorrentes no mercado, aumentando consequentemente a concorrência intermarcas.²⁸, isto é, entre marcas concorrentes.

Da análise efetuada supra quanto à definição, características e conteúdo dos principais contratos de distribuição, podemos concluir que a maioria das relações contratuais entre Produtores e Distribuidores assentam em contratos de adesão, isto é, num conjunto de termos e condições gerais e específicos, previamente definidas e delineadas pelos segundos, facultados ao Produtor para que este adira, o qual não tem, muitas das vezes, poder negocial.

Ainda que esta ausência de poder negocial possa ser justificada ao abrigo dos princípios da liberdade contratual e da autonomia privada das partes, podemos estar perante uma violação dos valores inerentes à defesa concorrência, nomeadamente, se a mesma levar à eliminação da concorrência nesse mercado, como veremos.

CAPÍTULO II - O DIREITO DA CONCORRÊNCIA:

1. Origem

Foi em 1897 com a Segunda Guerra Mundial que a Europa começou a compreender a necessidade de impedir as práticas colusivas que pusessem em causa a concorrência e facilitassem a concentração empresarial.

Contudo, ao contrário do sucedido nos Estados Unidos, onde em julho de 1890 foi publicado o *Sherman Act*, a primeira lei “*antitrust*” federal com uma orientação antimonopolista muito rígida, mitigada pela jurisprudência através da introdução de uma “*rule of reason*”.²⁹, que previa na Secção 1 “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in*

²⁸ Neste sentido veja-se CARLOS DOS SANTOS, António; GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuela, *op. cit.*, p.302.

²⁹ De acordo com esta regra, certos acordos que seriam proibidos *per se*, em virtude de atingirem a estrutura comercial do mercado, poderiam, após a sua apreciação, ser considerados “razoáveis”, na medida em que contribuíssem para o incremento da “concorrência futura”. Como exemplo de um caso em que o regime do *Sherman Act* foi mitigado pela “*rule of reason*”, veja-se a decisão proferida no processo *Chicago Board of Trade vs. United States*, disponível em www.supreme.justia.com

restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”, na Europa a preocupação não foi tão absoluta, já que se permitem níveis mínimos de competição e de satisfação de interesses gerais da coletividade.

As primeiras regras de defesa da concorrência surgiram no Tratado de Paris³⁰, com a criação da CECA³¹, cujo objetivo foi a instituição de um mercado comum limitado aos sectores do carvão e do aço.

Em Portugal a primeira legislação da concorrência surgiu em 1972, com a Lei n.º 1/72, de 24 de março, contudo a mesma não chegou a ser regulamentada, pelo que não produziu qualquer efeito.

Posteriormente, por incitativa do IX Governo Constitucional, foi aprovado e publicado o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro, que, como resulta do seu preâmbulo, visava “*a elaboração de uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus*”.

Para além das práticas restritivas da concorrência, este diploma regulava ainda as práticas individuais restritivas do comércio, que são hoje objeto de regulamentação própria como veremos.

Com a adesão de Portugal à Comunidade Europeia³² a reforma da legislação da concorrência foi impulsionada, tendo sido aprovado o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, o qual não foi suficiente para implantar e promover uma verdadeira cultura de concorrência.

Em 2003, foi aprovada e promulgada a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que veio substituir o regime do Decreto-Lei *supra* referido, a qual foi posteriormente substituída pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, existindo uma cada vez maior harmonização da legislação portuguesa com as regras de defesa da concorrência europeias.

³⁰ Cfr. os artigos 65.º e 66.º do Tratado de Paris, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=PT>

³¹ Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída mediante a assinatura do Tratado de Paris, em 18 de Abril de 1951.

³² Em 12 de junho de 1985 Portugal assinou o Tratado de adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia e o país integrou a comunidade oficialmente a 1 de janeiro de 1986.

2. Objetivo

O funcionamento do mercado na Europa Ocidental assenta no princípio do livre funcionamento do mercado como mecanismo de afetação de recursos numa economia, o qual tem como elemento fundamental a liberdade dos agentes económicos. Contudo, o livre funcionamento do mercado pode não originar uma correta afetação de recursos, pelo que será necessária a intervenção do Estado, no sentido de “*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 abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesses geral*”, conforme decorre do art.º 81.º, alínea f) da Constituição da República Portuguesa.

Esta regulação é levada a cabo através de legislação cuja *ratio* é a promoção da concorrência, o impedimento e a consequente punição de comportamentos dos agentes económicos que coloquem em causa esta premissa.

Na União Europeia, o Direito da Concorrência tem uma função dupla, por um lado garantir a existência de um mercado comum aberto, tanto no que se refere à liberdade de acesso ao mesmo como à liberdade de determinação da oferta e da procura³³, e por outro, garantir a distribuição de recursos de forma eficiente e a produção de melhores bens e ou serviços ao menor custo possível, o que só é possível através da existência de um mercado onde diversos agentes económicos concorrem entre si. O direito da concorrência prossegue ainda políticas sociais, nomeadamente, de criação de emprego³⁴, de proteção do meio ambiente³⁵ e, em última instância, de proteção dos consumidores.

³³ Neste sentido, veja-se CARLOS DOS SANTOS, António; GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuela., *op. cit.* Pág. 310.

³⁴ Como exemplo de política de criação de emprego veja-se a decisão da Comissão, de 27.11.2015, respeitante a um auxílio estatal que Portugal tencionava conceder à empresa Volkswagen Autoeuropa, Lda., disponível em www.ec.europa.eu, na medida em que, um dos efeitos positivos do auxílio seria a criação de emprego, a qual representaria uma contribuição significativa “*para a concretização do objetivo de coesão da UE*”(*parágrafo 113*).

³⁵ Como exemplo de política de proteção do meio ambiente veja-se o caso das máquinas de lavar roupa, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000D0475>

Como refere Pedro Pita Barros³⁶ “*a liberdade de realização de transações mutuamente vantajosas é garantida pela existência de alternativas de relação económica, para cada agente. A existência dessas transações alternativas, essencial para que a liberdade de escolha do agente económico possa ser uma realidade, não é mais do que a presença de concorrência.*”

Neste sentido, é necessário articular o Direito da Concorrência com outros instrumentos suscetíveis de assegurar a existência de um mercado interno, de modo a que “*as fronteiras não sejam substituídas por mercados fechados, resultantes de práticas comerciais restritivas ou de ações protecionistas dos Estados*”

3. Delimitação de Figuras Afins:

O Direito da Concorrência não se confunde com as disciplinas jurídicas da Concorrência Desleal ou das Práticas Individuais Restritivas do Comércio, conforme abordaremos sumariamente numa ótica de delimitação.³⁷

3.1. A Concorrência Desleal

A figura jurídica da concorrência desleal tem o seu escopo nas relações entre agentes económicos e é norteadada pela ideia de proteção do concorrente ou do cocontratante face a comportamentos que ofendem as regras usuais da moralidade e lealdade da concorrência³⁸, sendo, como refere Menezes Cordeiro³⁹ “*um limite jurídico, de natureza comercial, à atuação dos comerciantes, “Agentes económicos ou “empresas”.*”

Contrariamente ao Direito da concorrência, que visa proteger o mercado enquanto espaço de livre atuação dos diversos agentes económicos, o instituto da concorrência desleal visa proteger

³⁶ BARROS PEDRO PITA, *Relação entre a Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais*, em *Concorrência Estudos*, Almedina, 2006, pág. 155.

³⁷ Para um estudo aprofundado da figura jurídica da concorrência desleal, vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002. Para um estudo pormenorizado da figura das Práticas Restritivas do Comércio, vide Miguel GORJÃO HENRIQUES, *Lei das Práticas Restritivas do Comércio*, Almeida, Coimbra, 2014.

³⁸ Neste sentido, veja-se A. Xavier, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 138, Lisboa: DGCI, 1970, pág. 14.

³⁹ CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, pág. 149.

individualmente os agentes económicos, assegurando a existência de lealdade na relação estabelecida entre os mesmos.

O seu regime jurídico vem consagrado no Código Da Propriedade Industrial⁴⁰ que, no art.º 311.º, n.º 1, define a concorrência desleal como “*todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica.*”

O mesmo normativo legal enumera, de forma não taxativa, diversos atos que configuram uma situação de concorrência desleal, como sejam:

- a) *Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue;*
- b) *As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes;*
- c) *As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios;*
- d) *As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela;*
- e) *As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado;*
- f) *A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento.*

A prática de atos de concorrência desleal configura uma contraordenação, sancionada com coima que pode ascender aos €30.000,00 no caso de pessoas coletivas e aos €7.500,00 no caso de pessoas singulares, podendo ainda gerar responsabilidade civil, nos termos gerais de direito.

⁴⁰ Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de Dezembro.

3.2. As Práticas Individuais Restritivas do Comércio

O regime jurídico das práticas individuais restritivas do comércio pretende “*proteger directamente os agentes económicos e garantir a transparência nas relações comerciais*”, para “*alcançar eficazmente os objectivos de equilíbrio nas relações comerciais e da sã concorrência*”⁴¹

Constituem práticas restritivas do comércio *a aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórios, a falta de transparência nas políticas de preços e de condições de venda, a venda com prejuízo, a recusa de venda de bens ou de prestação de serviços e as práticas negociais abusivas*. Sempre que estas práticas consubstanciarem uma afetação sensível da concorrência, aplicar-se-ão as regras do Direito da Concorrência, em detrimento do regime jurídico das práticas restritivas do comércio.

Estas práticas, que têm um regime legal próprio, são qualificadas como contraordenações, puníveis com coima que pode ascender até aos €2.500.000,00 cuja competência para a instauração dos respetivos processos pertence à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

4. As Autoridades competentes para aplicação do Direito da Concorrência.

A nível europeu, a autoridade competente para aplicação do Direito da Concorrência é a Comissão Europeia, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia.

A nível nacional temos a Autoridade da Concorrência, que veio substituir o Conselho da Concorrência e a Direcção-Geral do Comércio e Concorrência no âmbito da aplicação da legislação da defesa da concorrência, sob fiscalização do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

A Autoridade da Concorrência é uma entidade administrativa, criada em 2003, que tem como missão, assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência, *no respeito*

⁴¹ Conforme decorre do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, na redação à data vigente.

pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores”, como decorre do art.º 1.º dos seus Estatutos⁴².

Para garantir a prossecução da sua missão, a Autoridade da Concorrência tem como principais atribuições⁴³, *“velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência, fomentar a adoção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral, difundir, em especial junto dos agentes económicos, as orientações consideradas relevantes para a política de concorrência, acompanhar a atividade e estabelecer relações de cooperação com as instituições da União Europeia, as entidades e organismos nacionais, estrangeiros e internacionais com atribuições na área da concorrência, promover a investigação em matéria de promoção e defesa da concorrência, desenvolvendo as iniciativas e estabelecendo os protocolos de associação ou de cooperação com entidades públicas ou privadas que se revelarem adequados para esse efeito, contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo, exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas, assegurar, sem prejuízo das competências do Ministério dos Negócios Estrangeiros, a representação técnica do Estado Português nos organismos da União Europeia ou internacionais em matéria de política de concorrência.*

Para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade da Concorrência dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

No âmbito dos seus poderes sancionatórios incumbe-lhe⁴⁴ *identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos”, aplicar sanções e demais medidas previstas na lei, cobrar as coimas e adotar*

⁴² Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

⁴³ Artigo 5.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

⁴⁴ Artigo 6.º, n.º 2 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

medidas cautelares, nos termos do regime jurídico da concorrência e de outras disposições legais aplicáveis”.

No exercício dos seus poderes de supervisão compete à Autoridade da Concorrência, entre outros, *“instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia, proceder à realização de estudos, inspeções e auditorias que, em matéria de concorrência, se revelem necessários.”*⁴⁵

No exercício dos seus poderes de regulamentação, a Autoridade da Concorrência pode *“elaborar e aprovar regulamentos e outras normas de carácter geral, instruções ou outras normas de carácter particular, nos termos legalmente previstos, emitir recomendações e diretivas genéricas, pronunciar-se, a pedido da Assembleia da República ou do Governo, sobre iniciativas legislativas ou outras relativas à promoção e defesa da concorrência e formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório.”*⁴⁶.

5. Delimitação da Aplicação do Direito Nacional e do Direito da União Europeia da Concorrência:

Como referimos *supra*, as primeiras regras concorrenciais a nível europeu datam de 1951, aquando da criação da Comunidade Económica do Carvão e do Aço, assistindo-se, desde essa data, a uma tendência para a centralização da política da concorrência no cerne da União Europeia.

Em Dezembro de 2002 o Conselho adotou o Regulamento (CE) n.º 1/2003⁴⁷, que veio estabelecer um sistema de competências paralelas na aplicação do Direito da Concorrência pelas autoridades da concorrência nacionais e pelos Tribunais dos Estados Membros, ao abolir o poder exclusivo da Comissão isentar certos acordos, práticas concertadas e decisões de empresas, do âmbito de proibição do art.º 81.º do Tratado CE, atual art.º 101 do TFUE, desde que preenchidas as condições definidas no n.º 3 deste mesmo normativo⁴⁸.

