

I

(Comunicações)

COMISSÃO

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Orientações relativas às restrições verticais

(2000/C 291/01)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

ÍNDICE

	Números	Páginas
I. INTRODUÇÃO	1-7	3
1. Objectivo das Orientações	1-4	3
2. Aplicação do artigo 81.º aos acordos verticais	5-7	3
II. ACORDOS VERTICAIS GERALMENTE NÃO ABRANGIDOS PELO N.º 1 DO ARTIGO 81.º	8-20	4
1. Acordos de importância menor e PME	8-11	4
2. Acordos de agência	12-20	4
III. APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA	21-70	6
1. Zona de segurança criada pelo Regulamento de Isenção por Categoria	21-22	6
2. Âmbito de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria	23-45	6
3. Restrições graves no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	46-56	11
4. Condições de isenção no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	57-61	13
5. Inexistência de presunção de ilegalidade fora do âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	62	14
6. Dispensa de comunicação formal preventiva	63-65	14
7. Divisibilidade	66-67	15
8. Carteira de produtos distribuídos através do mesmo sistema de distribuição	68-69	15
9. Período transitório	70	15

IV.	VERIFICAÇÃO DA ISENÇÃO E NÃO APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA	71-87	16
1.	Processo de verificação	71-79	16
2.	Não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria	80-87	17
V.	DEFINIÇÃO DO MERCADO E QUESTÕES RELATIVAS AO CÁLCULO DE QUOTAS DE MERCADO	88-99	18
1.	Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante	88	18
2.	O mercado relevante para efeitos do cálculo do limiar da quota de mercado de 30 % no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	89-95	18
3.	O mercado relevante para efeitos de avaliação individual	96	19
4.	Cálculo de quotas de mercado no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	97-99	20
VI.	POLÍTICA DE APLICAÇÃO EM CASOS INDIVIDUAIS	100-229	20
1.	Enquadramento da análise	103-136	21
1.1.	Efeitos negativos das restrições verticais	103-114	21
1.2.	Efeitos positivos das restrições verticais	115-118	22
1.3.	Regras gerais para a apreciação das restrições verticais	119	24
1.4.	Metodologia da análise	120-136	26
1.4.1.	Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º	121-133	26
1.4.2.	Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º	137-229	28
2.	Análise de restrições verticais específicas	137-229	28
2.1.	Marca única	138-160	28
2.2.	Distribuição exclusiva	161-177	32
2.3.	Atribuição exclusiva de clientes	178-183	35
2.4.	Distribuição selectiva	184-198	36
2.5.	Franquia	199-201	39
2.6.	Fornecimento exclusivo	202-214	40
2.7.	Subordinação	215-224	42
2.8.	Preços de revenda recomendados e máximos	225-228	44
2.9.	Outras restrições verticais	229	44

I. INTRODUÇÃO

1. Objectivo das Orientações

(1) As presentes Orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos verticais ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE. Os acordos considerados verticais são definidos no n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas⁽¹⁾ (Regulamento de Isenção por Categoria) (ver n.os 23 a 45). As presentes Orientações não prejudicam a eventual aplicação paralela do artigo 82.º do Tratado aos acordos verticais. As Orientações estão estruturadas da seguinte forma:

- Capítulo II (n.os 8 a 20) descreve os acordos verticais não abrangidos em geral pelo n.º 1 do artigo 81.º;
- Capítulo III (n.os 21 a 70) comenta a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria;
- Capítulo IV (n.os 71 a 87) descreve os princípios respeitantes à verificação da isenção por categoria e à não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria;
- O Capítulo V (n.os 88 a 99) aborda as questões de definição de mercado e cálculo de quotas de mercado;
- Capítulo VI (n.os 100 a 229) descreve o enquadramento geral de análise e política de aplicação da Comissão em casos particulares no que diz respeito aos acordos verticais.

(2) Ao longo das presentes Orientações, a análise efectuada refere-se tanto aos bens como aos serviços, apesar de certas restrições verticais serem principalmente utilizadas na distribuição de bens. Do mesmo modo, acordos verticais podem ser concluídos em relação a bens e serviços intermédios e finais. Se nada for dito em contrário, a análise e argumentos apresentados no texto são aplicáveis a todos os tipos de bens e serviços e a todos os níveis de comércio. O termo «produtos» inclui bens e serviços. Os termos «fornecedor» e «comprador» são utilizados para todos os níveis de comércio.

(3) Ao publicar estas Orientações, a Comissão pretende ajudar as empresas a efectuar a sua própria apreciação de acordos verticais no âmbito das regras comunitárias em matéria de concorrência. As normas estabelecidas nas presentes Orientações devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso,

o que exclui uma aplicação automática. Cada caso deve ser apreciado à luz dos factos que lhe são inerentes. A Comissão aplicará as Orientações de uma forma razoável e flexível.

(4) As presentes Orientações não prejudicam a interpretação susceptível de ser dada pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em relação à aplicação do artigo 81.º a acordos verticais.

2. Aplicação do artigo 81.º aos acordos verticais

(5) O artigo 81.º do Tratado CE é aplicável aos acordos verticais susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros e que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência (a seguir denominados «restrições verticais»)⁽²⁾. Relativamente às restrições verticais, o artigo 81.º prevê o enquadramento jurídico apropriado para a apreciação, reconhecendo a distinção entre efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-concorrenciais: o n.º 1 do artigo 81.º proíbe os acordos que restrinjam ou falseiem significativamente a concorrência, enquanto o n.º 3 do mesmo artigo permite a isenção dos acordos que criem eficiências suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais.

(6) Em relação à maior parte das restrições verticais só podem surgir problemas a nível da concorrência se existir uma concorrência intermarcas insuficiente, isto é, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou de ambos. Sempre que a concorrência intermarcas for insuficiente, a protecção da concorrência intermarcas e intramarcas torna-se importante.

(7) A protecção da concorrência constitui o principal objectivo da política comunitária da concorrência, uma vez que melhora o bem-estar dos consumidores e dá origem a uma afectação eficaz dos recursos. Ao aplicar as regras comunitárias em matéria de concorrência, a Comissão adoptará uma abordagem económica baseada nos efeitos sobre o mercado; os acordos verticais devem ser analisados no seu contexto jurídico e económico. Contudo, no caso das restrições pelo objecto, tal como indicadas no artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria, a Comissão não tem de apreciar os efeitos reais sobre o mercado. A integração dos mercados constitui um objectivo adicional da política de concorrência comunitária e aumenta a concorrência na Comunidade. Não se deve permitir que as empresas recriem obstáculos de natureza privada entre Estados-membros, quando já se conseguiram eliminar com êxito os obstáculos estaduais.

⁽²⁾ Ver, nomeadamente, a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos Processos apensos 56 e 58/64 Grundig-Consten/Comissão, [1966] Col. 423; Processo 56/65 Technique Minière/Machinenbau Ulm GmbH, [1969] Col. 235; e a sentença do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias no Processo T77/92 Parker Pen Ltd/Comissão, [1994] Col. II-549.

⁽¹⁾ JO L 336 de 29.12.1999, p. 21.

II. **ACORDOS VERTICAIS GERALMENTE NÃO ABRANGIDOS PELO N.º 1 DO ARTIGO 81.º**

1. **Acordos de pequena importância e PME**

(8) Os acordos que não sejam susceptíveis de afectar significativamente o comércio entre Estados-membros nem tenham por objecto ou efeito restringir de uma forma considerável a concorrência não são abrangidos no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º O Regulamento de Isenção por Categoria só é aplicável aos acordos abrangidos no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º As presentes Orientações não prejudicam a aplicação da actual ou de qualquer futura Comunicação *de minimis* (1).

(9) Sem prejuízo das condições estabelecidas nos n.ºs 11 e 20 da Comunicação *de minimis* relativas às restrições graves e aos efeitos cumulativos, os acordos verticais concluídos por empresas cuja quota no mercado relevante não ultrapasse 10 % são geralmente considerados como não abrangidos no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º Não há qualquer presunção de que os acordos verticais concluídos por empresas com uma quota de mercado superior a 10 % infrinjam automaticamente o n.º 1 do artigo 81.º Mesmo os acordos entre empresas que ultrapassem o limiar de 10 % podem não ter um efeito considerável no comércio entre Estados-membros ou podem não constituir uma restrição significativa da concorrência (2). Tais acordos necessitam de ser apreciados no seu contexto jurídico e económico. Os critérios para a apreciação de acordos particulares são estabelecidos nos n.ºs 100 a 229.

(10) No que diz respeito às restrições graves definidas na Comunicação *de minimis*, o n.º 1 do artigo 81.º pode ser aplicável abaixo do limiar de 10 %, desde que exista um efeito considerável sobre o comércio entre Estados-membros e sobre a concorrência. A jurisprudência aplicável do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância é relevante neste aspecto (3). É feita igualmente referência à situação específica de lançamento de um novo produto ou à entrada num novo mercado, que é tratada no n.º 111, ponto 10 das presentes Orientações.

(1) Ver Comunicação relativa aos acordos de pequena importância de 9.12.1997, JO C 372 de 9.12.1997, p. 13.

(2) Ver Processo T-7/93, Langnese-Iglo GmbH/Comissão, [1995] Col. II-1533, ponto 98.

(3) Ver sentença do Tribunal de Primeira Instância no Processo 5/69, Völk/Vervaeke, [1969] Col. 95; Processo 1/71, Caddillon/Höss, [1971] Col. 351 e Processo C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, [1998] Col. I-1983, pontos 16 e 17.

(11) Por outro lado, a Comissão considera que, sem prejuízo dos efeitos cumulativos e das restrições graves, os acordos concluídos entre pequenas e médias empresas tal como definidas no Anexo da Recomendação n.º 96/280/CE da Comissão (4) só raramente são susceptíveis de afectar significativamente o comércio entre Estados-membros ou de restringir consideravelmente a concorrência, para efeitos do n.º 1 do artigo 81.º, e não são, por conseguinte, geralmente abrangidos no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º Nos casos em que, porém, tais acordos preencham os termos de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, a Comissão ainda assim evitará normalmente dar início a processos devido à ausência de suficiente interesse comunitário, excepto se as empresas colectiva ou individualmente tiverem uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum.