⁴⁵ Artigo 6.º, n.º 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência

⁴⁶ Artigo 6.º, n.º 4 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Assim o art.º 1.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1/2003.

O regime centralizado do Regulamento n.º 17/1962, foi assim substituído por um regime de exceção diretamente aplicável, em que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros passaram a ter competência para aplicar integralmente, em processos individuais, os então artigos 81.º e 82.º do TCE.

O referido Regulamento, indo mais além, dispõe ainda que autoridades da concorrência nacionais e os tribunais nacionais de cada Estado-Membro devem aplicar os (atuais) artigos 101.º e 102.º do TFUE, nos casos em que apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência, respetivamente a acordos e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros, na aceção do art.º 101.º, n.º 1 e a qualquer abuso proibido pelo art.º 102.º do TFUE.

Veio ainda determinar que a aplicação das legislações nacionais em matéria de concorrência não pode conduzir à proibição de acordos, decisões e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre o Estados-Membros, se estes não restringirem a concorrência na aceção do n.º 3 do art.º 101.º do TFUE, se reunirem as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo normativo, ou se os mesmos forem abrangidos por um regulamento de isenção por categoria⁴⁹.

Contudo, os Estados-Membros podem aprovar e aplicar, no seu território, legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas e que imponha sanções a esses atos.

Para determinar o âmbito de aplicação do Direito da União Europeia é utilizado o critério da suscetibilidade de afetação do comércio intracomunitário pelas práticas restritivas em causa, conforme decorre do art.º 3.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003, isto é, aplicar-se-á o Direito da União Europeia sempre que os efeitos anti concorrenciais de um determinado comportamento sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, seja em virtude dos efeitos anti concorrenciais se verificarem diretamente ou por reflexo no território da União Europeia⁵⁰.

⁴⁹ Assim o art.º 3.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1/2003.

⁵⁰ Ainda que uma empresa localizada no território da União Europeia adote um comportamento anti concorrenciais, se os efeitos deste comportamento se verificarem fora do território da União Europeia, não serão aplicadas as regras da União Europeia. No caso de uma empresa, sediada fora do território da União Europeia, adotar um comportamento cujos efeitos anti concorrenciais se verificam no território da União Europeia, aplicar-se-ão as regras da União Europeia. Neste sentido, veja-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça no processo n.º 48/69, de 14/07/1972 - *Imperial Chemical Industries c. Communautés Européennes*, *Recueil*, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Assim, para se verificar a aplicação das regras europeias no que respeita à defesa da concorrência, os efeitos concorrenciais têm, não só, de se verificar no seu território, como têm de ser suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros.

Como refere Mário Tenreiro “*só uma vez preenchida a “condição objetiva de proibição” e afirmada a suscetibilidade de um acordo (tomado como um todo) afetar o comércio entre os Estados membros, em virtude da sua natureza restritiva e pelo contexto económico em que se situa, é que se estabelece a competência das autoridades comunitárias.*”⁵¹

Também na legislação nacional o critério utilizado foi o do efeito anti concorrencial territorial⁵².

Determinado o âmbito de aplicação do direito da União Europeia e do Direito nacional, surge a questão de saber qual o Direito aplicável, caso um comportamento anti concorrencial produza efeitos no território nacional afetando, contudo, o comércio entre os Estados-Membros.

Neste caso, dispõe o art.º 3.º do Regulamento n.º 1/2003, que aplicar-se-ão as regras do Direito da União Europeia e do Direito nacional, prevalecendo as primeiras em caso de incompatibilidade entre ambos.

Assim, ainda que exista uma competência partilhada entre a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, não se pode olvidar o primado do Direito da União Europeia.

6. Práticas Restritivas Da Concorrência

Sempre que os agentes económicos procurem, através dos seus comportamentos, falsear ou alterar o funcionamento dos mercados, podemos estar perante práticas restritivas da concorrência, as quais se materializam em práticas colusivas e abusos de posição dominante, no Direito da União Europeia, prevendo o ordenamento jurídico português, para além daquelas, a figura do abuso de dependência económica.

⁵¹ Vide Tenreiro Mário, “Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério da afectação do comércio entre os Estados-Membros face à realização do mercado único, *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, A.15, 1989.

⁵² Assim o art.º 2.º, n.º 2 da LdC.

A verificação de comportamentos que consubstanciem práticas restritivas da concorrência despoleta, para as empresas, sanções pecuniárias que podem ascender até 10% do volume de negócios total, realizado no ano anterior⁵³, inibição de participação em concursos públicos até dois anos, bem como, a eventual obrigação de indemnizar os outros agentes económicos e os consumidores lesados pelos danos sofridos em virtude do comportamento anti concorrencial. Os responsáveis pela direção e fiscalização da pessoa coletiva podem ser também sancionados com coima que pode ascender até 10% do montante da sua remuneração anual.

Em virtude da figura do abuso de dependência económica ter pouca expressão em Portugal⁵⁴ e das situações que ocorrem na União Europeia serem reconduzidas à figura do abuso de posição dominante, não abordaremos aprofundadamente a mesma, contrariamente ao que sucederá com as práticas colusivas e com o abuso de posição dominante, esta última em menor destaque.

6.1. Práticas Colusivas

As práticas colusivas constituem um conjunto de comportamentos levados a cabo por duas ou mais empresas, sob a forma de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, no sentido de coordenarem as suas ações no mercado e assim reduzirem ou eliminarem os riscos da concorrência, que caracterizam o livre funcionamento do mercado.

A proibição de tais práticas tem como objetivo proteger a concorrência no mercado, eliminar os obstáculos à livre circulação de mercadorias e assegurar a unidade desse mercado, garantindo que as empresas não recorrem a acordos para restringir a concorrência no mercado, em detrimento da integração do mesmo e dos consumidores, nomeadamente, criando barreiras de natureza privada à entrada de outros Estados-Membros nos mercados nacionais.

Subjacente à proibição prevista no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE está uma conceção, enunciada pela jurisprudência, segundo a qual *“qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum, incluindo a escolha dos destinatários das suas ofertas e das suas vendas.”*⁵⁵

⁵³ Cfr. Decorre do art.º 69.º da LdC e do art.º 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

⁵⁴ Veja-se a este respeito a decisão do Conselho da Concorrência no caso Unicer - União Cervejeira, Relatório n.º 37/2001, disponível em www.dre.pt

⁵⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16/12/1975, Processos apensos 40/73 a 44/73, Coopertive Vereniging “Suiker Unie” UA, parágrafo 173, disponível em www.curia.europa.eu

No ordenamento jurídico português a proibição destas práticas é regulada no artigo 9.º da LdC, com a epígrafe “Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas”, que estabelece que *“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”*

Na legislação Europeia a proibição destes comportamentos surge no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE que dispõe 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.*

Ainda que, contrariamente ao normativo nacional, não resulte do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE que a afetação do comércio deve ser “sensível”, como adiante veremos, para que os acordos que afetem o comércio entre os Estados-Membros sejam proibidos terão de restringir de forma considerável a concorrência.

Ambos os normativos enumeram, de forma não taxativa, os tipos de acordos e práticas concertadas que são objetivamente proibidos por este normativo, como sejam:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- 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 objeto desses contratos.*

Sancionado com nulidade tais acordos ou decisões, conforme dispõe o n.º 2 do art.º 101.º do TFUE, na parte que seja incompatível com a proibição estatuída no seu n.º 1.

Em suma, para despoletar a aplicação dos artigos *supra* referidos é necessário que se verifique um acordo entre empresas, uma decisão de associações de empresas ou uma prática concertada, que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Analisemos cada um dos *supra* referidos requisitos.

6.1.1. Acordo, práticas concertadas e decisões de associações de empresas

i. Acordos

Os acordos correspondem a uma concordância de vontades entre duas ou mais partes, seja através da celebração de um contrato, seja através de outro meio de entendimento informal, com ou sem carácter vinculativo, que regule ou influencie a conduta de pelo menos uma das partes no mercado. A forma do acordo é irrelevante, podendo o mesmo revestir a forma escrita ou verbal, não ser assinado ou ser tácito.⁵⁶ Contudo alguma jurisprudência⁵⁷ tem entendido que é necessário demonstrar a existência de uma proposta, expressa ou implícita, e de uma aceitação entre as partes, ainda que esta última se verifique através de um comportamento revelador da referida aceitação. A Comissão dá como exemplo de aceitação tácita, no parágrafo 25 das Orientações Restrições Verticais 2010, a situação em que na sequência de um anúncio de redução unilateral de fornecimentos por parte de um Fornecedor, a fim de impedir o comércio paralelo, os Distribuidores reduzem imediatamente as suas encomendas e se abstêm de efetuar comércio paralelo.

Assim, para que um acordo assuma relevância no âmbito da proibição das práticas colusivas, basta que o mesmo expresse a vontade de duas empresas se comportarem de determinada forma no mercado.

⁵⁶ Neste sentido veja-se o Acórdão do TJUE, de 6/01/ 2004, Processos C-2/01 P e C-3/01 P (caso Bayer), ponto 97 “ (...) o conceito de acordo, na acepção do artigo 85º, nº 1 do Tratado, se baseia na existência de uma concordância de vontades entre pelo menos duas partes, cuja forma de manifestação não é importante, desde que constitua a expressão fiel das mesmas (...) para que haja acordo, na acepção desta disposição, basta que as empresas em causa tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada forma”.

⁵⁷ Neste sentido veja-se o Acórdão do TJUE, de 13/07/2006, Proc. n.º C-74/04 P, (Comissão vs. Volkswagen AG.), parágrafo 46 “a existência de um acordo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE pressupõe a aceitação, expressa ou tácita, por parte dos concessionários, da medida adoptada pelo construtor de automóveis”.

No que aos acordos diz respeito, cabe ainda fazer a distinção, meramente doutrinária já que não tem suporte legal, entre os acordos verticais e os acordos horizontais. Os primeiros são celebrados entre empresas que exercem as suas atividades, para efeitos do acordo, num diferente nível da cadeia de produção ou distribuição e dizem respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens e serviços⁵⁸, conforme dispõe o artigo 1.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento n.º 330/2010. Os segundos são celebrados entre empresas que exercem as suas atividades num mesmo nível da cadeia de produção ou distribuição⁵⁹.

ii. Práticas concertadas

As práticas concertadas traduzem-se numa coordenação, consciente, que se revela através de um paralelismo de comportamentos entre empresas, não alcançável em condições normais de mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, o número de empresas envolvidas e o volume do mercado em questão, sem que exista um acordo que o suporte⁶⁰, sustentados por elementos indiciadores dessa mesma coordenação, nomeadamente, contactos entre as partes e troca de informações.⁶¹

Como vem referido no Acórdão *Suiker Unie*⁶² “*tal cooperação prática constitui uma prática concertada, nomeadamente quando permite aos interessados a cristalização de situações adquiridas em detrimento da liberdade efectiva de circulação dos produtos no mercado comum e da livre escolha pelos consumidores dos seus fornecedores.*”

⁵⁸ O acordo entre um produtor e os distribuidores dos seus bens consubstancia um acordo vertical.

⁵⁹ O acordo entre dois produtores de bens concorrentes consubstancia um acordo horizontal.

⁶⁰ Cfr. Acórdão do TJUE (Quinta Secção), de 31 de Março de 1993, Processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, parágrafo 3, disponível em www.eur-lex.europa.eu “*Um paralelismo de comportamento só pode ser considerado como fornecendo a prova de uma concertação se a concertação constitui a única explicação plausível para ele. É necessário ter presente no espírito que, embora o artigo 85. do Tratado proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não priva os operadores económicos do direito de eles próprios se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou previsto dos seus concorrentes*”

⁶¹ Cfr. Acórdão do TJUE, proferido no caso *Imperial Chemical Industries Ltd Vs. Comissão das Comunidade Europeias*, de 14/07/1972, Processo 48/69, pontos 64 a 68, disponível em www.curia.europa.eu.

⁶² Acórdão do TJUE de 16/12/197, Processos apensos 40/73 a 48/73, parágrafo 27, disponível em www.curia.europa.eu

Para a verificação de uma prática concertada é necessário que a conduta das partes no mercado e a concertação tenham uma ligação direta, cabendo às autoridades competentes o ónus de demonstrar a existência deste consenso de vontades, o que nem sempre se afigura fácil em termos de prova.

iii. Decisões de associações de empresas

As decisões de associações de empresas dizem respeito a atos unilaterais, manifestados sob a forma de orientação e vontade institucionais, que refletem a vontade dos membros ou associados de uma entidade que agrega e representa os interesses de várias pessoas singulares ou coletivas⁶³. Para efeitos de relevância no plano das práticas restritivas da concorrência, são consideradas as manifestações que reflitam a vontade de coordenação de comportamentos dos membros da associação no mercado.

6.1.2. Empresa

A definição de empresa apresenta particular importância no âmbito do nosso estudo, na medida em que nos permitirá determinar o âmbito subjetivo da aplicação das regras do Direito da Concorrência, tarefa que, no âmbito dos contratos de distribuição em que o risco de confusão entre as entidades envolvidas é elevado, face à característica da integração, se afigura por vezes complexa.

No que respeita ao conceito de empresa, o artigo 3.º da LdC dispõe que *é 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*.

Já o TFUE não contém uma definição do conceito de empresa para efeitos de aplicação das regras de defesa da concorrência, tendo este conceito sido definido pela Jurisprudência⁶⁴ como

⁶³ Como associação de empresas podemos considerar as Ordens Profissionais, Cooperativas, Associações patronais.

⁶⁴ Vide a decisão proferida no Acórdão do TJUE (Sexta Secção) de 23/04/1991, Höfner y Elser, Processo C-41/90, parágrafos 21 a 23, disponível em www.eur-lex.europa.eu, na qual a Comissão considerou que

qualquer entidade, pública ou privada, que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.

Resulta igualmente da jurisprudência que qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado constitui uma atividade económica ⁶⁵.

Contudo, entende o TJUE que as entidades que exerçam atividades de interesse público não são consideradas empresas para efeitos de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE⁶⁶.

Ainda demonstrativo de que o conceito de empresa utilizado para determinar o âmbito subjetivo de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE é funcional e não jurídico, cumpre referir que as entidades que pertencem ao mesmo grupo empresarial e que não têm autonomia na determinação da sua atuação no mercado, constituindo em conjunto com as restantes entidades jurídicas uma única empresa, não são individualmente consideradas como empresas para os efeitos do art.º 101.º n.º 1 do TFUE. Deste modo, não só os comportamentos levados a cabo pelas diversas empresas serão imputados à entidade responsável pela coordenação da atuação

um organismo público que presta serviços de emprego, ainda que de forma gratuita, é uma empresa, na medida em que a atividade de mediação de emprego é uma atividade económica.

⁶⁵ Neste sentido veja-se o Acórdão do TJUE (Quinta Secção) de 18/06/1998, Processo C-35/96, Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁶ Neste sentido veja-se, a título de exemplo, o Acórdão proferido pelo TJUE, em 18/03/1997, no âmbito do processo C-343/95, Diego Calì & Figli Srl contra Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), disponível em www.curia.europa.eu.

das restantes entidades⁶⁷, como os acordos celebrados entre as mesmas não cairão na proibição do art.º 101.º n.º 1 do TFUE⁶⁸.

Contudo, uma coligação entre empresas de um mesmo grupo, nomeadamente, a sociedade-mãe e a sua filial, pode estar sujeita à proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, se a filial tiver um comportamento economicamente autónomo e se as empresas coligadas assumirem os riscos ligados à execução do contrato, isto é, se a atuação traduzir um concurso de vontades economicamente independentes, sendo potencial ou atualmente uma atividade concorrente da sociedade-mãe ou principal.⁶⁹

⁶⁷ Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção Alargada), de 10/03/1999, Processo T-145/94, Unimétal – Sociétés française des aciers longs SA, contra Comissão das Comunidades Europeias, parágrafo 602 “(...) *Resulta da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância que à sociedade responsável pela coordenação da acção de um grupo de sociedades pode ser imputada a responsabilidade das infracções cometidas pelas sociedades do grupo, mesmo que estas não seja filiais na acepção jurídica do termo.*”. Veja-se no mesmo sentido o Acórdão do Tribunal Geral (Quarta Secção), de 12/10/2011, Processo T-41/05, Alliance One Internacional, Inc. contra Comissão Europeia, parágrafo 86, disponível em www.eur-lex.europa.eu “*A Comissão afirma que resulta da jurisprudência e da sua prática decisória que, quando uma sociedade-mãe detém a totalidade das acções da sua filiar, pode presumir-se que exerce efectivamente uma influência decisiva sobre o comportamento comercial dessa filiar e, assim pode ser considerada solidariamente responsável pela infracção que esta cometeu*”.

⁶⁸ Neste sentido veja-se o Acórdão do TJUE (Sexta Secção), de 24/10/1996, Processo C-73/95 P, Viho Europe BC contra Comissão das Comunidades Europeias, parágrafos 15 a 18, disponível em www.eur-lex.europa.eu onde o TJUE considerou que detendo a sociedade-mãe 100% do capital das suas filiais e sendo a atividade desenvolvida pelas filiais dirigida por uma equipa designada pela sociedade-mãe, constituindo a sociedade-mãe e suas filiais uma unidade económica, não tendo as filiais qualquer autonomia na determinação da sua linha de acção no mercado, a política implementada pela sociedade-mãe mesmo que suscetível de afetar a posição concorrencial de terceiros, não é abrangida pela proibição do art.º 101.º, n.º do TFUE.

⁶⁹ Vide. Miguel Gorjão Henriques, op. cit. Pág. 165 e 166.

6.1.3. Ter por Objeto ou Efeito

No que a este requisito diz respeito, cumpre desde logo esclarecer que o mesmo é alternativo, na medida em que, verificado que o acordo em questão tem por objeto restringir a concorrência, torna-se desnecessário aferir os seus efeitos concretos.⁷⁰

Para aferir a verificação de um dos pressupostos supra referidos, é necessário analisar o acordo em questão, verificando, em primeiro lugar, se o mesmo tem por objeto restringir a concorrência, isto é, se o seu conteúdo, finalidade objetiva, tem a intenção de restringir a concorrência⁷¹. Assim, para podermos afirmar que o acordo tem por objeto restringir a concorrência, esta restrição deve resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas.⁷² Tanto o art.º 101.º, n.º 1 do TFUE como o art.º 9.º, n.º 1 da LdC dispõem de um elenco, não taxativo, de cláusulas que, com base na natureza grave da restrição à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras da concorrência e da experiência que demonstra que as mesmas têm um elevado potencial para afetar negativamente o mercado, permitem concluir que um acordo que as contenha é, pelo seu objeto, contrário ao Direito da Concorrência.

Para além das cláusulas elencadas nestes normativos legais, podemos considerar que todas as cláusulas que visem restringir a concorrência caiem neste pressuposto de “ter por objeto”, o que terá de ser analisado, como já supra exposto, tendo em conta o teor do acordo e os seus objetivos concretos e bem assim, o contexto em que a concorrência se processaria na ausência do acordo. Cabe depois às partes demonstrar a existência de efeitos pro-concorrenciais de modo a que estas cláusulas possam gozar da isenção prevista no n.º 3 do art.º 101.º do TFUE ou no art.º 9.º da LdC.

São exemplos paradigmáticos de cláusulas que têm como objetivo restringir a concorrência as que visam fixar preços ou repartir mercados.

⁷⁰ Neste sentido, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, pág. 99 “(...) the terms “object” and “effects” used in article 81(1) express ture alternatives and require alternative consideration.”

⁷¹ Neste sentido, R. Bahamonde Delgado, *El Derecho de La Competencia y los Acuerdos de Transferência de Tecnologia*, Editorial Aranzadi, 2016, pág. 107.

⁷² Vide Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30/06/1966, Société Technique Minière e Maschinenbau Ulm GmbH, Processo 56/65 “O carácter não cumulativo, mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção “ou”, conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. As alterações da concorrência referidas no artigo 85.º, n.º 1, devem resultar do próprio acordo ou de algumas das suas cláusulas.”

Caso a análise do conteúdo do acordo não revele um grau suficiente de afetação da concorrência, ter-se-á de analisar se os efeitos concretos decorrentes da sua execução afetarão, ou não, a concorrência do mercado⁷³. Para que os acordos verticais tenham por efeito restringir a concorrência, a Comissão⁷⁴ entende que os mesmos devem afetar a concorrência real ou potencial de tal forma que seja de prever, com um grau de probabilidade razoável, que produzirão efeitos negativos significativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a variedade ou a qualidade dos bens e dos serviços no mercado relevante.⁷⁵ Para determinar se um acordo vertical tem por efeito restringir a concorrência, será estabelecida uma comparação entre a situação efetiva e a situação que se verificaria na ausência de restrições verticais no acordo.

Em virtude do supra exposto, resulta que as restrições por objeto aportarem uma maior segurança jurídica para os intervenientes no mercado, na medida em que, para além de muitas delas já estarem identificadas, nos casos em que assim não suceda, a sua identificação efetua-se através da simples suscetibilidade da cláusula em si restringir a concorrência, sem necessidade de verificar os efeitos concretos da mesma. Contudo, podemos estar a desincentivar acordos que apenas na teoria poderiam restringir a concorrência.

⁷³ Ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30/06/1966, Processo 56/65, Société Technique Minière e Maschinenbau Ulm GmbH, disponível em www.curia.europa.eu “*Porém, se a análise das cláusulas não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto de proibição, exigir a reunião dos factos que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido.*”

⁷⁴ Cfr. decorre do Parágrafo 97 das Orientações sobre Restrições Verticais 2010, um acordo é suscetível de ter efeitos anti concorrenciais significativos quando pelo menos uma das partes no acordo tem ou obtém um certo grau de poder de mercado, isto é, é capaz de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção a baixo dos níveis concorrenciais, durante um período de tempo considerável, e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder, ou permite às partes explorarem esse poder.

⁷⁵ Cfr. Parágrafo 97 das Orientações sobre Restrições Verticais 2010.

6.1.4. Afetar o Comércio entre os Estados Membros

No que respeita a este pressuposto, a Comissão emitiu uma Comunicação⁷⁶, que incorpora a interpretação da Jurisprudência Europeia, que analisa o critério de afetação do comércio em três vertentes “Comércio entre os Estados-Membros”, “suscetível de afetar” e “carácter sensível”.

No que respeita à noção de comércio a Comissão entende que a mesma abrange toda a atividade económica transfronteiriça, bem como, todos os acordos ou práticas que afetem a estrutura concorrencial do mercado não se cingindo à tradicional troca de bens e serviços.

No que respeita à noção de “suscetível de afetar” a Comissão e o Tribunal de Justiça da União Europeia têm entendido o termo “afetar” numa perspetiva finalista que procura evitar que o mercado seja orientado de forma artificial. Assim, conforme resulta da Jurisprudência Europeia⁷⁷ *“para haver afetação do comércio, para efeitos do n.º 1 do art. 85º, um acordo deve, com base num conjunto de elementos objetivos de facto e de direito, permitir vislumbrar com um grau de probabilidade suficiente que possa exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre as correntes de troca entre os Estados membros num sentido que possa prejudicar a realização do objetivo do mercado único entre os Estados membros.*

Como refere Nicholas Green⁷⁸ o comércio é afetado quando as restrições do acordo provocam uma alteração do padrão do comércio, nomeadamente, uma diminuição ou aumento do nível do comércio, se os locais onde o negócio se instala mudam.

⁷⁶ Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, publicadas no Jornal Oficial n.º 101 de 27/04/2004, p. 0081-0096.

⁷⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30/06/1966, Société Technique Minière e Maschinenbau Ulm GmbH, Processo 56/65, disponível em www.curia.europa.eu

⁷⁸ Green Nicholas, *Commercial agréments and competition law: practice and procedure in the UK and EEC*, Graham & Trotman, 1986, pág 239.

Para que o requisito de afetação do comércio entre os Estados Membros se mostre preenchido, tem sido entendimento da doutrina⁷⁹ e da jurisprudência⁸⁰ que não tem de se verificar a afetação de todos os Estados-Membros, nem o comportamento que afeta o comércio tem de ser levado a cabo por empresas de dois ou mais Estados-Membros.

É igualmente entendimento da jurisprudência que, para que se apliquem as regras de defesa da concorrência, o comportamento levado a cabo pelas empresas não pode atingir o mercado entre o Estados-Membros de forma insignificante. Esta afetação terá de ser, na terminologia utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, “sensível”, isto é, tem de ter aptidão ou dignidade suficiente para provocar os efeitos indesejados, pelo que, os acordos de “menor importância” – de que falaremos mais à frente – em princípio não serão abrangidos pela proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

Na Comunicação supra referida a Comissão define a afetação sensível do comércio pela negativa, considerando que não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos em que, cumulativamente, (i) a quota de mercado agregada das partes, no mercado comunitário relevante afetado pelo acordo, não ultrapasse 5%, e em que (ii) o volume de negócios anual agregado das empresas em causa, em relação aos produtos objeto do acordo, não seja superior a 40 milhões de euros⁸¹. No caso de acordos de compra conjunta de produtos, o volume de negócios relevante é o correspondente à compra agregada dos produtos cobertos pelo acordo.

⁷⁹ GORJÃO HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 542, entende que um acordo celebrado entre duas empresas portuguesas no território português poderá ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

⁸⁰ Assim o Acórdão do Tribunal (Quinta Secção), de 11/07/1985, Remia B.V, Proc. 42/84 “*todas as práticas restritivas que se estendem a todo o território de um EM têm por efeito, pela sua própria natureza, consolidar uma compartimentação dos mercados a nível nacional entrando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado.*”

⁸¹ Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, publicadas no Jornal Oficial n.º 101 de 27/04/2004, p. 0081-0096, ponto 52.

6.2. O Abuso de Posição Dominante

Previsto art.º 102.º do TFUE e no art.º 11.º da LdC, o abuso de posição dominante⁸² consiste na exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do poder que detêm no mercado nacional ou numa parte substancial deste, concretizada através da exploração de outros agentes económicos ou da exclusão de concorrentes no mercado, afetando, com esse comportamento, o comércio nacional ou entre os Estados-Membros.