2. **Acordos de agência**

(12) Os n.ºs 8 a 20 substituem a Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com agentes comerciais, de 1962 (5). Deve ser lido conjuntamente com a Directiva 86/653/CEE do Conselho (6).

Os acordos de agência abrangem a situação em que uma pessoa singular ou colectiva (o agente) é incumbido de negociar e/ou celebrar contratos por conta de outra pessoa (o comitente), quer em nome próprio do agente quer em nome do comitente, relativamente à:

- compra de bens ou serviços pelo comitente, ou
- venda de bens ou serviços fornecidos pelo comitente.

(13) No caso de autênticos acordos de agência, as obrigações impostas ao agente no que diz respeito aos contratos negociados e/ou celebrados por conta do comitente não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º O factor determinante na apreciação da aplicabilidade do n.º 1 do artigo 81.º é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado agente pelo comitente. Relativamente a este aspecto, não é significativo para a apreciação saber se o agente age por conta de um ou mais comitentes. Os acordos que não são autênticos acordos de agência não genuínos podem ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, caso em que será aplicável o Regulamento de Isenção por Categoria e os outros capítulos das presentes Orientações.

(4) JO L 107 de 30.4.1996, p. 4.

(5) JO 139 de 24.12.1962, p. 2921.

(6) JO 382 de 31.12.1986, p. 17.

- (14) Existem dois tipos de riscos financeiros ou comerciais que são significativos para a apreciação da verdadeira natureza de um acordo de agência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º Em primeiro lugar, existem os riscos directamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo representante por conta do comitente, tais como o financiamento de existências Em segundo lugar, existem os riscos relativos a investimentos específicos do mercado em causa. Trata-se de investimentos exigidos especificamente pela actividade para a qual o agente foi nomeado pelo comitente, isto é, que são necessários para permitir que o agente celebre e/ou negocie este tipo de contratos. Tais investimentos são normalmente irre recuperáveis, se após o abandono desse domínio de actividade específico o investimento não puder ser utilizado para outras actividades ou só puder ser vendido com prejuízos significativos.
- (15) O acordo de agência não é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º se o agente não suportar quaisquer riscos ou suportar apenas riscos insignificantes em relação aos contratos celebrados e/ou negociados por conta do comitente e aos investimentos específicos no mercado desse domínio de actividade. Numa tal situação, a função de compra ou de venda constitui parte integrante das actividades do comitente, apesar do facto de o representante ser uma empresa distinta. Assim, o comitente suporta todos os riscos financeiros e comerciais correspondentes e o agente não exerce uma actividade económica independente em relação às actividades para as quais foi nomeado agente pelo comitente. Na situação contrária, o acordo de agência não é considerado um autêntico acordo de agência e pode estar abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º Nesse caso o agente suporta os riscos, e será tratado como um comerciante independente que deve continuar a ter a liberdade de determinar a sua estratégia de marketing a fim de poder recuperar os seus investimentos especificamente derivados do contrato ou do mercado. Os riscos relacionados com a actividade de prestação de serviços de agência em geral, tais como o risco de as receitas do agente dependerem do seu êxito enquanto agente ou de investimentos gerais em, por exemplo, instalações ou pessoal, não são importantes para a presente apreciação.
- (16) A questão do risco deve ser apreciada caso a caso, dando prevalência à realidade económica da situação face à sua forma jurídica. No entanto, a Comissão considera que o n.º 1 do artigo 81.º não será geralmente aplicável às obrigações impostas ao agente no que diz respeito aos contratos negociados e/ou celebrados por conta do comitente, quando o representante não é titular da propriedade dos bens contratuais vendidos ou adquiridos ou quando o próprio representante não fornece os serviços contratuais e nos casos em que o representante:
- não contribui para os custos relativos ao fornecimento/aquisição dos bens ou serviços contratuais, incluindo os custos para o transporte dos bens. Tal não impede o representante de prestar o serviço de transporte, desde que os custos sejam cobertos pelo comitente;
 - não é, directa ou indirectamente, obrigado a fazer investimentos na promoção de vendas, tais como a contribuição para orçamentos de publicidade do comitente;
 - não mantém por sua conta e risco existências dos produtos contratuais, incluindo os custos de financiamento de existências e os custos de perda de existências, e pode devolver ao comitente produtos não vendidos sem o pagamento de quaisquer encargos, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por culpa (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis a fim de evitar a perda de existências);
 - não cria e/ou explora um serviço pós-venda, um serviço de reparação ou um serviço de garantia a não ser que seja totalmente reembolsado pelo comitente;
 - não efectua investimentos específicos derivados do mercado em equipamento, instalações ou formação de pessoal, tais como, por exemplo, os depósitos de armazenamento de gasolina em caso de venda a retalho de gasolina ou software específico para a venda de apólices de seguros no caso de agentes de seguros;
 - não assuma a responsabilidade face a terceiros pelos danos causados pelo produto vendido (responsabilidade pelo produto), a não ser que o agente possa ser responsabilizado por culpa relativamente a este aspecto;
 - não assuma a responsabilidade pelo incumprimento do contrato pelos clientes, à excepção da perda da comissão, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por culpa (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis ou de medidas anti-roubo ou por incumprimento de medidas razoáveis para participar um roubo ao comitente ou à polícia ou comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que tem conhecimento sobre a solvabilidade financeira do cliente).
- (17) Esta lista não é exaustiva. Contudo, quando o agente incorre em um ou mais riscos ou custos acima referidos, nesse caso o n.º 1 do artigo 81.º pode ser aplicável tal como a qualquer outro acordo vertical.

- (18) Caso um acordo de agência não seja abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, as obrigações impostas ao agente em relação aos contratos celebrados e/ou negociados por conta do comitente não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º As obrigações do agente a seguir referidas serão geralmente consideradas parte integrante de qualquer acordo de agência, uma vez que cada uma delas diz respeito à capacidade de o comitente fixar o âmbito de actividade do agente em relação aos bens ou serviços contratuais, o que é essencial quando o comitente deve assumir todos os riscos e, por conseguinte, se encontrar numa situação de poder determinar uma estratégia comercial:
- limitações relativas ao território no qual o agente pode vender os bens ou serviços;
 - limitações em relação aos clientes a quem o agente pode vender os bens ou serviços;
 - os preços e as condições a que o agente deve vender ou adquirir os bens ou serviços.
- (19) Para além de regular as condições de venda ou de aquisição de bens ou serviços contratuais por parte do agente por conta do comitente, os acordos de representação incluem frequentemente disposições que dizem respeito à relação entre o agente e o comitente. Em particular, podem incluir uma disposição que impeça o comitente de nomear outros agentes relativamente a um determinado tipo de transacção, cliente ou território (disposições de agência exclusiva) e/ou uma disposição que impeça o agente de agir enquanto agente ou distribuidor de empresas concorrentes do comitente (disposições de não concorrência). As disposições de agência exclusiva dizem apenas respeito à concorrência intramarcas e não produzirão em princípio efeitos anticoncorrenciais. As disposições de não concorrência, incluindo as disposições de não concorrência após o termo do contrato, referem-se à concorrência intermarcas e podem infringir o n.º 1 do artigo 81.º se conduzirem a um encerramento do mercado relevante em que os bens ou serviços contratuais são vendidos ou adquiridos (ver capítulo VI.2.1).
- (20) Um acordo de agência pode igualmente ser abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, mesmo que o comitente suporte todos os riscos financeiros e comerciais relevantes, no caso de facilitar a concertação. Tal poderá, por exemplo, acontecer quando alguns comitentes utilizam os mesmos agentes impedindo colectivamente outros de utilizarem estes agentes ou quando utilizam os agentes para uma concertação relativa à estratégia de marketing ou para trocar informações de mercado sensíveis entre os comitentes.
- III. **APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA**
1. **Zona de segurança criada pelo Regulamento de Isenção por Categoria**
- (21) O Regulamento de Isenção por Categoria cria uma presunção de legalidade relativamente aos acordos verticais consoante a quota de mercado do fornecedor ou do comprador. Nos termos do artigo 3.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é em geral a quota de mercado do fornecedor no mercado em que vende os bens ou serviços contratuais que determina a aplicação da isenção por categoria. Para que a isenção por categoria seja aplicável, a quota de mercado não pode exceder o limiar de 30 %. Só quando o acordo inclui uma obrigação de fornecimento exclusivo, tal como definida na alínea c) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é que é a quota de mercado do comprador no mercado em que adquire os bens ou serviços contratuais que não pode ultrapassar o limiar de 30 % para que a isenção por categoria seja aplicável. Relativamente aos aspectos da quota de mercado veja o Capítulo V (n.os 88 a 99).
- (22) De um ponto de vista económico, um acordo vertical pode produzir efeitos não só no mercado entre fornecedor e comprador mas também em mercados a jusante do comprador. A abordagem simplificada do Regulamento de Isenção por Categoria, que apenas toma em consideração a quota de mercado do fornecedor ou do comprador (consoante o caso) no mercado entre estas duas partes, justifica-se pelo facto de abaixo do limiar de 30 % os efeitos nos mercados a jusante serem em geral reduzidos. Para além disso, tomar apenas em consideração o mercado entre o fornecedor e o comprador facilita a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria e reforça o grau de segurança jurídica, mantendo-se o instrumento de revogação (n.os 71 a 87) disponível para sanar eventuais problemas noutros mercados conexos.
2. **Âmbito de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria**
- (i) *Definição de acordos verticais*
- (23) Os acordos verticais são definidos no n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção por Categoria como «acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.»