Contrariamente às práticas colusórias, em que existe uma coordenação de comportamentos entre empresas, no abuso de posição dominante estamos perante um comportamento unilateral no mercado.

A *ratio* desta proibição reside no facto de uma empresa em posição dominante poder distorcer o normal funcionamento de uma concorrência efetiva no mercado, provocando ineficiências ou perturbações que lhe permitam usufruir injustificadamente de vantagens especiais, em prejuízo dos demais concorrentes e dos próprios consumidores e a sua infração é punível com coima, nos termos do art.º 23.º, n.º 2, al. a) do Regulamento n.º 1/2003.

A posição dominante caracteriza-se pela capacidade de uma empresa desenvolver uma estratégia comercial no mercado e, por conseguinte, influenciar, ou até decidir, as condições em que a concorrência se desenvolverá nesse mercado, sem recluir a reação que a sua atuação possa desencadear nos outros agentes económicos. A posição dominante pode ser individual ou coletiva, consoante seja constituída por uma ou várias empresas. Neste último caso as empresas podem integrar o mesmo grupo⁸³, constituindo uma unidade económica, ou podem ser autónomas e dominar, em conjunto, um mercado de oligopólio.⁸⁴

Para apurar se estamos perante um ilícito de abuso de posição dominante, em primeiro lugar é necessário verificar se a empresa em questão detém, ou não, uma posição dominante no

⁸² De acordo com a Decisão da Comissão de 09 de dezembro de 1971 “*estão em posição dominante aquelas empresas que têm a possibilidade de assumir comportamentos independentes, que as habilitam a atuar sem ter em conta os concorrentes, os compradores ou os fornecedores.*”

⁸³ Neste sentido, veja-se a decisão da Comissão, de 14.12.1972, caso Zoja, publicada no Jornal Oficial, Série L, n.º 299.

⁸⁴ Neste sentido, CARLOS DOS SANTOS, António; GONÇALVES, Maria Eduarda e LEITÃO MARQUES, Maria Manuela, *op. cit.*, pág. 345.

mercado, para o que importa determinar, previamente, qual é o mercado em que ela pode exercer essa posição dominante, assim, o mercado relevante.

Na Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência⁸⁵, a Comissão considera que o principal objetivo da noção de “mercado relevante” é identificar os condicionalismos concorrenciais que uma empresa tem de enfrentar. Assim, para definir o mercado relevante é necessário apurar o mercado do produto relevante e o mercado geográfico relevante⁸⁶, *de modo a identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva.*

Este exercício terá de ser efetuado casuisticamente, porquanto, não é possível, de forma genérica, determinar a substituíbilidade entre produtos, de forma a apurar o mercado do produto relevante, e, por maioria de razão, conhecer a área em que as empresas em causa fornecem produtos e ou serviços em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas, isto é, o mercado geográfico relevante.

Para este efeito, a Comissão elencou, na referida Comunicação, alguns critérios que permitem determinar a substituíbilidade dos produtos, tanto na ótica da oferta, como na ótica da procura. Na ótica da procura, o mercado é identificado pela existência de bens ou serviços que, em termos de preço, características e modo de utilização, os consumidores vejam como similares para a satisfação de determinada necessidade. Assim, a deteção de uma procura específica por parte dos consumidores, aliada a características específicas do produto em causa, permitem detetar um mercado relevante.⁸⁷

⁸⁵ Comunicação publicada no Jornal Oficial, Série C 1997, 372/03 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.

⁸⁶ De acordo com o Considerando 88 da Comunicação da Comissão, supra referida, o mercado de produto relevante “*compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.*”. O mercado geográfico relevante “*compreende a área em que as empresas em causa fornecem bens ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que pode distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devidas, em especial, ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.*”

⁸⁷ A este propósito veja-se o acórdão do Tribunal de 14/02/1978, Processo 27/76, caso United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Comissão das Comunidades Europeias, pontos 31 a 35, disponível em www.eur-lex.europa.eu, em que o tribunal considerou que “*A banana tem certas*

Do lado da oferta a substituíbilidade do produto afere-se pela capacidade de as empresas transferirem a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los num curto espaço de tempo, sem *incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos*.

No que respeita à “exploração abusiva”, o TJUE não avança com uma definição, dando apenas exemplos de práticas que podem configurar uma exploração abusiva, nomeadamente, a imposição, de forma direta ou indireta, de preços ou de outras condições de transação não equitativas, a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência, a subordinação da 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 recusa do acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

6.3. O Abuso De Dependência Económica

O abuso de dependência económica consiste em comportamentos restritivos da concorrência, encetados por empresas que, embora detenham um significativo poder económico, não têm uma posição dominante.

características, como a aparência, o gosto, a maciez, a ausência de caroço, o fácil manuseio e um nível permanente de produção, que lhe permitem satisfazer a procura constante de uma importante parte da população, constituída pelas crianças, os idosos e os doentes.” acrescenta ainda que “(...) um número muito importante de consumidores mantêm uma procura de bananas constante que não é desviada de modo claro ou mesmo sensível pela entrada no mercado de outros frutos frescos e que mesmo as variações sazonais dos preços a afectam apenas durante um período de tempo e de um modo muito limitados quanto à sua substituição por esses outros produtos. Concluindo, “Por conseguinte, há que considerar o mercado das bananas como um mercado suficientemente distinto do dos restantes frutos frescos”

A ratio desta proibição é salvaguardar o equilíbrio de poder nas relações contratuais de determinadas empresas.

Assim, nos termos do art.º 12.º, n.º 1 da LdC “*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.*

No n.º 2 do mesmo normativo legal são identificados casos que podem consubstanciar abuso, de onde consta a adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 11.º da LdC ou a rutura injustificada 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.

No n.º 3 do referido normativo legal vem esclarecido 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.”

CAPÍTULO III - A ARTICULAÇÃO DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA:

Chegados a este ponto cumpre deixar assente que os contratos de distribuição são um meio cada vez mais utilizado na colocação de produtos e serviços no mercado, podendo promover a concorrência e melhorar a qualidade dos produtos e serviços.

Cientes dos efeitos positivos *supra* referidos, a jurisprudência e a Comissão foram criando soluções e institutos jurídicos que permitem a compatibilização dos contratos de distribuição com o Direito da Concorrência, nomeadamente, através da criação de isenções objetivas, cujo critério assenta em limiares de quotas de mercado, que excluem do conceito de restrição sensível da concorrência e por conseguinte isentam da proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, determinados acordos, denominados “de pequena importância” através de um balanço económico positivo efetuado nos termos do n.º 3 do art.º 101.º do TFUE, bem como através da normalização desse balanço, mediante a criação de Regulamentos de Isenção por Categoria..

1. Os acordos de menor importância

A existência de problemas a nível da concorrência surge em virtude da insuficiente concorrência num ou vários estádios da atividade comercial. Assim, a Comissão entende que os acordos que não sejam suscetíveis de afetar a concorrência de forma significativa podem beneficiar de uma isenção de aplicação da proibição prevista no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

A nível nacional este entendimento foi acolhido no art.º 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003⁸⁸, ao limitar a proibição prevista no art.º 9.º da LdC aos acordos, decisões de associações e práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência do mercado nacional.

Na legislação da União Europeia não existe referência ao requisito do carácter sensível da afetação, como já tivemos oportunidade de abordar supra. Contudo, é entendimento da jurisprudência que o art.º 101.º, n.º 1 do TFUE não é aplicável quando o impacto do acordo sobre o comércio entre Estados-Membros ou sobre a concorrência é insignificante⁸⁹. É ainda esclarecido neste aresto que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência⁹⁰, pelo que este não devem ser considerados acordos de menor importância, não sendo abrangidos pela *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do art.º 101º, n.º 1, do TFUE*⁹¹, doravante designada por Comunicação de minimis.

⁸⁸ Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho de 2003, que aprova o regime jurídico da concorrência.

⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Segunda Secção), de 13/12/2012, Proc. C-226/11, Expedia Inc. Vs Autorité de la concurrence e o., parágrafos 16 e 17, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

⁹⁰ Vide parágrafo 35 a 37 do Acórdão supra referido.

⁹¹ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do art.º 101º, n.º 1, do TFUE Publicada no Jornal Oficial, série C 268 de 22.12.2011 revista pelo Projecto de Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do art.º 101º, n.º 1, do TFUE Publicada no Jornal Oficial, série C 291/01, de 30/08/2014.

Temos assim que os acordos que não sejam suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros poderão, verificados certos requisitos, não ser abrangidos pela proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, ainda que tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

Através da Comunicação de minimis, a Comissão procurou definir uma linha determinadora da irrelevância de certos acordos, lançando mão de um critério quantitativo que torna possível às empresas avaliarem o relevo dos acordos por si celebrados.

Na Comunicação de minimis a Comissão considera que os acordos entre empresas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros, mas que não contêm restrições graves – conforme adiante explicitaremos - não restringem sensivelmente a concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE quando a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar, 10% ou 15% em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, e se esse acordo for concluído, respetivamente, entre empresas que sejam ou não concorrentes, efetivos ou potenciais, em qualquer desses mercados. Nos casos em que seja difícil determinar se se trata de um acordo entre concorrentes ou entre não concorrentes, a Comissão determina que se aplica o limiar de 10% no que respeita à quota das partes.

Face ao *supra* exposto, não se presume que os acordos celebrados entre empresas com uma quota de mercado superior a 15% infringem automaticamente o art.º 101.º, n.º 1 do TFUE⁹², contudo será necessário apreciar tais acordos no seu contexto jurídico e económico, não beneficiando os mesmos de uma exclusão automática de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

Sempre que a concorrência for restringida num mercado relevante pelo efeito cumulativo de acordos de venda de bens ou de serviços concluídos por diferentes fornecedores ou distribuidores (efeito de exclusão cumulativo provocado por redes paralelas de acordos que

⁹² A este propósito veja-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (segunda Secção Alargada), de 8 de Junho de 1995 no Processo T-7/93, disponível em www.eur-lex.europa.eu “Uma rede de contratos de compra exclusiva não é automaticamente susceptível de entrar, restringir ou falsear a concorrência de modo sensível pela simples circunstância de serem ultrapassados os limites previstos na comunicação da Comissão relativa aos acordos de menor importância. É perfeitamente possível, em casos concretos, que os acordos concluídos por empresas que excedam os limites indicados apenas afectem o comércio entre Estados-Membros ou a concorrência em medida insignificante e, por consequência, não sejam abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado.”

produzem efeitos semelhantes no mercado), os limiares da quota de mercado previstos anteriormente são reduzidos para 5%, pois a Comissão considera que fornecedores ou distribuidores individuais com uma quota de mercado que não exceda 5% não contribuem sensivelmente para um efeito de exclusão cumulativo.

Se as quotas de mercado *supra* referidas não excederem 2% durante dois exercícios consecutivos, a Comissão considera que os acordos não restringem sensivelmente a concorrência.

Nos casos *supra* referidos e conforme decorre da Comunicação de Minimis, a Comissão não iniciará qualquer processo e, caso tenha instruído um processo e as empresas em questão demonstrem que, de boa fé, partiram do princípio de que as quotas de mercado estipuladas pela Comissão não foram excedidas, não aplicará quaisquer coimas⁹³.

Contudo, caso as restrições sejam consideradas “restrições graves”, ainda que as quotas de mercado das partes no acordo não excedam os limites fixados na Comunicação de Minimis, o acordo será abrangido pelo art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, cabendo às empresas envolvidas demonstrar, num processo individual, os efeitos pro-concorrenciais do acordo, nos termos do art.º 101.º, n.º 3 do TFUE, como estudaremos de seguida.

2. Isenção de Aplicação da Proibição – o art.º 10.º da Lei da Concorrência e o n.º 3 do art.º 101.º do TFUE

Tendo em consideração que, num mundo globalizado e competitivo as empresas necessitam de cooperar com outras empresas, para que possam concorrer no mercado, algumas coligações entre empresas mostram-se favoráveis e, portanto, podem ser justificadas, na medida em que podem proporcionar ganhos de eficiência, nomeadamente, ao reduzir os custos de produção, melhorar a qualidade do produto ou dar lugar à criação de um novo.

Em suma, quando os efeitos pró-concorrenciais de um acordo excedem os seus efeitos anti-concorrenciais, o acordo é globalmente pro-concorrencial e conseqüentemente compatível com os objetivos do direito da concorrência.

⁹³ Cfr. Ponto 5 do capítulo I da Comunicação de Minimis.