(24) Existem três elementos principais nesta definição:

- o acordo ou prática concertada é concluído entre duas ou mais empresas. Acordos verticais com clientes finais que não operam como uma empresa não são abrangidos. Em geral, os acordos com consumidores finais não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, uma vez que este artigo só é aplicável a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas. Tal não prejudica a eventual aplicação do artigo 82.º do Tratado CE.
- o acordo ou prática concertada verifica-se entre empresas que operam cada uma delas, para efeitos do acordo, num estágio diferente da produção ou da cadeia de distribuição. Isto significa, por exemplo, que uma empresa produz uma matéria-prima que a outra empresa utiliza como factor de produção, ou que a primeira é um produtor, a segunda um grossista e a terceira um retalhista. Tal não exclui que uma empresa desenvolva as suas actividades em mais de um estágio da produção ou da cadeia de distribuição.
- os acordos ou práticas concertadas dizem respeito aos termos em que as partes no acordo, o fornecedor e o comprador, «pode(m) adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços». Tal reflecte o objectivo do Regulamento de Isenção por Categoria de abranger acordos de compra e distribuição. Trata-se de acordos que dizem respeito às condições de compra, venda ou revenda de bens ou serviços fornecidos pelo fornecedor e/ou que dizem respeito às condições de venda pelo comprador dos bens ou serviços que integram aqueles bens ou serviços. Para a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria tanto os bens ou serviços fornecidos pelo fornecedor como os bens ou serviços resultantes são considerados bens ou serviços contratuais. Os acordos verticais relativos a todos os bens e serviços finais e intermédios são abrangidos. A única excepção é o sector dos veículos automóveis, na medida em que este sector continue a ser abrangido por uma isenção por categoria específica tal como a concedida pelo Regulamento (CE) n.º 1475/95 da Comissão⁽¹⁾. Os bens ou serviços fornecidos ou prestados pelo fornecedor podem ser revendidos pelo comprador ou podem ser utilizados como um factor de produção pelo comprador a fim de fabricar os seus próprios bens ou serviços.

(25) O Regulamento de Isenção por Categoria é igualmente aplicável a bens vendidos e adquiridos para aluguer a terceiros. Contudo, os contratos de arrendamento e

locação enquanto tais não são abrangidos, uma vez que o fornecedor não está a vender ao comprador qualquer bem ou serviço. De uma forma mais geral, o Regulamento de Isenção por Categoria não abrange restrições ou obrigações que não estejam relacionadas com os termos de compra, venda e revenda, tais como a obrigação que impeça as partes de realizar actividades de investigação e desenvolvimento independentes, que teria podido ser incluída num acordo que em outros termos poderá ser um acordo vertical. Por outro lado, os n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 2.º excluem directa ou indirectamente certos acordos verticais do âmbito da aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria.

(ii) *Acordos verticais entre concorrentes*

(26) O n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção por Categoria exclui expressamente do seu âmbito de aplicação «os acordos verticais concluídos entre empresas concorrentes». Os acordos verticais entre concorrentes serão tratados, no que respeita à possibilidade de colisão, nas futuras Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º à cooperação horizontal⁽²⁾. Contudo, os aspectos verticais desses acordos devem ser apreciados à luz das presentes Orientações. A alínea a) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria define empresas concorrentes como «fornecedores reais ou potenciais no mesmo mercado de produto», independentemente de serem ou não concorrentes no mesmo mercado geográfico. Empresas concorrentes são empresas que são fornecedores reais ou potenciais dos bens ou serviços contratuais ou de bens ou serviços sucedâneos dos bens ou serviços contratuais. Um fornecedor potencial é uma empresa que não produz efectivamente um produto concorrente, mas que seria capaz e susceptível de o fazer na ausência do acordo, em resposta a um ligeiro e permanente aumento dos preços relativos. Isto significa que a empresa seria capaz e susceptível de realizar os investimentos adicionais necessários e forneceria o mercado no espaço de um ano. Esta apreciação deve basear-se em factores realistas; a mera possibilidade teórica de entrada no mercado não é suficiente⁽³⁾.

(27) Verificam-se três excepções à exclusão geral dos acordos verticais entre concorrentes, todas constantes do n.º 4 do artigo 2.º e relativas a acordos não recíprocos. Acordos não recíprocos são, por exemplo, os acordos em que um fabricante se torna distribuidor dos produtos de outro fabricante, sem que este último se torne distribuidor dos produtos do primeiro

⁽¹⁾ JO L 145 de 29.6.1995, p. 25.

⁽²⁾ Projecto publicado no JO C 118 de 27.4.2000, p. 14.

⁽³⁾ Ver Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5, pontos 20-24, XIII Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão, ponto 55, Decisão 90/410/CEE da Comissão e no Processo IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin, JO L 209 de 8.8.1990.

fabricante. Os acordos não recíprocos entre concorrentes são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria sempre que (1) o comprador tenha um volume de negócios que não exceda 100 milhões de euros, ou (2) o fornecedor seja um fabricante e distribuidor de bens, enquanto o comprador é apenas um distribuidor e não igualmente um fabricante de bens concorrentes, ou (3) o fornecedor seja um prestador de serviços que opera a vários níveis de comércio, enquanto o comprador não fornece serviços concorrentes ao nível do comércio em que adquire os serviços contratuais. A segunda excepção abrange situações de distribuição dupla, isto é, situações em que o fabricante de determinados bens opera igualmente enquanto distribuidor dos bens em concorrência com distribuidores independentes dos seus bens. Um distribuidor que fornece especificações a um fabricante para a produção de determinados bens com a marca do distribuidor não é considerado um fabricante destes bens com marca própria. A terceira excepção abrange situações semelhantes de distribuição dupla, mas neste caso em relação aos serviços, sempre que o fornecedor é também um prestador de serviços ao mesmo nível do comprador.

(iii) *Associações de retalhistas*

(28) O n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção por Categoria abrange na sua aplicação os acordos verticais concluídos por uma associação de empresas que satisfaça determinadas condições, excluindo por conseguinte do Regulamento de Isenção por Categoria os acordos verticais concluídos por todas as outras associações. Os acordos verticais concluídos entre uma associação e os seus membros, ou entre uma associação e os seus fornecedores, só são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria se todos os seus membros forem retalhistas de bens (não de serviços) e se cada membro individual da associação tiver um volume de negócios que não ultrapasse 50 milhões de euros. Os retalhistas são distribuidores que revendem bens a clientes finais. Quando só um número limitado dos membros da associação tem um volume de negócios que não excede significativamente o limiar de 50 milhões de euros, tal normalmente não alterará a apreciação efectuada ao abrigo do artigo 81.º

(29) Uma associação de empresas pode implicar acordos horizontais e verticais. Os acordos horizontais devem ser apreciados segundo os princípios estabelecidos nas futuras Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º à cooperação horizontal. Se esta apreciação conduzir à conclusão de que uma cooperação entre empresas no domínio das compras ou das vendas é aceitável, será necessária uma nova apreciação para examinar os acordos verticais concluídos pela associação com os seus fornecedores ou os seus membros individuais. Esta última apreciação seguirá as regras do Regulamento de Isenção por Categoria bem como as presentes orientações. Por exemplo, os acordos horizontais concluídos entre os membros da associação ou as

decisões adoptadas pela associação, como a decisão de exigir que os membros comprem à associação ou a decisão de atribuir territórios exclusivos aos membros devem ser apreciados em primeiro lugar enquanto acordo horizontal. Só se esta apreciação for favorável, é que se torna relevante apreciar os acordos verticais entre a associação e os membros individuais ou entre a associação e os fornecedores.

(iv) *Acordos verticais que incluam disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual*

(30) O n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção por Categoria abrange os acordos verticais que contenham disposições relativas à atribuição ao comprador ou à utilização pelo comprador de direitos de propriedade intelectual, excluindo assim do Regulamento de Isenção por Categoria todos os outros acordos verticais que incluam disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual. O Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável a acordos verticais que incluam disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual sempre que estiverem preenchidas cinco condições:

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

(31) Estas condições garantem que o Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável aos acordos verticais quando a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pode ser efectuada de uma forma mais eficaz pelo facto de os direitos de propriedade intelectual serem atribuídos ou transferidos para utilização pelo comprador. Por outras palavras, restrições relativas à atribuição ou utilização de direitos de propriedade intelectual podem ser abrangidas quando o objecto principal do acordo for a compra ou a distribuição de bens ou serviços.

- (32) A primeira condição torna claro que o contexto em que os direitos de propriedade intelectual são fornecidos é um acordo de compra ou de distribuição de bens ou um acordo de compra ou prestação de serviços e não um acordo relativo à atribuição ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual para o fabrico de bens nem um puro acordo de licenciamento. O Regulamento de Isenção por Categoria não abrange por exemplo:
- acordos em que uma parte fornece à outra parte uma fórmula e concede uma licença à outra parte para produzir uma bebida com esta fórmula;
 - acordos no âmbito dos quais uma parte fornece à outra um molde ou uma cópia original e concede uma licença à outra parte para produzir e distribuir cópias;
 - uma pura licença de uma marca comercial ou insígnia para efeitos de *merchandising*;
 - contratos de patrocínio relativos ao direito de se publicitar como patrocinador oficial de um acontecimento;
 - licenciamento de direitos de autor para efeitos tais como contratos de radiodifusão envolvendo o direito de registar e/ou direito de difundir um acontecimento.
- (33) A segunda condição torna claro que o Regulamento de Isenção por Categoria não é aplicável quando os direitos de propriedade intelectual são fornecidos pelo comprador ao fornecedor, independentemente de dizerem respeito à forma de fabrico ou de distribuição. Um acordo relativo à transferência de direitos de propriedade intelectual para o fornecedor e que contenha eventuais restrições às vendas efectuadas pelo fornecedor não é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria. Isto significa em especial que em matéria de subcontratação a transferência de saber-fazer para um subcontratante⁽¹⁾ não é abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria. Contudo, os acordos verticais segundo os quais o comprador apenas fornece ao fornecedor especificações que descrevem os bens ou os serviços a ser fornecidos são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria.
- (34) A terceira condição torna claro que, a fim de ser abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, o principal objecto do acordo não deve ser a atribuição ou o licenciamento de direitos de propriedade intelectual. O principal objecto deve ser a compra ou distribuição de bens ou serviços e as disposições relativas a direitos de propriedade intelectual devem servir para a aplicação do acordo vertical.
- (35) A quarta condição exige que as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual facilitem a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes. Os bens ou serviços para utilização ou revenda são normalmente fornecidos pelo licenciador, mas também podem ser adquiridos a um terceiro fornecedor pelo licenciado. As disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual dirão normalmente respeito à comercialização de bens ou serviços. É o que acontece por exemplo num acordo de franquia, em que o franqueador vende ao franqueado bens para revenda e concede ao franqueado para além disso uma licença para utilização da sua marca e do seu saber-fazer para comercializar os bens. É o que acontece igualmente quando o fornecedor de um concentrado concede uma licença ao comprador para diluir o concentrado e engarrafar antes da respectiva venda como bebida.
- (36) A quinta condição implica, em especial, que as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual não tenham um objecto ou efeito idênticos a qualquer das restrições graves indicadas no artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria ou a qualquer das restrições excluídas do âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria pelo artigo 5.º (n.ºs 46 a 61).
- (37) Os direitos de propriedade intelectual que podem ser considerados como servindo a aplicação dos acordos verticais nos termos do n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento de Isenção por Categoria dizem geralmente respeito a três áreas principais: as marcas, os direitos de autor e o saber-fazer.