Para justificar tais práticas e, portanto, para que um acordo possa beneficiar da isenção de aplicação da proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, é necessário uma apreciação individual dos efeitos do acordo, analisar a estrutura do mercado em que o mesmo se insere, do ponto de vista económico, e ponderar os interesses subjacentes, tendo em conta a prossecução dos objetivos definidos pelo Direito da Concorrência. Esta análise requer que os acordos, práticas concertadas e as decisões de associações de empresas cumulativamente, (i) contribuam objetivamente para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, (ii) reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício⁹⁴ daí resultante, (iii) não imponham às empresas em causa restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos, e (iv) não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

Quando as quatro condições *supra* referidas se verificam, os acordos reforçam a concorrência no mercado relevante, na medida em que levam as empresas a propor aos consumidores produtos com preços mais baixos ou de melhor qualidade, o que compensa os efeitos negativos da restrição da concorrência. O ónus da prova do preenchimento destas condições cabe às partes no acordo.⁹⁵

Analisemos sumariamente cada uma das condições *supra* referidas.

Quanto ao contributo para melhorar, objetivamente, a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, que poderá ser traduzida em ganhos de eficiência, decorre da jurisprudência que temos de considerar apenas os ganhos objetivos⁹⁶, não podendo ter em consideração o ponto de vista subjetivo das partes que celebram o acordo, nem os ganhos que as mesmas apresentam com a sua celebração.

⁹⁴ A Comissão tem entendido que estes benefícios não são apenas financeiros, mas também qualitativos.

⁹⁵ Cfr. Art.º 2.º do Regulamento n.º 1/2003.

⁹⁶ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13/7/1966, Proc. Apensos 56/64 e 58/84, disponível em www.eur-lex.europa.eu “Esta melhoria deve, designadamente, apresentar vantagens objetivas sensíveis, suscetíveis de compensar os inconvenientes que desse acordo resulta no plano da concorrência”

Quanto à condição de reservar aos utilizadores dos bens e ou serviços uma parte equitativa do benefício resultante dos ganhos de eficiência alcançados pelo acordo, requer-se, no fundo, que os benefícios resultantes do acordo, num determinado mercado, sejam suficientes para compensar os efeitos anti concorrenciais provocados pelo acordo nesse mesmo mercado⁹⁷.

Os efeitos positivos não têm de se verificar no imediato, podendo verificar-se a longo prazo. Contudo, quanto maior o hiato temporal entre a verificação dos efeitos positivos face aos negativos, maiores deverão ser os primeiros, de modo a compensarem os consumidores pelas perdas sofridas anteriormente.

Relativamente à indispensabilidade do acordo, pretende-se que a atividade desenvolvida seja mais eficiente do que seria na ausência do acordo e respetivas restrições, tendo em conta as condições do mercado e a realidade empresarial enfrentadas pelas partes. Como decorre das Orientações da Comissão⁹⁸ *“é especialmente importante determinar se, tendo em conta as circunstâncias de cada caso, as partes poderiam ter obtido os ganhos de eficiência sem o acordo restritivo, ou através de outro tipo de acordo menos restritivo e, na afirmativa, em que momento possivelmente os teriam obtido.”*

Ainda que se verifique que o acordo em questão é indispensável, é necessário verificar se cada uma das restrições impostas pelo mesmo se afiguram igualmente indispensáveis. Como decorre das Orientações da Comissão, supra referidas *“uma restrição é indispensável se a sua ausência eliminar ou reduzir significativamente os ganhos de eficiência decorrentes do acordo ou tornar a sua concretização bastante menos provável”*⁹⁹

⁹⁷ A este propósito veja-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção), de 21/03/2002, Processo T-131/99, Michael Hamilton Shaw e Timothy John Falla contra Comissão das Comunidades Europeias, parágrafo 163, disponível em www.curia.europa.eu *“Esta apreciação deve, portanto, inscrever-se no mesmo quadro de análise, o do efeito dos contratos notificados sobre o funcionamento do mercado, e portanto sobre a situação dos retalhistas vinculados tomados no seu conjunto, e não sobre cada retalhista isoladamente considerado. Do ponto de vista da concessão da isenção individual, não é pertinente saber se as vantagens ocasionadas pelos contratos notificados compensam inteiramente o diferencial de preços sofrido por tal ou tal retalhista vinculado, se tal compensação tem lugar quanto à média dos retalhistas vinculados e se é, portanto, susceptível de produzir um efeito no mercado em geral.”*

⁹⁸ Comunicação Da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), Publicado no Jornal Oficial da União Europeia C 101/97, de 27.04.2004, parágrafo 76, disponível em www.eur-lex.europa.eu

⁹⁹ Conforme parágrafo 79 da Comunicação *supra* referida.

Caberá, portanto, às partes demonstrar que, alternativas menos restritivas da concorrência seriam igualmente menos eficientes para o desenvolvimento da atividade objeto do acordo.

Quanto à última condição de não conferir às empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa, será necessário avaliar o impacto que as partes no acordo detêm no mercado relevante antes e após a conclusão do acordo.

A apreciação sobre se um determinado acordo restritivo da concorrência pode beneficiar da isenção prevista no n.º 3 do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE caberá a cada uma das partes, sem necessidade de prévia notificação à Comissão para obter essa isenção individual.

À Comissão caberá, no âmbito de uma apreciação individual de um acordo, provar que o mesmo infringe o disposto no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, cabendo posteriormente às partes no acordo invocar e provar que o mesmo satisfaz as condições previstas no art.º 101.º, n.º 3 do TFUE.

3. Isenções Categriais por Via de Regulamento:

O Regulamento n.º 17/1962¹⁰⁰ foi o primeiro instrumento normativo de execução das práticas previstas nos atuais artigos 101º e 102.º do TFUE, vindo estabelecer um sistema de repartição de competências entre a Comissão e as autoridades da concorrência nacionais, em matéria de aplicação das regras europeias da concorrência, determinado a competência exclusiva da Comissão para conceder as isenções previstas no então art.º 81.º, n.º 3 do TCE. No âmbito desta matéria, as empresas que pretendessem beneficiar da referida isenção tinham de submeter os acordos à avaliação prévia da Comissão, para que esta decidisse pela isenção.

A referida obrigação de notificação prévia dos acordos, decisões e práticas concertadas à Comissão, levou a que a mesma rapidamente ficasse sem capacidade de resposta ao número de notificações efetuadas.

Para obviar à morosidade de resposta *supra* referida e à pendência de centenas de processos, a Comissão levou a cabo uma série de medidas, de entre as quais, a criação de Regulamentos de Isenção por Categoria, os quais estabelecem certos requisitos que, preenchidos por certos acordos, decisões e práticas concertadas, permitem aos destinatários dos mesmos usufruir da

¹⁰⁰ Publicado no Jornal Oficial 13 de 21.2.1962, p. 204-62

isenção da proibição estabelecida no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, sem necessidade de notificação prévia à Comissão para que lhes conceda esse efeito jurídico

No plano nacional o art.º 5.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003 veio adotar uma aplicação automática dos Regulamentos comunitários de isenção por categoria.

Os referidos Regulamentos de Isenção por Categoria visam salvaguardar a legitimidade de determinadas categorias de acordos, cujo objeto, após análise do balanço económico supra referido, se mostra favorável à concorrência, o que reforça a segurança jurídica das empresas na determinação da sua atuação no mercado.

Contudo, quando os acordos, decisões ou práticas concertadas tiverem efeitos incompatíveis com o n.º 3 do art.º 101.º, a Comissão, bem como, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de competência, têm poderes para retirar o benefício do Regulamento.

Cumprido por fim referir que os Tribunais nacionais não têm poder para retirar o benefício de isenção por categoria, estando tal competência reservada à Comissão e às autoridades competentes de cada Estado-Membro, nem podem estender a aplicação de determinado Regulamento de Isenção por Categoria a acordos que não preencham os requisitos de aplicação previstos no respetivo Regulamento¹⁰¹.

Até 2008 a Comissão produziu vários regulamentos de isenção por categoria¹⁰², aplicáveis a acordos horizontais e verticais, bem como, a categorias específicas de acordos.

¹⁰¹ Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28/02/1991, Processo C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, disponível em www.eur-lex.europa.eu parágrafo 5 “*embora tanto os artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado como as disposições dos regulamentos de isenção produzam efeitos directos nas relações entre os particulares que atribuem directamente aos sujeitos jurídicos direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar, tal não significa ou que os órgãos jurisdicionais possam estender o âmbito de aplicação da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83 a contratos de fornecimento de cerveja que não preencham explicitamente as condições de isenção previstas nesse regulamento ou que possam declarar o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado inaplicável a tal contrato nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.*”

¹⁰² Podemos destacar o Regulamento n.º 330/2010, de 20 de abril, respeitante aos acordos verticais e práticas concertadas; o Regulamento n.º 1218/2010, de 14 de dezembro, respeitante a certas categorias de acordos de especialização; o Regulamento n.º 1217/2010, de 14 de dezembro, respeitante a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento; o Regulamento 461/2010, de 27 de maio, respeitante a veículos automóveis e o Regulamento n.º 316/2014, de 21 de março, respeitante a transferência de tecnologia.

Para o que ao nosso estudo interessa, iremos analisar em detalhe o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do art.º 101.º, n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

3.1. Aplicação Do Regulamento De Isenção Por Categoria:

A Comissão considera que *“determinados tipos de acordo verticais podem melhorar a eficiência económica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, possibilitando uma melhor coordenação entre as empresas participantes, podendo conduzir a uma redução dos custos de transação e distribuição das partes e a uma otimização das suas vendas e níveis de investimento.”*¹⁰³

É ainda entendido que a possibilidade de os efeitos pro-eficiência compensarem os efeitos anti-concorrenciais resultantes de restrições incluídas em acordos verticais depende do grau de poder de mercado das partes no acordo e, bem assim, da existência de uma concorrência insuficiente num ou vários estádios da atividade comercial. Isto porque, como refere a Comissão¹⁰⁴, quando as partes não têm poder de mercado, só podem tentar aumentar os seus lucros otimizando os seus processos de fabrico ou distribuição.

Neste sentido, através do Regulamento n.º 330/2010, a Comissão criou uma presunção de legalidade dos acordos verticais celebrados entre empresas cuja quota do fornecedor, no mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais, e do comprador, no mercado relevante em que compra os bens e serviços contratuais, não ultrapassa 30%¹⁰⁵, desde que os mesmos não contenham restrições graves da concorrência (denominadas cláusulas *hardcore* sobre as quais nos debruçaremos mais à frente). Esta presunção de legalidade resulta do facto da Comissão considerar que estes acordos conduzem geralmente a uma melhoria da produção ou da distribuição e proporcionam aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes, pelo que os isenta da proibição estatuída no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE. Nas palavras de Jean-François Bellis¹⁰⁶ este limiar de quota de mercado reflete a ideia de que apenas as

¹⁰³ Cfr. Considerando 6 do Regulamento n.º 330/2010.

¹⁰⁴ Cfr. Orientações sobre Restrições Verticais, parágrafo 99.

¹⁰⁵ Artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento supra referido.

¹⁰⁶ BELLIS, Jean-François, *The New EU Rules on Vertical Restraints*, Revista de Concorrência e Regulação (C&R), número 5, Ano 2; Janeiro-Março 2011, disponível em www.concorrencia.pt, pág. 28

restrições verticais acordadas por empresas com algum poder de mercado podem representar uma ameaça significativa para a concorrência.

Contudo, não se pode presumir que os acordos celebrados por empresas com uma quota de mercado acima de 30% não dão origem a benefícios objetivos suscetíveis de compensar as desvantagens causadas à concorrência ou que não preenchem as condições do art.º 101.º, n.º 3 do TFUE.

Conforme referido, o âmbito de aplicação do Regulamento n.º 330/2010 está circunscrito aos acordos verticais, definindo o próprio Regulamento¹⁰⁷ como “*um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.*”

Nos termos do Regulamento n.º 330/2010 um acordo vertical caracteriza-se pela existência de (i) um acordo ou prática concertada, nos termos já *supra* explanados, (ii) celebrado entre empresas, por contraposição aos acordos celebrados com consumidores finais, (iii) que operam, para efeitos do acordo, em níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição (iv) e que se reportam às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.

Ainda que o sector automóvel seja abrangido por um Regulamento específico¹⁰⁸, desde junho de 2013 que às compras e vendas ou revendas de veículos a motor novos é aplicável o Regulamento ora em análise.¹⁰⁹

Conforme decorre do artigo 2.º, n.ºs 2 e 3 do Regulamento n.º 330/2010, ainda que as partes que celebram o acordo vertical não detenham uma quota no mercado – conforme definida *supra* -

“This 30% market share threshold reflected the idea that only vertical restraints engaged in by firms with some degree of market power may pose a significant threat to competition”.

¹⁰⁷ Artigo 1.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento n.º 330/2010.

¹⁰⁸ Regulamento n.º 461/2010 de 27 de Maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector dos veículos automóveis texto relevante para efeitos do EEE, publicado no JO n.º L 129 de 28/05/2010 p. 0052 – 0057.

¹⁰⁹ Assim o art.º 3.º, n.º 1 do Regulamento *supra* referido.

superior a 30%, nem todos os acordos verticais celebrados pelas mesmas são abrangidos pela isenção de aplicação do art.º 101.º n.º 1 do TFUE.

Assim, são abrangidos pela isenção prevista no Regulamento, n.º 330/2010 os acordos verticais celebrados entre associações de empresas e os seus membros ou fornecedores, se todos os membros forem retalhistas de bens e se nenhum deles, em conjunto com as empresas a si ligadas, tiver um volume de negócios total anual superior a €50.000.000.

Também os acordos que contêm disposições relativas à atribuição ou à utilização, pelo comprador, de direitos de propriedade intelectual¹¹⁰, nomeadamente, marcas, direitos de autor e saber-fazer, que não constituem o principal objeto do acordo e estão diretamente relacionadas com a utilização, venda ou revenda dos bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes, estão isentos da aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, desde que as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual não tenham o mesmo objeto que as restrições previstas nos art.ºs 4.º e 5.º do Regulamento n.º 330/2010.

3.2. Acordo Excluídos da Aplicação do Regulamento

Nem todos os acordos verticais celebrados entre duas empresas que detêm uma quota de mercado inferior a 30%, são abrangidos pela isenção prevista no Regulamento n.º 330/2010. Assim, estão excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 330/2010 os acordos celebrados entre empresas concorrentes¹¹¹, com exceção dos acordos não recíprocos, isto é, acordos em que o Fornecedor é um fabricante e Distribuidor de bens e o comprador é um Distribuidor mas não uma empresa concorrente ao nível do fabrico, ou, acordos em que o Fornecedor é um prestador de serviços em vários estádios da atividade comercial, enquanto o comprador fornece os seus bens ou serviços a nível retalhista e não é uma empresa concorrente no mesmo estádio da atividade comercial em que adquire os serviços contratuais.

¹¹⁰ Cfr. o art.º 3.º, n.º 2 do Regulamento n.º 310/2010.

¹¹¹ Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea c) do Regulamento n.º 330/2010, um concorrente real é uma empresa que desenvolve atividades no mesmo mercado relevante, um concorrente potencial é uma empresa que, na ausência de acordo vertical, e numa base realista e não meramente teórica, é suscetível de, dentro de um curto período de tempo, proceder aos investimentos adicionais ou incorrer nos custos de transição necessários para entrar no mercado relevante, em resposta a um aumento pequeno mas permanente dos preços relativos.

Existem ainda algumas restrições à concorrência que, face à sua gravidade, implicam que o acordo em que as mesmas são inseridas seja excluído do âmbito de aplicação da isenção prevista no art.º 2.º, n.º 1 do Regulamento n.º 330/2010, passando o mesmo a estar abrangido pela proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, sendo irrelevante a quota de mercado das partes do acordo.

Desde logo os acordos que têm por objeto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda¹¹², e que se traduzem na imposição de um preço de revenda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes, são insuscetíveis de serem abrangidas pela isenção prevista no Regulamento n.º 330/2010. Contudo, o Fornecedor pode impor um preço de venda máximo ou recomendar um preço de venda.

Outra das exclusões é a restrição absoluta do território no qual o comprador ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços¹¹³, que não se traduza na restrição relativa ao local de estabelecimento do comprador. Esta restrição comporta exceções, nomeadamente a possibilidade de restringir o comprador a efetuar vendas ativas¹¹⁴, num território ou a um grupo exclusivo de clientes reservados ao Fornecedor ou atribuídos por este a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador.

Podem também ser abrangidas pela isenção do Regulamento n.º 330/2010 as restrições das vendas a utilizadores finais por um comprador que exerça as suas atividades no estágio grossista, as efetuadas por membros de um sistema de distribuição seletiva¹¹⁵ a distribuidores não autorizados situados no território reservado pelo Fornecedor para o funcionamento desse sistema ou em territórios em que o fornecedor ainda não vende o produto, bem como, a restrição

¹¹² Artigo 4.º, alínea a) do Regulamento *supra* referido.

¹¹³ Artigo 4.º, alínea b) do Regulamento *supra* referido.

¹¹⁴ As vendas ativas são interpretadas pela Comissão como a abordagem ativa de clientes individuais através de publicidade por correio, visitas, ou a abordagem de um grupo de clientes específico ou de um território específico através de publicidade nos meios de comunicação, internet, promoções especialmente destinadas ou orientadas para esse grupo de clientes ou para esse território, cfr. decorre do ponto 51 das Orientações sobre Restrições Verticais 2010.

¹¹⁵ Sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer directa quer indirectamente, apenas a distribuidores selecionados 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, assim dispõe o artigo 1.º, n.º 1, alínea e) do Regulamento n.º 330/2010.

da capacidade de um comprador de componentes¹¹⁶, fornecidas para efeitos de incorporação, revender as mesmas a clientes que as utilizem para fabricar bens análogos aos produzidos pelo Fornecedor.

Contudo, a restrição às vendas passivas efetuadas no território ou a clientes de um certo Distribuidor, durante um certo período, podem ser aceites, na medida em que sejam necessárias para que o Distribuidor recupere os investimentos substanciais em que teve de incorrer para lançar e ou desenvolver um novo mercado¹¹⁷.

Também a restrição das vendas ativas de um produto novo a ser testado, fora do território em que o mesmo está a ser introduzido ou do grupo de clientes a que o mesmo é exclusivamente destinado, podem ser permitidas durante o período necessário à realização dos testes ou à sua introdução.¹¹⁸

A isenção é igualmente excluída no que respeita às restrições aplicadas aos membros de um sistema de distribuição seletiva, que exerçam atividades no estúdio retalhista, quanto às vendas efetuadas a utilizadores finais¹¹⁹, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro do sistema de exercer as suas atividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado e salvo se a restrição visar proteger um sistema de venda exclusiva que funcione noutra local ou se as mesmas se mostrarem necessárias para proteger atividades publicitárias.

Também a restrição dos fornecimentos cruzados¹²⁰ entre distribuidores no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, incluindo os distribuidores que operam em diferentes estúdios da atividade comercial, não goza da isenção prevista no Regulamento.

¹¹⁶ por componentes entendem-se os bens intermédios.

¹¹⁷ Cfr. Ponto 61 das Orientações 2010.

¹¹⁸ Cfr. Parágrafo 62 das Orientações 2010. Neste sentido, veja-se a decisão da Comissão no processo 92/33/CEE, de 16/12/1991, (IV/33242 - Yves Saint Laurent Parfums), publicada no Jornal Oficial nº L 012 de 18/01/1992, “*A obrigação que incumbe ao distribuidor autorizado no território do qual um novo produto ainda não foi lançado de se abster de efectuar uma venda activa durante um prazo de um ano permite ao fabricante testar um novo produto num mercado determinado e de se reservar a possibilidade, em função dos resultados obtidos neste mercado, de alargar ou de parar a comercialização do referido produto. Com efeito, o lançamento de um novo produto cosmético de luxo constitui uma operação industrial e comercial complexa que implica investimentos importantes e uma promoção publicitária importante. O êxito de uma tal operação pressupõe uma cooperação estreita entre o fabricante e os seus distribuidores autorizados que, por seu lado, necessitam de uma formação específica para assegurar ao cliente final o aconselhamento profissional que este procura.*”

¹¹⁹ Artigo 4.º, alínea c) do Regulamento n.º 330/2010.

¹²⁰ Os fornecimentos cruzados dizem respeito ao abastecimento interno entre Distribuidores.

Por fim, é igualmente insuscetível de isenção pelo Regulamento, a restrição, acordada entre um Fornecedor e um comprador, do Fornecedor vender componentes – que são incorporadas pelo comprador - como peças sobresselentes a utilizadores finais, estabelecimentos de reparação ou a outros prestadores de serviços de assistência não designados pelo comprador para a reparação ou manutenção dos seus bens. Esta situação era bastante frequente entre Fornecedores de uma marca de veículos automóveis e respetivos Concessionários.

Quando uma das restrições *supra* referidas é incluída num acordo, presume-se que o mesmo é abrangido pelo art.º 101.º, n.º 1 do TFUE. Contudo, algumas restrições graves podem não ser abrangidas pelo art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, como vimos em algumas das exceções à regra elencadas *supra*, em virtude de serem objetivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares.¹²¹

3.3. Cláusulas Excluídas do Âmbito de Aplicação do Regulamento

Existem ainda restrições que, apesar de não excluírem o acordo em que se inserem do âmbito de aplicação do Regulamento, determinam que o benefício de isenção concedido pelo Regulamento não se aplica às mesmas.¹²²

Assim, ficam excluídas da isenção prevista no Regulamento as obrigações de não concorrência¹²³ cuja duração seja indefinida ou ultrapasse 5 anos, exceto quando os bens ou serviços contratuais são vendidos pelo comprador a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador e a duração da obrigação de não concorrência não ultrapasse o período de ocupação dessas instalações.

Fica igualmente excluída do Regulamento a cláusula que impeça o comprador, após o termo do acordo, de produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços, exceto quando a obrigação disser respeito a bens ou serviços que concorrem com os bens ou serviços contratuais, for limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o comprador exerceu as suas atividades durante o período do contrato, for indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo

¹²¹ Cfr. ponto 60 das Orientações sobre Restrições Verticais 2010.

¹²² Cfr. Decorre do art.º 5.º do Regulamento n.º 330/2010.

¹²³ Conforme definido no art.º 1.º, n.º 1, alínea d) do Regulamento *supra* referido.

fornecedor ao comprador e a duração da obrigação for limitada a um período de um ano após o termo do acordo.

É também excluída a isenção quanto à obrigação que impeça os membros de um sistema de distribuição seletiva de venderem as marcas de determinados Fornecedores concorrentes.

3.4.Retirada Da Isenção

Caso a Comissão ou a Autoridade da concorrência de um Estado-Membro verifiquem que o acordo provoca efeitos incompatíveis com a proibição estatuída no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, pode retirar o benefício de isenção conferido pelo Regulamento n.º 330/2010, se este não satisfizer as condições do artigo 101.º, n.º 3. Neste caso, a Comissão tem o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo disposto no art.º 101.º, n.º 1 e que o mesmo não satisfaz uma das condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE cabendo à alegada infratora demonstrar que o acordo preenche as condições previstas no n.º 3 do referido artigo, nomeadamente, apresentando razões económicas objetivas associadas a ganhos de eficiência e explicando o motivo pelo qual o acordo em questão é indispensável para obter benefícios para os consumidores, sem eliminar a concorrência..

A competência da Autoridade da Concorrência de um Estado-Membro em detrimento da Comissão, nesta matéria, é determinada pelo facto dos efeitos concorrenciais se repercutirem nesse Estado-Membro e do mesmo possuir todas as características de um mercado geográfico distinto.

CAP. IV – A COMPATIBILIDADE DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS COM A PROIBIÇÃO DAS PRÁTICAS COLUSÓRIAS

As restrições à concorrência, operadas através da celebração de acordos verticais, que encontramos com frequência nos diversos contratos de Distribuição, podem apresentar efeitos positivos para o funcionamento da concorrência no mercado, denominados ganhos de eficiência, conforme já supra exposto.

Estes ganhos podem traduzir-se na otimização de processos de fabrico ou de distribuição, na redução de problemas de parasitismo, abertura de novos mercados, introdução de novos

produtos no mercado, captatividade de investimentos, desenvolvimento, uniformização e normalização de bens e serviços, obtenção de preços mais reduzidos e de financiamentos.

Deste modo, nas Orientações sobre Restrições Verticais 2010, a Comissão elenca algumas restrições comumente previstas em acordos verticais, dos quais os contratos de distribuição, face ao já exposto no início do presente estudo, são um exemplo, expondo a política por si seguida na análise e no tratamento das mesmas, as quais acabam por constituir a linha de orientação para muitas empresas.

1. Contratos de Agência

Para que um contrato de agência seja excluído do âmbito de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, a Comissão tem entendido¹²⁴ que o Agente não pode suportar riscos financeiros ou comerciais, ou os mesmos terão de ser insignificantes, na prática dos atos que lhe foram cometidos pelo Principal, isto é, no desempenho da atividade de promoção ou celebração dos contratos por conta daquele e nos investimentos especificamente efetuados para o desenvolvimento daquela atividade e de outras atividades exigidas pelo Principal.

Já os riscos relacionados com a atividade de Agente em geral, nomeadamente o risco de fazer depender a comissão que auferir do seu sucesso da atividade de intermediação, o risco de investimentos gerais, nomeadamente em pessoal e instalações não especializadas, não são relevantes para desconsiderar o contrato em causa como um contrato de agência.

Na cláusula 16.º das Orientações sobre Restrições Verticais 2010 a Comissão elenca, de forma não exaustiva, uma série de riscos que o Agente não pode assumir, sob pena de se considerar que o mesmo não é um verdadeiro Agente, ficando o acordo celebrado com o Principal sujeito à aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

Entre os riscos que a Comissão considera que o Agente não pode assumir temos a aquisição dos bens promovidos ou negociados por conta do Principal e o fornecimento dos serviços contratuais, a contribuição para os custos respeitantes ao fornecimento ou aquisição dos bens ou serviços contratuais, a manutenção, por sua conta e risco, de existências dos produtos contratuais, incluindo os custos de financiamento e de perda de existências, o pagamento de um valor ao Principal para devolver os produtos não vendidos, a assunção de responsabilidades

¹²⁴ Parágrafos 13 a 21 das Orientações sobre Restrições Verticais 2010.

perante terceiros pelos danos causados pelo produto vendido, ou pelo incumprimento do contrato por parte de clientes, à exceção da perda da sua comissão, a obrigatoriedade de efetuar investimentos na promoção das vendas, específicos ao mercado, em equipamento, instalações ou formação de pessoal e o desenvolvimento de outras atividades no mesmo mercado do produto exigidas pelo Principal.