Marcas

- (38) O licenciamento de uma marca a um distribuidor pode estar relacionada com a distribuição dos produtos do licenciador num determinado território. Se se tratar de uma licença exclusiva, o acordo corporiza um caso de distribuição exclusiva.

Direitos de autor

- (39) Os revendedores de bens protegidos por direitos de autor (livros, software, etc.) podem ser obrigados pelo titular dos direitos de autor a revender apenas na condição de o comprador, independentemente de ser um outro revendedor ou o utilizador final, não infringir os direitos de autor. Essas obrigações impostas ao revendedor, na medida em que são abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, são cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria.
- (40) Os acordos no âmbito dos quais são fornecidas cópias impressas de programas informáticos para revenda e em que o revendedor não adquire uma licença relativa a quaisquer direitos sobre esse programa informático, tendo apenas o direito de revender as versões impressas, devem ser considerados como acordos para o fornecimento de bens para revenda nos termos do Regulamento de Isenção por Categoria. No âmbito desta forma de distribuição, o licenciamento do programa informático só produz efeitos entre o proprietário dos direitos e o utilizador do programa. Tal pode assumir a forma de uma licença do tipo «shrink wrap», isto é, um conjunto de condições incluídas na embalagem da cópia impressa que se considera aceite pelo utilizador final ao abrir a embalagem.

(1) Ver Comunicação relativa à subcontratação, JO C 1 de 3.1.1979, p. 12.

(41) Os compradores de equipamento informático que inclua programas protegidos por direitos de autor podem ser obrigados pelo titular dos direitos de autor a não infringir esses direitos, por exemplo, a não fazer cópias e revender os programas informáticos ou a não fazer cópias e utilizar programas informáticos em conjugação com outro equipamento. Essas restrições à utilização, na medida em que sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, são cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria.

Saber-fazer

(42) Os acordos de franquia, à excepção dos acordos de franquia industrial, constituem o exemplo mais óbvio em que o saber-fazer para efeitos de comercialização é comunicado ao comprador. Os acordos de franquia contêm o licenciamento de direitos de propriedade intelectual relativo a marcas ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou a prestação de serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador proporciona normalmente ao franqueado durante a duração do acordo assistência comercial ou técnica, tais como serviços de fornecimento, formação, conselhos em matéria de imobiliário, planeamento financeiro, etc. A licença e a assistência constituem componentes integrais do método de negócio objecto da franquia.

(43) A atribuição de licenças incluídas nos acordos de franquia é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, se as cinco condições indicadas no ponto 30.º estiverem preenchidas. É o que acontece normalmente, uma vez que na maior parte dos acordos de franquia, incluindo os acordos de franquia principal, o franqueador fornece bens e/ou serviços, em especial serviços de assistência comercial ou técnica, ao franqueado. Os direitos de propriedade intelectual ajudam o franqueado a revender os produtos fornecidos pelo franqueador ou por um fornecedor designado pelo franqueador ou a utilizar estes produtos e a vender os bens ou serviços daí resultantes. Quando o acordo de franquia envolve apenas ou principalmente o licenciamento de direitos de propriedade intelectual, esse acordo não é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, mas será tratado de forma semelhante aos acordos de franquia abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria.

(44) As seguintes obrigações relativas a direitos de propriedade intelectual são geralmente consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador e são, forem abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º, igualmente cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria. A obrigação de o franqueado:

- (a) não desenvolver, directa ou indirectamente, quaisquer actividades semelhantes;

(b) não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente, de tal modo que esse facto lhe conferisse o poder de influenciar o comportamento económico dessa empresa;

(c) não divulgar a terceiros o saber-fazer transmitido pelo franqueador, enquanto este saber-fazer não se tiver tornado do domínio público;

(d) comunicar ao franqueador qualquer experiência adquirida na exploração da franquia e conceder-lhe, bem como a outros franqueados, uma licença não exclusiva para o saber-fazer resultante dessa experiência;

(e) informar o franqueador de infracções aos direitos de propriedade intelectual licenciados, desencadear procedimentos legais contra os infractores ou apoiar o franqueador em quaisquer procedimentos legais contra os infractores;

(f) não utilizar o saber-fazer licenciado pelo franqueador para outros efeitos que não a exploração da franquia;

(g) não ceder os direitos e obrigações resultantes do acordo de franquia sem o acordo do franqueador.

(v) *Relação com outros regulamentos de isenção por categoria*

(45) O n.º 5 do artigo 2.º estabelece que o Regulamento de Isenção por Categoria «não é aplicável a acordos verticais cuja matéria seja abrangida pelo âmbito de aplicação de outros Regulamentos de isenção por categoria». Isto significa que o Regulamento de Isenção por Categoria não é aplicável a acordos verticais abrangidos pelos Regulamentos da Comissão (CE) n.º 240/96⁽¹⁾ relativo à transferência de tecnologias, (CE) n.º 1475/1995⁽²⁾ relativo à distribuição de veículos automóveis ou pelos Regulamentos (CEE) n.º 417/85⁽³⁾ e 418/85⁽⁴⁾, regulamentos de isenção de acordos verticais concluídos em relação a acordos horizontais, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 2276/97⁽⁵⁾ ou por quaisquer futuros Regulamentos do género.

⁽¹⁾ JO L 31 de 9.2.1996, p. 2.

⁽²⁾ JO L 145 de 29.6.1995, p. 25.

⁽³⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 1.

⁽⁴⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 5.

⁽⁵⁾ JO L 306 de 11.11.1997, p. 12.

3. **Restrições graves no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria**

- (46) O Regulamento de Isenção por Categoria inclui no seu artigo 4.º uma lista de restrições graves que leva à exclusão de um acordo vertical na sua totalidade do seu âmbito de aplicação. Esta lista de restrições graves é aplicável aos acordos verticais relativos ao comércio no âmbito da Comunidade. Na medida em que os acordos verticais digam respeito às exportações para fora ou às importações/reimportações de fora da Comunidade, veja o acórdão *Javico/Yves Saint Laurent*. A isenção individualizada de acordos verticais que incluam essas restrições graves é igualmente pouco provável.
- (47) A restrição grave constante da alínea a) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito à manutenção dos preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar. No caso de disposições contratuais ou práticas concertadas que estabeleçam directamente os preços de revenda a restrição é bem clara. Contudo, a manutenção dos preços por revenda pode igualmente ser alcançada através de meios indirectos. Exemplos destes últimos são o acordo de fixação da margem de distribuição, o acordo de fixação do nível máximo de descontos que o distribuidor pode conceder a partir de um determinado nível de preços estabelecidos, a subordinação da concessão de reduções ou o reembolso dos custos de promoção por parte do fornecedor em relação a um determinado nível de preços, a associação do preço de revenda estabelecido com os preços de revenda de concorrentes, ameaças, intimidações, avisos, sanções, atrasos ou suspensão das entregas ou cessações de contratos em relação ao cumprimento de um determinado nível de preços. Os meios directos ou indirectos para alcançar uma fixação de preços podem ser utilizados de uma forma mais eficaz quando combinados com medidas para identificar os distribuidores que reduzem os preços, tais como a criação de um sistema de controlo dos preços ou a obrigação de os retalhistas denunciarem outros membros da rede de distribuição que se desviem do nível de preços comuns. Do mesmo modo, a fixação de preços directa ou indirecta pode ser feita de uma forma mais eficaz quando combinada com medidas susceptíveis de reduzir o incentivo do comprador para reduzir os preços de revenda, tais como o fornecedor imprimir um preço de revenda recomendado no produto ou o fornecedor obrigar o comprador a aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido. Podem ser utilizados os mesmos meios indirectos e as mesmas medidas «de apoio» para fazer com que os preços recomendados ou máximos funcionem como manutenção dos preços de revenda. No entanto, o fornecimento de uma lista com preços recomendados ou preços máximos por parte do fornecedor ao comprador não é considerado em si mesmo como conducente à manutenção dos preços.
- (48) No caso de acordos de agência, é o comitente que normalmente estabelece os preços de venda, uma vez que o agente nunca se torna proprietário dos bens. Contudo, quando um acordo de agência é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º (n.os 12 a 20), uma obrigação que impeça ou restrinja o agente na partilha da sua comissão, fixa ou variável, com o cliente será uma restrição grave nos termos da alínea a) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria. O agente deverá assim ter liberdade para reduzir o preço efectivo pago pelo cliente sem diminuir as receitas do comitente⁽¹⁾.
- (49) A restrição grave constante da alínea b) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto a restrição de vendas por parte do comprador, na medida em que estas restrições se refiram ao território em que, ou aos clientes a que, o comprador pode vender os bens ou serviços contratuais. Esta restrição grave diz respeito à partilha do mercado por território ou por cliente. Tal pode resultar de obrigações directas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes em determinados territórios ou a obrigação de transferir as encomendas destes clientes para outros distribuidores. Pode resultar igualmente de medidas indirectas destinadas a induzir o distribuidor a não vender a esses clientes, tais como a recusa ou a redução de bónus ou descontos, a recusa de fornecimento, a redução das quantidades fornecidas ou a limitação das quantidades fornecidas à procura no território atribuído ou pelo grupo de clientes, a ameaça de cessação do contrato ou as obrigações de partilha dos lucros. Pode ainda resultar do facto de o fornecedor não prestar um serviço de garantia a nível comunitário, sendo todos os distribuidores obrigados a fornecer um serviço de garantia e reembolsados por este serviço pelo fornecedor, mesmo em relação a produtos vendidos por outros distribuidores no seu território. Estas práticas são ainda mais susceptíveis de serem consideradas uma restrição das vendas do comprador quando utilizadas em conjugação com a aplicação por parte do fornecedor de um sistema de controlo destinado a verificar o destino efectivo dos bens fornecidos (por exemplo, a utilização de rótulos diferenciados ou de números de série). Todavia, uma proibição imposta a todos os distribuidores de venderem a determinados utilizadores finais não é considerada uma restrição grave se existir uma justificação objectiva relacionada com o produto, tal como uma proibição geral de venda de substâncias perigosas a certos clientes por razões de segurança ou de saúde. Tal implica que também o fornecedor não venda a esses clientes. As obrigações impostas ao revendedor relativas à exposição das marcas do fornecedor também não são consideradas graves.

(1) Ver por exemplo a Decisão 91/562/CEE da Comissão no Processo IV/32.737 — *Eirpage*, JO L 306 de 7.11.1991, p. 22, em especial o ponto 6.

- (50) Existem quatro excepções à restrição grave prevista na alínea b) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria. A primeira excepção permite a um fornecedor restringir as vendas activas por parte dos seus compradores directos a um território ou a um grupo de clientes que foi atribuído exclusivamente a outro comprador ou que o fornecedor reservou para si próprio. Considera-se que um território ou um grupo de clientes é atribuído exclusivamente quando o fornecedor concorda em vender o seu produto apenas a um distribuidor para efeitos de distribuição num território específico ou a um grupo de clientes específico e o distribuidor exclusivo é protegido contra as vendas activas no seu território ou ao seu grupo de clientes pelo fornecedor e por todos os outros compradores ao fornecedor na Comunidade. O fornecedor pode combinar a atribuição de um território exclusivo e de um grupo de clientes exclusivo através, por exemplo, da nomeação de um distribuidor exclusivo para um determinado grupo de clientes num certo território. Esta protecção de territórios exclusivos ou de grupos de clientes exclusivos deve contudo permitir vendas passivas nesses territórios ou a esses grupos de clientes. Para efeitos de aplicação da alínea b) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria, a Comissão interpreta vendas «activas» e «passivas» da seguinte forma:
- Entende-se por vendas «activas»: (1) a abordagem activa de clientes individuais no território exclusivo de outro distribuidor ou de um grupo exclusivo de clientes através de, por exemplo, publicidade por correio ou visitas, ou (2) a abordagem activa de um grupo de clientes específico ou de clientes num território determinado atribuído exclusivamente a outro distribuidor através de publicidade nos meios de comunicação ou outras promoções especificamente destinadas a esse grupo de clientes ou orientadas para clientes nesse território, ou (3) a instalação de um armazém ou de um estabelecimento de distribuição no território exclusivo de outro distribuidor.
 - Entende-se por vendas «passivas» a resposta a pedidos não incentivados por parte de clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes. A publicidade de carácter geral ou a promoção em meios de comunicação ou na Internet que atinge os clientes nos territórios exclusivos ou grupos de clientes de outros distribuidores mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, tais como clientes em territórios não exclusivos ou no seu próprio território, são consideradas vendas passivas.
- (51) Cada distribuidor deve ter a liberdade de utilizar a Internet para fazer publicidade ou vender produtos. Uma restrição relativa à utilização da Internet por parte dos distribuidores só poderá ser compatível com o Regulamento de Isenção por Categoria na medida em que essa promoção ou venda na Internet conduza a vendas activas nos territórios exclusivos ou a grupos de clientes de outros distribuidores. Em geral, a utilização da Internet não é considerada uma forma de vendas activa nesses territórios ou a esses grupos de clientes, uma vez que constitui uma forma razoável de chegar a qualquer cliente. O facto de poder ter efeitos fora do próprio território ou junto de um grupo de clientes é o resultado da tecnologia, isto é, o fácil acesso generalizado. Se um cliente visita um sítio da web de um distribuidor e contacta o distribuidor e se este contacto conduz a uma venda, incluindo a entrega, tal é considerado uma venda passiva. A linguagem utilizada no sítio da web ou na comunicação não desempenha normalmente um papel significativo neste contexto. Na medida em que o sítio da web não é especificamente orientado para atingir principalmente clientes no território ou um grupo de clientes exclusivamente atribuídos a outro distribuidor, por exemplo, com a utilização de *banners* ou *links* nas páginas dos fornecedores especificamente disponíveis para esses clientes atribuídos exclusivamente, o sítio da web não é considerado uma forma de venda activa. Contudo, o envio de correio electrónico não solicitado a clientes individuais ou a grupos específicos de clientes é considerado venda activa. As mesmas considerações são aplicáveis para a venda por catálogo. Apesar do que foi referido anteriormente, o fornecedor pode exigir normas de qualidade para a utilização do sítio na Internet para revender os seus bens, tal como pode exigir normas de qualidade para um estabelecimento ou para a publicidade e promoção em geral. Estas últimas podem ser particularmente relevantes para a distribuição selectiva. Só é possível uma proibição absoluta de venda na Internet ou por catálogo se existir uma justificação objectiva. De qualquer modo, o fornecedor não pode reservar para si próprio as vendas e/ou a publicidade na Internet.
- (52) Existem três outras excepções à segunda restrição grave prevista na alínea b) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria. Qualquer das três excepções permite a restrição tanto das vendas activas como das vendas passivas. Assim, é permitido restringir um grossista de vender a clientes finais, restringir um distribuidor nomeado num sistema de distribuição selectiva de vender, a qualquer nível de comércio, a distribuidores não autorizados em mercados em que esse sistema é aplicado e restringir um comprador de componentes fornecidas para incorporação de as revender a concorrentes do fornecedor. O termo componente inclui quaisquer bens intermédios e o termo incorporação refere-se à utilização de qualquer factor de produção para o fabrico de um bem.
- (53) A restrição grave constante da alínea c) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito à restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais, independentemente de serem utilizadores finais profissionais ou consumidores finais, por parte de membros de uma rede de distribuição selectiva. Isto significa que os representantes num sistema de distribuição selectiva, tal como definido na alínea d) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, não podem ser objecto de restrições, em relação

aos utilizadores ou aos agentes que agem em nome dos utilizadores, a quem podem vender. Por exemplo, também num sistema de distribuição selectiva o representante deverá ter a liberdade de fazer publicidade e vender através da Internet. A distribuição selectiva pode ser combinada com distribuição exclusiva, desde que as vendas activas e passivas não sejam restringidas de qualquer forma. O fornecedor pode por conseguinte comprometer-se a fornecer apenas um representante ou um número limitado de representantes num determinado território.

(54) Por outro lado, no caso da distribuição selectiva, podem ser impostas restrições à capacidade de o representante escolher a localização das suas instalações comerciais. Alguns representantes seleccionados podem ser impedidos de prosseguir as suas actividades a partir de diferentes instalações ou de abrir um novo estabelecimento numa localização diferente. Se o estabelecimento do comerciante for móvel (estabelecimento ambulante) pode ser definida uma área fora da qual o estabelecimento ambulante não pode funcionar.

(55) A restrição grave constante da alínea d) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito à restrição de fornecimentos cruzados entre distribuidores nomeados no âmbito de um sistema de distribuição selectiva. Tal significa que um acordo ou prática concertada não pode ter como objecto directo ou indirecto impedir ou restringir a venda activa ou passiva de produtos contratuais entre os distribuidores seleccionados. Estes devem continuar a poder adquirir os produtos contratuais a outros distribuidores nomeados no âmbito da rede, quer funcionem num mesmo estúdio ou num estúdio diferente de comércio. Isto significa que a distribuição selectiva não pode ser combinada com restrições verticais destinadas a forçar os distribuidores a adquirirem os produtos contratuais exclusivamente junto de uma determinada fonte, por exemplo, a compra exclusiva. Significa igualmente que no âmbito de uma rede de distribuição selectiva não podem ser impostas quaisquer restrições a grossistas nomeados no que diz respeito às suas vendas de produtos aos retalhistas designados.

(56) A restrição grave constante da alínea e) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito a acordos que impedem ou restringem utilizadores finais, estabelecimentos de reparação e fornecedores de serviços independentes de terem acesso a peças sobressalentes directamente junto do fabricante destas. Um acordo entre um fabricante de peças sobressalentes e um comprador que incorpora estas peças nos seus próprios produtos (fabricante de equipamento inicial) não pode, quer directa quer indirectamente, impedir ou restringir as vendas destas peças sobressalentes pelo fabricante aos utilizadores finais, aos estabelecimentos de reparação ou aos prestadores de serviço independentes. Podem surgir restrições indirectas em especial quando o fornecedor das peças sobressalentes é restringido em termos de fornecer informações técnicas e equipamento especial necessários à utilização de peças sobressalentes por parte dos

utilizadores, dos estabelecimentos de reparação ou dos prestadores de serviços independentes. Contudo, o acordo pode restringir o fornecimento das peças sobressalentes aos estabelecimentos de reparação ou aos prestadores de serviços a quem o fabricante do equipamento inicial confiou a reparação ou a prestação de serviços dos seus próprios bens. Por outras palavras, o fabricante de equipamento inicial pode exigir que a sua própria rede de reparação e de prestação de serviços lhe compre as peças sobressalentes.

4. Condições de isenção no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria

(57) O artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria exclui determinadas obrigações do seu âmbito de aplicação, mesmo que o limiar da quota de mercado não seja ultrapassado. Todavia, o Regulamento de Isenção por Categoria continua a ser aplicável à restante parte do acordo vertical se essa parte puder ser separada das obrigações não isentadas.