Estes riscos devem ser apreciados casuisticamente à luz da realidade económica em que são assumidos, sendo a qualificação jurídica que as partes atribuem ao acordo irrelevante ¹²⁵.

Para uma melhor ilustração do supra exposto, veja-se a decisão da Comissão e da Jurisprudência europeia, no caso comumente conhecido como *Mercedes-Benz* ¹²⁶, em que a Comissão considerou que os contratos celebrados entre a DaimlerChrysler AG e os agentes alemães estavam sujeitos à aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, porquanto estes assumiam uma série de riscos comerciais. De entre diversas obrigações, os Agentes deviam suportar o risco e os custos de transporte de veículos novos, deviam imputar uma parte considerável dos seus recursos próprios na promoção das vendas, nomeadamente adquirindo automóveis de demonstração por conta própria, deviam executar reparações nos veículos automóveis que tivessem garantia, deviam instalar uma oficina por conta própria e aí prestar serviços pós venda e de garantia e assegurar, quando solicitado, o serviço de assistência permanente e de reparação urgente de avarias e deviam manter, por conta própria, um armazém de peças sobressalentes para a reparação dos automóveis na sua oficina.

No recurso da decisão da Comissão, apresentado pela DaimlerChrysler – que em 1998 se fundiu com a Daimler-Benz AG e sucedeu a esta - o Tribunal Geral da União Europeia divergiu da decisão da Comissão ¹²⁷ entendendo que não tendo os Agentes alemães legitimidade para vender os veículos em questão, estando esta atividade circunscrita à Mercedes-Benz, aqueles tinham uma função de meros intermediários na transação e desconsiderou que os riscos assumidos pelos mesmo fosse adequados à sua qualidade de Agentes, considerando antes que os Agentes formam, com a Mercedes-Benz, uma unidade económica e portanto não configuram uma

¹²⁵ Orientações sobre Restrições Verticais 2010.

¹²⁶ Decisão da Comissão n.º 2002/758/EC, Processo COMP/36.264, de 10/10/2001, Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 25.9.2002, p.1-47, parágrafos 156 a disponível em www.eur-lex.europa.eu.

¹²⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção), de 15 de setembro de 2005, Processo T-325/01, DaimlerChrysler AG contra Comissão, disponível em www.eur-lex.europa.eu

empresa na aceção do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, pelo que não foi juridicamente demonstrada a existência de um acordo entre empresas na aceção do normativo legal anteriormente referido.

É, deste modo, o “risco assumido pelo Agente”, o critério decisivo para a isenção, ou não, da aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE às obrigações, tácitas ou expressas, impostas ao Agente na relação estabelecida com os terceiros com que negocia e ou celebra contratos por conta do Principal. Isto porque, sendo o Principal quem suporta os riscos comerciais e financeiros relacionados com a venda e aquisição dos bens e serviços contratuais, algumas das obrigações impostas ao Agente, no âmbito da sua relação com terceiros, como sejam as limitações relativas ao território e aos clientes a quem o Agente pode vender os bens e ou serviços e a definição dos preços e condições em que o Agente deve vender ou adquirir tais bens e ou serviços, dizem respeito à capacidade de o Principal fixar a atividade do Agente, no âmbito da sua estratégia comercial.

Já as obrigações respeitantes à relação entre o Principal e o Agente, que se podem materializar em obrigações de exclusividade, de marca única e de não concorrência após a cessação do contrato, estão sujeitas à aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, na medida em que, nesta relação, o Agente e o Principal constituem duas empresas distintas¹²⁸, e as obrigações estabelecidas entre ambos podem conduzir ou contribuir *para um efeito (cumulativo) de encerramento do mercado relevante em que os bens ou serviços contratuais são vendidos ou adquiridos*.¹²⁹

Face ao exposto, é essencial, que as partes, quando celebram um contrato de agência, tenham em consideração os riscos financeiros e comerciais assumidos por cada uma, na medida em que

¹²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 14/12/2006, Proc. N.º C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos SA, parágrafos 62 e disponível em www.curia.europa.eu, “(...) há que precisar que só as obrigações impostas ao intermediário no âmbito da venda de mercadorias a terceiros por conta do comitente não estão abrangidas por esse artigo. Com efeito, como alega a Comissão, um contrato de agência pode conter cláusulas respeitantes às relações entre o agente e o comitente, às quais se aplica o referido artigo, como cláusulas de exclusividade e de não concorrência. A esse propósito, há que considerar que, no âmbito dessas relações, os agentes são, em princípio, operadores económicos independentes e as referidas disposições são susceptíveis de infringir as regras da concorrência na medida em que contribuam para o encerramento do mercado em causa.

¹²⁹ Cfr. Parágrafo 19 das Orientações 2010

estes são determinantes para a sujeição do mesmo à aplicação, ou não, do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

2. Contrato De Franquia

Os contratos de franquia são constituídos, essencialmente, por licenças de direito de propriedade intelectual, respeitantes à marca, insígnia e “saber-fazer do Franquiador, bem como, por assistência comercial ou técnica fornecida por este que, em conjunto, constituem o método comercial do Franquiador e para cuja utilização o Franquiado paga determinados montantes.

Assim, grande parte das restrições incluídas nos contratos de franquia podem ser necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do Franquiador¹³⁰, nomeadamente o “saber-fazer” e a assistência técnica concedidas ao Franquiado, ou para manter a identidade comum e a reputação da rede de franquia, o que poderá excluir a aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

No âmbito das cláusulas que se mostram necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do Franquiador, temos a obrigação do Franqueado não desenvolver atividades semelhantes às desenvolvidas no âmbito do contrato de franquia, seja durante a vigência do contrato, seja durante um certo período após a sua cessação. Neste aspeto, quanto mais importante é a transferência do “saber-fazer”, maior a probabilidade de as restrições inseridas num acordo darem origem a ganhos de eficiência ou serem indispensáveis para a proteção do mesmo e, portanto, maior a possibilidade de o mesmo beneficiar da isenção prevista no art.º 101.º, n.º 3 do TFUE.

Relativamente às restrições necessárias para que o Franqueador preserve a identidade e reputação da rede de franquia, podemos elencar as cláusulas restritivas de vendas, o que sucede

¹³⁰ Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28/01/1986, Proc.º 161/84, disponível em www.curia.europa.eu, parágrafo 16 “(...) o licenciante deve poder comunicar aos licenciados o seu «know-how» e fornecer-lhes a assistência necessária para lhes permitir a aplicação dos seus métodos, sem se arriscar a que esse «know-how» e essa assistência beneficiem, mesmo indirectamente, os seus concorrentes. Daqui resulta que as cláusulas indispensáveis para prevenir esse risco não constituam restrições à concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1.”

nos sistemas de distribuição seletivas, as cláusulas de não concorrência relativa aos bens e serviços adquiridos pelo Franquiado.

Contudo, existem cláusulas que são absolutamente proibidas, como é o exemplo das cláusulas que, direta ou indiretamente, fixem os preços dos produtos ou serviços comercializados pelo Franquiado, pelo que, cairão sempre no âmbito de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE. Assim, mesmo que ao abrigo do argumento da manutenção da identidade comum da rede de franquias, o Franquiador apenas está autorizado a recomendar preços ou a fixar preços máximos¹³¹.

O Franqueador não pode igualmente limitar os fornecimentos cruzados dentro da rede de Franquia ou as vendas passivas dos Franquiados a clientes fora das respetivas áreas geográficas atribuídas.

Uma pequena nota para esclarecer que nos contratos de franquias, no cálculo da quota de mercado do Fornecedor, o mercado relevante será constituído apenas pelos produtos e serviços substituíveis, sendo irrelevante o modo de distribuição dos mesmos.

Acresce que a marca poderá constituir uma característica essencial para os consumidores, na escolha dos produtos e serviços, tornando estanque a substituição dos mesmos. Nestes casos, sendo o critério de identificação do mercado relevante o carácter substituível ou permutável dos bens ou serviços, o mercado relevante não será constituído por produtos que, objetivamente, são sucedâneos entre si, em virtude das suas características, mas sim constituído pelos produtos de determinada marca, fenómeno denominado de *“one-single-brand markets”*.

Esta perspetiva levará a que o mercado relevante do produto seja mais reduzido e consequentemente, a quota do Fornecedor seja maior, o que poderá originar distorções no que respeita à aplicação de isenções de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

¹³¹ Neste sentido veja-se a Decisão da Autoridade da Concorrência Portuguesa, de 09/06/2016 no Proc.º PRC 2014/03, Dia Portugal Supermercados – Sociedade Unipessoal, Lda. (Dia Portugal), disponível em www.concorrencia.pt

3. Restrições Verticais Comuns

Enquanto restrições verticais comuns aos diversos contratos de distribuição ora em estudo, na medida em que podem ser estabelecidas tanto nos contratos de agência como nos contratos de concessão comercial ou de franquia, podemos identificar as cláusulas de marca única, de distribuição exclusiva, de atribuição exclusiva de clientes, de distribuição seletiva e de fornecimento exclusivo.

Ainda que a apreciação das restrições verticais, para efeitos de aplicação do art.º 101.º, n.º 3 do TFUE deva ser efetuada tendo em consideração o contexto do acordo em questão, podemos elencar algumas cláusulas que, em certas situações, poderão beneficiar da isenção prevista no art.º 101.º, n.º 3 do TFUE.

Marca Única

As cláusulas de marca única traduzem-se na obrigação ou influência do Distribuidor concentrar as suas encomendas num determinado tipo de produto junto de um único Fornecedor e podem ser levadas a cabo através de cláusulas de não concorrência, nomeadamente, estabelecendo um regime de incentivos que leva o Distribuidor a adquirir mais de 80% das suas necessidades num determinado mercado junto de um único fornecedor, como através de cláusulas de obrigação de aquisição de determinadas quantidades ao Fornecedor, impondo quantidades mínimas de compra ou sistemas de descontos condicionais.

Estas obrigações podem configurar uma restrição da concorrência, na medida em que conduzam ao encerramento do mercado quanto a outros Fornecedores, ao abrandamento da concorrência e a uma diminuição da concorrência intermarcas no âmbito do estabelecimento comercial do distribuidor.

Contudo, quando as obrigações de não concorrência têm uma duração limitada a um período máximo de 5 anos, as cláusulas que preveem as mesmas podem usufruir da isenção de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, ao abrigo do art.º 5.º, n.º 1, al. a) do Regulamento n.º 330/2010.

Já no que respeita às cláusulas de compra de quantidades mínimas, para que as mesmas possam ser abrangidas pelo art.º 101.º, n.º 3 do TFUE as partes teriam, por exemplo, de demonstrar que

o Fornecedor poderá obter economias de escala ao nível da produção e que estas influenciarão o preço de venda a retalho do produto. Estes tipos de cláusulas têm também sido aceites quando subordinadas à concessão de um empréstimo de capital por uma das partes à outra, na medida em que a obrigação de aquisição de quantidades mínimas funciona como uma garantia suplementar para o investimento da parte que concede o empréstimo.

Distribuição Exclusiva

Os acordos de distribuição exclusiva traduzem-se na obrigação do Fornecedor vender os seus produtos apenas a um Distribuidor para revenda num determinado território, ficando este normalmente limitado no que respeita às vendas ativas noutros territórios ou grupos de clientes.

Este sistema apresenta alguns efeitos positivos, na medida em que pode impedir que os Distribuidores se aproveitem da atividade desenvolvida por outros Distribuidores, nomeadamente dos esforços de promoção de determinado produto ou serviço ou dos investimentos específicos efetuados. Permite também abrir novos mercados, na medida em que seja necessário proteger um Distribuidor, que tem de efetuar investimentos iniciais para implementar uma nova marca ou produto no mercado, da concorrência exercida por outros Distribuidores nesse mesmo mercado. Pode ainda ser necessária para a introdução do produto no mercado através de Distribuidores que gozam de uma reputação de armazenarem apenas produtos de qualidade, e bem assim, gerar ganhos de eficiência ao nível dos custos logísticos de transporte dos produtos, em virtude da criação de economias de escala.

Contudo, este tipo de acordos podem reduzir a concorrência intramarcas e a partilha do mercado, levando facilmente à discriminação através de preços. Podem ainda provocar a evicção de outros Distribuidores e conseqüentemente reduzir a concorrência a este nível.

Já a concorrência intermarcas poderá ser restringida se Fornecedores de diversas marcas nomearem o mesmo Distribuidor exclusivo para distribuir a sua marca num determinado território, a chamada distribuição múltipla, pelo que nestes casos podemos ter um fator de retirada do benefício de isenção conferido pelo Regulamento n.º 330/2010.

Também a quantidade de distribuidores exclusivos nomeados para cada território, pode ser importante na determinação da aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, principalmente quando acompanhada de restrições de vendas a outros Distribuidores não designados.