(58) A primeira exclusão está prevista na alínea a) do artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria e diz respeito a obrigações de não concorrência. As obrigações de não concorrência são obrigações que exigem que o comprador adquira ao fornecedor ou a outra empresa por ele designada mais de 80 % das aquisições totais do comprador, no ano anterior, dos bens e serviços contratuais e respectivos substitutos (definição constante da alínea b) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria), impedindo desta forma o comprador de adquirir bens ou serviços concorrentes ou limitando essas compras a menos de 20 % das compras totais. No caso de, em relação ao ano anterior à conclusão do contrato, não se encontrarem disponíveis dados relevantes respeitantes às aquisições do comprador, podem ser utilizadas as melhores estimativas do comprador em relação às suas necessidades totais anuais. Estas obrigações de não concorrência não são abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a sua duração é indefinida ou ultrapassa cinco anos. As obrigações de não concorrência que são tacitamente renováveis para além de um período de cinco anos não são igualmente abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria. Contudo, as obrigações de não concorrência são abrangidas quando a sua duração se limita a cinco anos ou menos, ou quando a renovação para além de cinco anos exige o consentimento expresso de ambas as partes e não existem quaisquer obstáculos que impeçam o comprador de pôr efectivamente termo à obrigação de não concorrência no final do período de cinco anos. Se por exemplo o acordo prever uma obrigação de não concorrência por cinco anos e o fornecedor conceder um empréstimo ao comprador, o reembolso desse empréstimo não deve impedir o comprador de pôr efectivamente termo à obrigação de não concorrência no final do período de cinco anos; o reembolso deve ser estruturado em fracções iguais ou decrescentes e não aumentar ao

longo do tempo⁽¹⁾. O comprador deve ter a possibilidade de reembolsar o montante remanescente da dívida, no caso de existir ainda um saldo, no final da obrigação de não concorrência. Do mesmo modo, quando o fornecedor fornece ao comprador equipamento que não é específico das suas relações, o comprador deve igualmente ter a possibilidade de adquirir esse equipamento ao preço de mercado no final do período de não concorrência.

- (59) O prazo limite de cinco anos não se aplica quando os bens ou serviços são revendidos 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». Nesses casos, a obrigação de não concorrência pode ter a mesma duração do que o período de ocupação do ponto de venda por parte do comprador (alínea a) do artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria). A razão para esta excepção é que é normalmente pouco razoável esperar que um fornecedor permita que produtos concorrentes sejam vendidos a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor sem a sua autorização. Quaisquer artificios de propriedade destinados a evitar um prazo máximo de cinco anos não podem beneficiar desta excepção.
- (60) A segunda exclusão do Regulamento de Isenção por Categoria está prevista na alínea b) do seu artigo 5.º e diz respeito a obrigações de não concorrência a partir do termo do acordo. Essas obrigações não são normalmente abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, a não ser que a obrigação seja indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador, seja limitada ao ponto de venda a partir do qual o comprador operou durante o período contratual e se limite a um período máximo de um ano. De acordo com a definição prevista na alínea f) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, o saber-fazer deve ser «substancial», entendendo-se enquanto tal «que o saber-fazer inclui informações indispensáveis ao comprador para a utilização, venda ou revenda dos bens ou serviços contratuais».
- (61) A terceira exclusão do Regulamento de Isenção por Categoria está prevista na alínea c) do seu artigo 5.º e diz respeito à venda de bens concorrentes num sistema de distribuição selectiva. O Regulamento de Isenção por Categoria abrange a combinação de distribuição selectiva com uma obrigação de não concorrência, obrigando os representantes a não revenderem marcas concorrentes em geral. Contudo, se o fornecedor impedir os seus representantes autorizados, quer directa quer indirectamente, de comprarem produtos para revenda a determinados fornecedores concorrentes, essa obrigação não pode beneficiar do Regulamento de Isenção por Categoria. O objectivo da exclusão desta obrigação consiste em evitar que alguns

fornecedores, que utilizam as mesmas instalações de distribuição selectiva, impeçam um concorrente específico ou certos concorrentes específicos, de utilizarem essas instalações para distribuírem os seus produtos (exclusão de um fornecedor concorrente que constituiria uma forma de boicote colectivo)⁽²⁾.

5. Inexistência de presunção de ilegalidade fora do âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria

- (62) Não existe uma presunção de ilegalidade relativamente aos acordos verticais não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria, mas os referidos acordos podem exigir um exame individual. As empresas são incentivadas a efectuar a sua própria apreciação sem comunicação formal do acordo. No caso de uma análise individual pela Comissão, é a esta que cabe o ónus da prova de que o acordo em questão infringe o n.º 1 do artigo 81.º. Quando são demonstrados efeitos anticoncorrenciais significativos, as empresas podem alegar razões de eficiência e explicar por que motivo um certo sistema de distribuição é susceptível de introduzir benefícios que sejam relevantes para as condições de isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º

6. Dispensa de comunicação formal preventiva

- (63) Nos termos do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado⁽³⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999⁽⁴⁾, os acordos verticais podem beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º a contar da data da sua entrada em vigor mesmo se a comunicação formal ocorrer após essa data. Isto significa que, na prática, não é necessária comunicação formal a título cautelar. Se surgir um litígio, uma empresa pode ainda comunicar formalmente, caso em que a Comissão pode isentar o acordo vertical com efeitos retroactivos a partir da sua data de entrada em vigor se estiverem preenchidas as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º A empresa notificante não tem que explicar a razão pela qual o acordo não foi comunicado formalmente mais cedo e não lhe será negada a isenção retroactiva devido ao facto de não o ter formalmente verificada anteriormente. Qualquer notificação será analisada pelos seus próprios méritos. A alteração do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17 deverá eliminar a litigiosidade artificial junto dos tribunais nacionais e reforçar a execução civil dos contratos. Toma igualmente em consideração a situação de as empresas não terem procedido à comunicação formal por estarem convencidas de que o acordo era abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria.

⁽¹⁾ Isto sem prejuízo da possibilidade, no caso por exemplo de novas instalações de distribuição, de suspender o reembolso durante o primeiro ou segundo anos até as vendas alcançarem um determinado nível.

⁽²⁾ Um exemplo de medidas indirectas com esses efeitos de exclusão consta da Decisão 92/428/CEE da Comissão no Processo IV/33.542, Givenchy (JO L 236 de 19.8.1992, p. 11).

⁽³⁾ JO 13 de 21.2.1962, p. 204.

⁽⁴⁾ JO L 148 de 15.6.1999, p. 5.

(64) Uma vez que a data da comunicação formal deixou de limitar a possibilidade de isenção por parte da Comissão, os tribunais nacionais têm de apreciar a probabilidade de o n.º 3 do artigo 81.º ser aplicado relativamente a acordos verticais abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º Se se verificar tal probabilidade, devem suspender o processo até à adopção de uma posição pela Comissão. Os tribunais nacionais podem contudo adoptar providências cautelares na pendência da apreciação da Comissão relativa à aplicabilidade do n.º 3 do artigo 81.º, da mesma forma que o fazem quando submetem uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 234.º do Tratado CE. Não é necessária qualquer suspensão em relação a processos de injunção quando os tribunais nacionais têm competência para apreciar eles próprios a probabilidade da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º⁽¹⁾.

(65) Na ausência de denúncias ou de litígios nos tribunais nacionais, não será dada prioridade às comunicações formais de acordos verticais a nível da política de execução da Comissão. A comunicação formal enquanto tal não proporciona validade provisória aos acordos. No caso de as empresas não terem comunicado formalmente um acordo devido ao facto de terem considerado de boa fé que o limiar da quota de mercado do Regulamento de Isenção por Categoria não tinha sido ultrapassado, a Comissão não aplicará coimas.

7. Divisibilidade

(66) O Regulamento de Isenção por Categoria isenta os acordos verticais desde que não incluam ou dêem origem à prática de restrições graves, tal como estabelecido no seu artigo 4.º Se existir uma ou mais restrições graves, perde-se o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação à totalidade do acordo vertical. Não existe divisibilidade em relação às restrições graves.

(67) A regra da divisibilidade é contudo aplicável às condições estabelecidas no artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria. Por conseguinte, só se perde o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação à parte do acordo vertical que não esteja em conformidade com os termos do seu artigo 5.º

8. Carteira de produtos distribuídos através do mesmo sistema de distribuição

(68) No caso de um fornecedor utilizar o mesmo acordo de distribuição para distribuir vários bens/serviços, alguns destes podem, tendo em conta o limiar da quota de mercado, ser abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria enquanto outros não. Nesse caso, o Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável aos bens e serviços relativamente aos quais se encontram preenchidas as condições de aplicação.

(69) No que diz respeito aos bens e serviços não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria, são aplicáveis as regras da concorrência comuns, o que significa que:

- não existe qualquer isenção por categoria mas também não existe qualquer presunção de ilegalidade;
- se existir uma infracção ao n.º1 do artigo 81.º que não seja susceptível de isenção, poder-se-á ponderar se existem soluções adequadas para resolver o problema de concorrência no âmbito do sistema de distribuição existente;
- caso não existam essas soluções apropriadas, o fornecedor em causa terá de concluir outros acordos de distribuição.

Esta situação pode igualmente surgir nos casos em que é aplicável o artigo 82.º em relação a alguns produtos embora não o seja a outros.

9. Período transitório

(70) O Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável a partir de 1 de Junho de 2000. O artigo 12.º do Regulamento de Isenção por Categoria prevê um período transitório para os acordos verticais já em vigor antes de 1 de Junho de 2000, que não satisfaçam as condições de isenção previstas no Regulamento de Isenção por Categoria, mas que satisfaçam as condições de isenção dos regulamentos de isenção por categoria que deixaram de vigorar em 31 de Maio de 2000 (Regulamento da Comissão (CEE) n.º 1983/83, (CEE) n.º 1984/83 e (CEE) n.º 4087/88). A Comunicação da Comissão relativa aos referidos regulamentos caduca também em 31 de Maio de 2000. Estes últimos acordos podem continuar a beneficiar daqueles regulamentos até 31 de Dezembro de 2001. Os acordos de fornecedores com uma quota de mercado que não ultrapasse 30 % que assinaram com os seus compradores acordos de não concorrência por um prazo que ultrapassa 5 anos são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria se, em 1 de Janeiro de 2002, os acordos de não concorrência não tiverem um período de vigência superior a 5 anos.

⁽¹⁾ Processo C-234/89, Delimitis/Henninger Bräu [1991], Col. I-935, ponto 52.

IV. VERIFICAÇÃO DA ISENÇÃO POR CATEGORIA E NÃO APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

1. Processo de verificação

(71) A presunção de legalidade prevista pelo Regulamento de Isenção por Categoria pode ser infirmada se o acordo vertical, considerado quer isoladamente quer em conjunto com acordos semelhantes aplicados por fornecedores ou compradores concorrentes, for abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º e não satisfizer todas as condições do n.º 3 do artigo 81.º Tal pode ocorrer quando um fornecedor ou um comprador, em caso de acordos de fornecimento exclusivo, com uma quota de mercado que não ultrapasse 30 %, conclua um acordo vertical que não dê origem a vantagens objectivas que possam compensar os danos que causa à concorrência. Tal pode ocorrer em especial relativamente à distribuição de bens a consumidores finais que se encontram muitas vezes numa posição muito mais fraca do que os compradores profissionais de produtos intermédios. No caso de vendas a consumidores finais, as desvantagens causadas por um acordo vertical podem ter um impacto mais forte do que no caso de venda e compra de produtos intermédios. Sempre que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º não estejam preenchidas, a Comissão pode retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria ao abrigo do artigo 6.º de forma a declarar uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º

(72) Sempre que for aplicável o processo de verificação, é à Comissão que cabe o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º e de que não satisfaz as quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º

(73) As condições para uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º podem, em particular, não estar satisfeitas quando o acesso ao mercado relevante ou a concorrência nesse mercado forem significativamente restringidos pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos verticais semelhantes concluídos por fornecedores ou compradores concorrentes. Redes paralelas de acordos verticais devem ser consideradas como semelhantes quando incluírem restrições que produzam efeitos semelhantes no mercado. Verificar-se-ão normalmente efeitos semelhantes quando as restrições verticais praticadas por fornecedores ou compradores concorrentes se enquadram num dos quatro grupos enumerados nos n.ºs 103 a 114. Outros casos em que a decisão de retirar o benefício pode ser tomada incluem situações em que o comprador, por exemplo

no contexto de fornecimento exclusivo ou de distribuição exclusiva, tem um poder de mercado significativo no mercado relevante a jusante em que revende os bens ou presta os serviços.

(74) A responsabilidade por um efeito cumulativo anticoncorrencial só pode ser atribuída a empresas que para ele tenham contribuído de uma forma significativa. Os acordos concluídos por empresas cujo contributo para o efeito cumulativo seja insignificante não são abrangidos pela proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º⁽¹⁾ e não estão por conseguinte sujeitos ao processo de verificação. A apreciação dessa contribuição será efectuada de acordo com os critérios estabelecidos nos n.ºs 137 a 229.

(75) Uma decisão de verificação negativa só pode ter efeitos *ex nunc*, o que significa que o estatuto de isenção dos acordos em causa não será afectado até à data em que a verificação negativa se tornar eficaz.

(76) Nos termos do artigo 7.º do Regulamento de Isenção por Categoria a autoridade competente de um Estado-membro pode retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação a acordos verticais cujos efeitos anticoncorrenciais se façam sentir no território do Estado-membro em causa ou numa parte deste que tenha todas as características de um mercado geográfico distinto. Nos casos em que um Estado-membro não adoptou legislação que permita à autoridade nacional responsável pela concorrência aplicar o Direito Comunitário da Concorrência ou pelo menos retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria, o Estado-membro pode solicitar à Comissão que dê início ao processo para esse efeito.

(77) A Comissão tem competência exclusiva para retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria no que diz respeito a acordos verticais que restrinjam a concorrência num mercado geográfico relevante que seja mais vasto do que o território de um único Estado-membro. Sempre que o território de um único Estado-membro, ou parte deste, constitua o mercado geográfico relevante, a Comissão e o Estado-membro em causa têm competência concorrente no que diz respeito à verificação negativa. Frequentemente, tais casos prestam-se a uma execução descentralizada por parte das autoridades nacionais responsáveis pela concorrência. Contudo, a Comissão reserva-se o direito de evocar certos casos com um interesse comunitário específico, tais como os casos que suscitem novas questões de Direito.

⁽¹⁾ Acórdão proferido no processo *Delimitis*.

- (78) As decisões nacionais de verificação negativa são tomadas de acordo com os procedimentos estabelecidos no Direito nacional e só têm efeitos no território do Estado-membro em causa. Essas decisões nacionais não devem prejudicar a aplicação uniforme das regras comunitárias em matéria de concorrência e o pleno efeito das medidas adoptadas para execução dessas regras ⁽¹⁾. A observância deste princípio implica que as autoridades nacionais responsáveis pela concorrência realizem a sua apreciação nos termos do artigo 81.º à luz dos critérios relevantes desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância e das Comunicações e decisões anteriormente adoptadas pela Comissão.
- (79) A Comissão considera que os mecanismos de consulta previstos na Comunicação sobre a cooperação entre as autoridades de concorrência dos Estados-membros e a Comissão ⁽²⁾ devem ser utilizados para evitar o risco de decisões contraditórias e de duplicação de processos.
- 2. Não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria**
- (80) O artigo 8.º do Regulamento de Isenção por Categoria permite à Comissão excluir do seu âmbito, através de regulamento, redes paralelas de restrições verticais semelhantes quando abrangem mais de 50 % de um mercado relevante. Tal medida não se destina a empresas individuais, dizendo antes respeito a todas as empresas cujos acordos estejam definidos no regulamento de não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria.
- (81) Enquanto que a retirada do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria nos termos do artigo 6.º implica a adopção de uma decisão que estabeleça uma infracção ao artigo 81.º por parte de uma determinada empresa, o efeito de um regulamento nos termos do artigo 8.º é meramente o de suprimir, em relação às restrições e aos mercados em causa, o benefício da aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria e restabelecer a plena aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 81.º Na sequência da adopção de um regulamento que declare a isenção por categoria inaplicável relativamente a determinadas restrições verticais num mercado específico, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância e por Comunicações e decisões anteriores adoptadas pela Comissão orientarão a aplicação do artigo 81.º a acordos individuais. Quando for o caso, a Comissão tomará uma decisão num caso individual, que pode proporcionar uma orientação para todas as empresas que operam no mercado em causa.
- (82) Para efeitos do cálculo do rácio de cobertura do mercado de 50 %, deve ser tomada em consideração cada rede individual de acordos verticais que incluam restrições ou respectivas combinações, e que produzam efeitos semelhantes no mercado. Dão-se normalmente efeitos semelhantes quando as restrições se enquadram num dos quatro grupos enumerados nos n.ºs 104 a 114.
- (83) O artigo 8.º não implica a obrigação de a Comissão agir sempre que o rácio de cobertura do mercado de 50 % seja ultrapassado. Em geral, a não aplicação é apropriada quando o acesso ao mercado relevante ou a concorrência nesse mercado são restringidos de uma forma significativa. Tal pode acontecer em especial quando redes paralelas de distribuição selectiva, que cubram mais de 50 % de um mercado, utilizem critérios de selecção que não são exigidos pela natureza dos produtos relevantes ou procedam a uma discriminação relativamente a certas formas de distribuição através das quais se possam vender esses produtos.
- (84) Ao avaliar a necessidade de aplicação do artigo 8.º, a Comissão tomará em consideração a possibilidade de a verificação individual negativa constituir uma solução mais apropriada. Tal pode depender, em especial, do número de empresas concorrentes que contribuem para um efeito cumulativo no mercado ou do número de mercados geográficos afectados na Comunidade.
- (85) Qualquer regulamento adoptado nos termos do artigo 8.º deve estabelecer claramente o seu âmbito de aplicação. Tal implica, em primeiro lugar, que a Comissão deve definir o(s) mercado(s) do produto e geográfico(s) relevante(s) e, em segundo lugar, que deve identificar o tipo de restrição vertical relativamente à qual deixa de ser aplicável o Regulamento de Isenção por Categoria. No que respeita a este último aspecto, a Comissão pode moldar o âmbito do seu regulamento em relação aos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos do tipo marca única sejam tomadas em consideração a fim de estabelecer o rácio de cobertura do mercado de 50 %, a Comissão pode, no entanto, restringir o âmbito de um regulamento de não aplicação apenas a obrigações de não concorrência que excedam um determinado prazo. Deste modo, podem não ser afectados os acordos que tenham uma duração menor ou que sejam menos restritivos, tendo em consideração o menor grau de encerramento imputável a essas restrições. Da mesma forma, quando num determinado mercado é praticada uma distribuição selectiva em conjugação com restrições adicionais, tais como obrigações de não concorrência ou uma obrigação de aquisição de determinadas quantidades por parte do comprador, o regulamento de não aplicação pode dizer apenas respeito a essas restrições adicionais. Se for o caso, a Comissão pode igualmente fornecer uma orientação especificando o nível da quota de mercado que, no contexto do mercado específico, pode ser considerado como insuficiente para se considerar que uma empresa individual contribui de forma significativa para o efeito cumulativo.

(1) Acórdão do tribunal de Justiça no Processo 14/68, *Walt Wilhelm e Outros/ Bundeskartellamt* [1969], Col. I, ponto 4 e Processo *Delimitis*.

(2) JO C 313 de 15.10.1997, p. 3, pontos 49 a 53.

(86) O período transitório não inferior a seis meses que a Comissão terá de estabelecer nos termos do n.º 2 do artigo 8.º deverá permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos, a fim de ter em conta o âmbito do regulamento de não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria.

(87) Um regulamento de não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria não afectará o estatuto de isenção dos acordos em causa relativamente ao período anterior à entrada em vigor.

V. DEFINIÇÃO DO MERCADO E QUESTÕES RELATIVAS AO CÁLCULO DA QUOTA DE MERCADO

1. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante

(88) A Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito comunitário da concorrência⁽¹⁾ fornece uma orientação sobre as regras, critérios e elementos comprovativos que a Comissão segue quando analisa questões relativas à definição de mercado. Essa Comunicação não será objecto de uma explicação pormenorizada nas presentes Orientações e deverá servir como base para as questões de definição de mercado. As presentes Orientações tratarão apenas de questões específicas que surjam no contexto das restrições verticais e que não são tratadas na Comunicação geral relativa à definição de mercado.

2. O mercado relevante para efeitos do cálculo do limiar da quota de mercado de 30 % no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria

(89) Nos termos do artigo 3.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é geralmente a quota de mercado do fornecedor que se mostra decisiva para a aplicação da isenção por categoria. No caso de acordos verticais concluídos entre uma associação de retalhistas e membros individuais, a associação é o fornecedor e deve tomar em consideração a sua quota de mercado enquanto fornecedor. Só no caso de fornecimento exclusivo, tal como definido na alínea c) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é que a quota de mercado do comprador, e apenas essa quota de mercado, é decisiva para a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria.