A combinação da distribuição exclusiva com a obrigação de abastecimento exclusivo pode aumentar também a probabilidade de restrição da concorrência intermarcas, pelo que um acordo que contenha esta combinação dificilmente poderá usufruir da isenção de aplicação do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE.

Face ao exposto, o facto de uma cláusula de distribuição exclusiva não ser combinada com uma obrigação de abastecimento exclusivo, nem com uma obrigação de não concorrência, mas antes estar associada a uma redução dos custos de logística face ao produto em questão, bem como, à realização de investimentos pelos Distribuidores na promoção do produto, reduz a probabilidade de restrição da concorrência, intra e intermarcas, pelo que um acordo celebrado com esta configuração poderia ser abrangido pelo benefício de isenção de aplicação .º, n.º 1 do TFUE.

Distribuição seletiva

Na distribuição seletiva estamos perante um acordo que limita o número de Distribuidores autorizados a vender o produto ou serviço, não em função do território, como sucede com a distribuição exclusiva, mas em função de determinados critérios. Estes podem ser qualitativos, quando aferidos face à natureza do produto como a formação do distribuidor e do pessoal de vendas afeto ao mesmo, à localização e serviços fornecidos nos pontos de venda, ou quantitativos, caso em que os mesmo são determinados em função do número de Distribuidores que o fornecedor pretende em cada território.

Contrariamente à distribuição exclusiva, que limita as vendas ativas em determinados territórios, na distribuição seletiva há uma limitação em relação aos sujeitos que poderão vender o produto ou serviço.

Conforme supra elencando a distribuição seletiva pode ser qualitativa ou quantitativa. Na primeira modalidade os distribuidores são selecionados com base em critérios objetivamente qualitativos, relacionados com a natureza do produto. Na segunda modalidade, aos critérios de qualificação objetiva são adicionados outros critérios relativos à disponibilidade do revendedor

assumir determinadas obrigações comerciais, nomeadamente a compra de quantidades mínimas.¹³²

Este tipo de restrição pode reduzir a concorrência intramarca e bem assim, abrandar a concorrência, quando há uma exclusão de certo tipo de Distribuidores.

A Comissão entende que a distribuição seletiva qualitativa poderá não ser abrangida pela proibição prevista no art.º 101.º, n.º 1 do TFUE¹³³ se a natureza dos produtos em causa constituir um requisito legítimo para a distribuição do produto, de modo a manter a sua qualidade e garantir o seu uso adequado, se os revendedores forem escolhidos com base em critérios objetivos de natureza qualitativa estabelecidos uniformemente e disponibilizados a todos os revendedores potenciais e se tais critérios não forem estabelecidos para além do necessário¹³⁴.

Já a distribuição seletiva quantitativa, na medida em que permite com alguma facilidade restringir os revendedores da rede de distribuição, terá de se demonstrar que a mesma é necessária para proteger o Distribuidor do efeito boleia dos restantes Distribuidores face aos investimentos efetuados, bem como, que a mesma é necessária para efeitos de economias de escala e uniformidade e normalização da qualidade do produtos, de modo a que possa beneficiar da isenção prevista no art.º 101.º, n.º 3 do TFUE.

¹³² Cfr. Carvalho, Sónia de, *Algumas Notas sobre o contrato de distribuição selectiva*, em Estudos em Homenagem Fernando de Araújo Barros, 2017, pág. 447

¹³³ Cfr. Parágrafo 175 das Orientações Verticais 2010

¹³⁴ A este propósito veja-se o Acórdão do Tribunal de Primeira Instancia parágrafo 39 “*As obrigações referidas na alínea b), a saber, contribuir para a instalação e o desenvolvimento da rede de distribuição, e na alínea d), a saber, celebrar contratos de cooperação pelos quais o grossista se compromete a realizar um volume de negócios considerado satisfatório pela SABA e que incluem compromissos de compra durante um período de seis meses, bem como obrigações de armazenagem, excedem não só as obrigações normais de exploração de um estabelecimento de comércio por grosso mas também as necessidades de um sistema de distribuição selectiva baseado em exigências qualitativas.*

Estas obrigações têm como efeito vincular estreitamente os distribuidores autorizados à SABA e são susceptíveis de provocar a exclusão de empresas que, embora reunindo as condições de admissão qualitativas, não se encontrem em condições de, ou não estejam dispostas a, sujeitar-se a essas obrigações e podem, portanto, redundar indirectamente numa limitação da quantidade e do local de instalação dos pontos de distribuição.

Por conseguinte, as referidas obrigações só podem ser exceptuadas da proibição do artigo 85.o, n.o 1, se as condições do artigo 85.o, n.o 3, estiverem reunidas.”

Contudo, a combinação da distribuição seletiva com a distribuição exclusiva não poderá beneficiar da isenção da proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, quando conjugada com a restrição – grave, nos termos do art.º 4.º, al. c) do Regulamento n.º 330/2010 - das vendas a consumidores finais noutros territórios.

Conforme refere Sónia de Carvalho ¹³⁵ “A Comissão pretende, com esta disposição, salvaguardar a liberdade do distribuidor para vender, de forma activa ou passiva, a todos os utilizadores finais, inclusivamente através da internet.”

Ainda que a jurisprudência considere que é inerente à distribuição seletiva uma restrição na concorrência, na medida em que restringindo os distribuidores que comercializam o produto, limitar-se-á a distribuição dos mesmos, tem sido igualmente entendido que esta restrição pode ser justificada pela natureza dos produtos e pelas exigências que a sua distribuição acarreta.¹³⁶

¹³⁵ Cfr. Carvalho, Sónia, op. cit. pág. 454.

¹³⁶ Neste sentido veja-se o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25/10/1983, Proc. 107/82, AEG-Telefunken contra Comissão, parágrafo 33, disponível em www.eur-lex.europa.eu “It is common ground that agreements constituting a selective system necessarily affect competition in the common market . however , it has always been recognized in the case-law of the court that there are legitimate requirements , such as the maintenance of a specialist trade capable of providing specific services as regards high-quality and high-technology products , which may justify a reduction of price competition in favour of competition relating to factors other than price . systems of selective distribution , in so far as they aim at the attainment of a legitimate goal capable of improving competition in relation to factors other than price , therefore constitute an element of competition which is in conformity with article 85 (1)”

CONCLUSÕES

Após a revolução industrial, a figura da distribuição indireta ganhou um enorme relevo, originando formas cada vez mais complexas de organização da função de distribuição de produtos e serviços.

Apesar das várias décadas passadas, os contratos de distribuição continuam a ter um papel essencial no desenvolvimento económico, na medida em que permitem introduzir novas empresas e novos e melhores produtos no mercado, ampliando, conseqüentemente, a oferta aos consumidores.

Contudo, no âmbito das relações de distribuição indirecta integrada, isto é, entre empresas que cumprem uma função complementar na colocação dos produtos no mercado, podem ser acordadas determinadas restrições entre as partes, consubstanciadas sobre as mais diversas formas jurídicas, nomeadamente, acordos, práticas concertadas, abusos de posição dominante e de dependência económica, apresentando as mesmas um grau de substituibilidade elevado entre si, na medida em que o mesmo problema de ineficiência pode ser solucionado através de diferentes restrições verticais. Deste modo, afigura-se importante para os operadores avaliar previamente a restrição que apresenta menores efeitos negativos sobre a concorrência, fator determinante para efeitos de aplicação da isenção prevista no art.º 101.º, n.º 3 do TFUE e bem assim, para a saudável confluência entre a área da distribuição e o Direito da Concorrência.

Ora, de modo a que não se limite o crescimento económico, nem se lese a livre concorrência, a clarificação dos regimes jurídicos aplicáveis aos acordos verticais tem sido objeto de grande preocupação, tanto pela Comissão Europeia e Autoridades da Concorrência nacionais, como pelos tribunais.

Procurando responder a problemas da insegurança jurídica, a Comissão publicou, já em 2004, “*Orientações relativas à aplicação do nº 3 do artigo 81.o do Tratado*”, as quais têm sido cada vez mais aperfeiçoadas, de modo a orientar os tribunais nacionais, bem como as autoridades da concorrência nacionais e até as próprias empresas, na aplicação do nº 3 do art.º 101.º do TFUE.

Foram igualmente criados alguns mecanismos que permitem uma compatibilização dos acordos verticais com as regras do direito da concorrência, nomeadamente, isenções objetivas, cujo critério assenta em limiares de quotas de mercado, que excluem do conceito de restrição

sensível da concorrência e por conseguinte isentam da proibição do art.º 101.º, n.º 1 do TFUE, determinados acordos, denominados “de pequena importância”, desenvolveram-se critérios assentes num balanço económico positivo que isentam a proibição estatuída no art.º 101.º, n.º1 do TFUE e criaram-se Regulamento de Isenção por Categoria, que normalizam a aplicação do referido balanço.

Tem também existindo uma abordagem mais liberal da Comissão Europeia e da Jurisprudência quanto à aceitação de determinadas restrições verticais em contratos de Distribuição, considerando que, mesmo as proibições denominadas “hardcore” não devem ser consideradas proibições *per se*, enumerando inclusive situações em que as mesmas poderão ser aceites, como é o caso do lançamento de um novo produto e o investimento em publicidade para justificar uma restrição territorial.

Contudo, este caminho mostra-se curto, na medida em que o “círculo de permissão” criado pela Comissão não se apresenta suficiente face à realidade económica atual e às necessidades das empresas na adaptação ao mercado, criando insegurança e incerteza jurídica aos agentes económicos e potenciando ainda situações discriminatórias, existindo também pouca atividade decisória e uniformização de decisões por parte dos Tribunais.

Assim, ainda que seja possível compatibilizar os contratos de Distribuição com o Direito da Concorrência e que esta possibilidade seja cada vez mais patente e premente, é importante que esta compatibilização não seja apreciada de forma abstrata, em função de critérios puramente objetivos, mas sim em função das cláusulas especificamente contidas no contrato, da sua função e principalmente do contexto económico em que o mesmo se insere.

De outro modo, podemos chegar a situações em que reprimiremos práticas que apenas formalmente apresentam uma restrição ao Direito da Concorrência o que, consequentemente, poderá dissuadir a celebração de acordos pro-competitivos e consequentemente de promover a livre concorrência no mercado.

BIBLIOGRAFIA

Monografias

- **ANTUNES, José Engrácia, “Direito dos Contratos Comerciais”, Almedina, Coimbra, 2009.**
- **ASCENSÃO, José DE Oliveira, Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 2002**
- **BAHAMONDE, Rubén Delgado, El Derecho de la competencia y los acuerdos de transferencia de tecnologia, Aranzadi, Cizur Menor, 2016;**
- **BELLAMY & CHILD, European Community Law of Competition, 5ª ed., Oxford University Press, 2001;**
- **CORDEIRO, António Menezes, Manual de Direito Comercial, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009**
- **CUNHA, Carolina, O Contrato de Fornecimento no Sector da Grande Distribuição a Retalho: perspectivas actuais, Coimbra Editora, Coimbra, 2009**
- **DOS SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuela Leitão, Direito Económico, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2013**
- **GARCÍA, Fernando Cachafeiro, PÉREZ, Rafael García, SUÁREZ, Marcos A. López, Derecho de la competencia y gran distribución, Aranzadi, Cizur Menor, 2016**
- **GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Da restrição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição, Almedina, 1998;**
- **GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Direito Comunitário, 6ª edição, Almedina, 2010;**
- **GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Lei das Práticas Restritivas do Comércio, Almeida, Coimbra, 2014;**

- **GREEN, Nicholas, Commercial Agreements and Competition Law : Practice and Procedure in the UK and EC, Graham & Trotman, 1986**
- **MIRAVALLS, Jaume Marti, El Contrato de Master Franquicia, Aranzadi, Novembro 2009;**
- **MONTEIRO, António Pinto, Contratos de Distribuição Comercial, Almedina, Coimbra, 2002,**
- **MOURA E SILVA, Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial, Almedina, 2008;**
- **ORTUÑO BAEZA, Teresa, “La licencia de marca”, Marcial Pons, 2000.**
- **PINTO, Fernando Ferreira, “Contratos de Distribuição” – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;**
- **SOARES, António Goucha, MARQUES, Maria Manuel Leitão, Concorrência Estudos, Almedina, Coimbra, junho 2006.**
- **XAVIER, Alberto, Subsídios para uma lei de defesa da concorrência, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 138, Lisboa: DGCI, 1970**

Artigos

- **BARROS, pedro pita, Relação entre a Autoridade da Concorrência e Autoridades Sectoriais, em Concorrência Estudos, Almedina, Junho, 2006;**
- **BELLIS, Jean-François, The New EU Rules on Vertical Restraints, Revista de Concorrência e Regulação (C&R), número 5, Ano 2; Janeiro-Março 2011, disponível em www.concorrencia.pt;**

- **CARVALHO, Sónia de, Algumas Notas sobre o contrato de distribuição selectiva, em Estudos em Homenagem Fernando de Araújo Barros, 2017**
- **TENREIRO, Mário, Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério da afectação do comércio entre os Estados-Membros face à realização do mercado único, Revista de Direito e Economia, Coimbra, A.15, 1989**