(90) A fim de calcular a quota de mercado, é necessário determinar o mercado relevante. Para este efeito, têm que ser definidos o mercado de produto relevante e o mercado geográfico relevante. O mercado de produto relevante inclui quaisquer bens ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo comprador devido às suas características, preço e utilização pretendida. O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem e

adquirem os bens ou serviços relevantes, em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

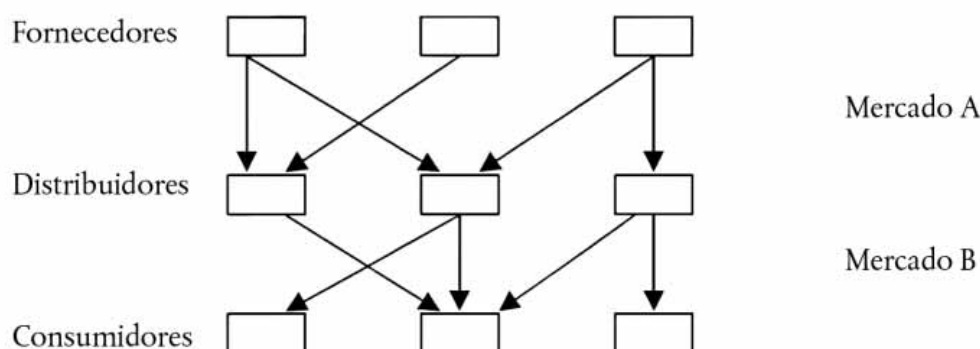
(91) Para efeitos de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria, a quota de mercado do fornecedor é a sua quota no mercado de produto e no mercado geográfico relevantes em que vende aos seus compradores⁽²⁾. No exemplo referido no n.º 92 trata-se do mercado A. O mercado do produto depende em primeiro lugar da substituíbilidade na perspectiva dos compradores. Quando o produto fornecido é utilizado como um factor de produção para fabricar outros produtos e não é geralmente reconhecível no produto final, o mercado do produto é normalmente definido pelas preferências dos compradores directos. Os clientes dos compradores não terão normalmente uma preferência acentuada relativamente aos factores de produção utilizados pelos compradores. Normalmente, as restrições verticais acordadas entre o fornecedor e o comprador do factor de produção dizem apenas respeito à venda e compra do produto intermédio e não à venda do produto resultante. No caso da distribuição de bens finais, o facto de serem substituíveis para os compradores directos será normalmente influenciado ou determinado pelas preferências dos consumidores finais. Um distribuidor, enquanto revendedor, não pode ignorar as preferências dos consumidores finais quando compra bens finais. Por outro lado, ao nível da distribuição, a maior parte das vezes as restrições verticais não dizem apenas respeito à venda de produtos entre o fornecedor e o comprador, mas igualmente à sua revenda. Uma vez que normalmente diferentes modelos de distribuição concorrem entre si, os mercados não são em geral definidos pela forma de distribuição aplicável. Nos casos em que os fornecedores vendem em geral uma carteira de produtos, a carteira no seu todo pode determinar o mercado de produto quando as carteiras de produtos entre si, e não os produtos individualmente, são consideradas substitutos pelos compradores. Uma vez que os compradores no mercado A são compradores profissionais, o mercado geográfico é normalmente mais vasto do que o mercado em que o produto é revendido a consumidores finais. Muitas vezes tal conduzirá à definição de mercados nacionais ou mercados geográficos mais vastos.

(92) No caso do fornecimento exclusivo, a quota de mercado do comprador é a sua quota de compras no mercado das aquisições⁽³⁾. No exemplo referido infra trata-se igualmente do mercado A.

⁽²⁾ Por exemplo, o mercado neerlandês dos pneus novos de substituição para camiões e autocarros no processo Michelin (Processo 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Comissão, [1983] Col. 3461), e os vários mercados da carne no processo dos matadouros dinamarqueses: Decisão 2000/42/CE da Comissão no caso IV/M.1313 (Danish Crown/Vestjyske Slagterier), JO L 20 de 25.1.2000, p. 1.

⁽³⁾ Para um exemplo de mercados das aquisições ver Decisão 1999/674/CE da Comissão no caso IV/M.1221 (Processo Rewe/Meinl, IV/M.1221), JO L 274 de 23.10.1999, p. 1.

⁽¹⁾ JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.



(93) No caso de um acordo vertical envolver três partes operando a diferentes níveis de comércio, as suas quotas de mercado terão de ser inferiores ao limiar da quota de mercado de 30 % em ambos os níveis a fim de o acordo ser abrangido pelo âmbito de aplicação da isenção por categoria. Por exemplo, quando num acordo entre um fabricante, um grossista (ou uma associação de retalhistas) e um retalhista é acordada uma obrigação de não concorrência, nem a quota de mercado do fabricante nem a quota de mercado do grossista (ou de uma associação de retalhistas) pode ultrapassar 30 % a fim de a obrigação poder beneficiar da isenção por categoria.

(94) Quando um fornecedor fabrica equipamento original e peças de reparação e substituição para esse equipamento, o fornecedor será frequentemente o único ou o principal fornecedor nos mercados pós-venda, no que diz respeito a essas peças de reparação e substituição. Tal pode igualmente acontecer quando o fornecedor (fornecedor do equipamento inicial) subcontratar o fabrico das peças de reparação e substituição. O mercado relevante para efeitos de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria pode ser o mercado de equipamento inicial, incluindo as peças sobressalentes, ou o mercado distinto do equipamento inicial e serviços pós-venda, consoante as circunstâncias do caso, tais como os efeitos das restrições envolvidas, a duração do equipamento e a importância dos custos de reparação ou substituição⁽¹⁾.

(95) Quando o acordo vertical, para além do fornecimento dos bens contratuais, inclui igualmente disposições relativas a direitos de propriedade intelectual — tais como uma disposição relativa à utilização da marca do fornecedor — que ajudam o comprador a comer-

cializar os bens contratuais, a quota de mercado do fornecedor no mercado em que este vende os bens contratuais é decisiva para a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria. Quando um franqueador não fornece bens para serem revendidos, mas fornece um conjunto de serviços combinados com disposições de direitos de propriedade intelectual, que em conjunto constituem o método de negócio a ser franqueado, o franqueador deve tomar em consideração a sua quota de mercado enquanto fornecedor de um método de negócio. Para esse efeito, o franqueador deve calcular a sua quota no mercado em que o método de negócio é explorado, o qual corresponde ao mercado em que os franqueados exploram esse método comercial para fornecer bens ou serviços a utilizadores finais. O franqueador tem que basear a sua quota de mercado no valor dos bens ou serviços fornecidos pelos seus franqueados neste mercado. Num mercado deste tipo, a concorrência pode ser outros métodos de negócio franqueados, mas igualmente outros fornecedores de bens ou serviços substituíveis que não aplicam a franquia. Por exemplo, sem prejuízo da definição de tal mercado, se existisse um mercado de serviços de refeições rápidas, um franqueador que operasse nesse mercado teria que calcular a sua quota de mercado com base nos valores de vendas relevantes dos seus franqueados neste mercado. Nos casos em que o franqueador, para além do método de negócio, fornecer também determinados factores intermédios, tais como a carne e as especiarias, então o franqueador terá igualmente que calcular a sua quota no mercado em que estes bens são vendidos.

3. O mercado relevante para efeitos de avaliação individual

(96) Para efeitos de apreciação individual de acordos verticais não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria, podem ter de ser investigados mercados suplementares para além do mercado relevante definido para a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria. Os efeitos do acordo vertical podem não só produzir-se no mercado entre fornecedor e comprador, mas podem igualmente produzir-se nos mercados a jusante. Para uma apreciação individual de um acordo vertical serão examinados os mercados relevantes em cada estágio do comércio afectado pelas restrições incluídas no acordo:

⁽¹⁾ Ver por exemplo Pelikan/Kyocera no XXV Relatório sobre a Política de Concorrência, ponto 87 e Decisão 91/595/CEE da Comissão (processo IV/M.12 Varta/Bosch, JO L 320 de 22.11.1991, p. 26), Decisão da Comissão (processo IV/M.1094 Caterpillar/Perkins Engines, JO C 94 de 28.3.1998, p. 23), e Decisão da Comissão (processo IV/M.768 Lucas/Varity, JO C 266 de 13.9.1996, p. 6). Ver igualmente o processo Eastman Kodak Co/Image Technical Services, Inc e outros, Supremo Tribunal dos Estados Unidos, n.º 90 1029. Ver igualmente o ponto 56 da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência.

- (i) No que diz respeito aos (bens ou serviços intermédios) incorporados pelo comprador nos seus próprios bens ou serviços, as restrições verticais em geral têm efeitos apenas no mercado entre o fornecedor e o comprador. Uma obrigação de não concorrência imposta ao comprador pode por exemplo excluir outros fornecedores, mas não conduzirá à redução da concorrência a jusante a nível do estabelecimento comercial. Contudo, no caso de fornecimento exclusivo, a posição do comprador no seu próprio mercado a jusante é igualmente relevante, uma vez que o comportamento de exclusão do comprador apenas terá efeitos negativos significativos se este tiver poder de mercado no mercado a jusante.
- (ii) Quanto aos (produtos finais), uma análise limitada ao mercado entre o fornecedor e o comprador é menos susceptível de se revelar suficiente, uma vez que restrições verticais podem ter efeitos negativos de redução da concorrência intermarcas e/ou intramarcas no mercado de revenda, ou seja, no mercado a jusante do comprador. Por exemplo, a distribuição exclusiva pode não só conduzir a efeitos de exclusão no mercado entre o fornecedor e o comprador, mas pode sobretudo conduzir a uma menor concorrência intramarcas nos territórios dos distribuidores. O mercado de revenda é especialmente importante quando o comprador for um retalhista que vende a consumidores finais. Uma obrigação de não concorrência acordada entre um fabricante e um grossista pode excluir o grossista face a outros fabricantes, mas uma diminuição da concorrência no próprio estabelecimento comercial não é muito susceptível de ocorrer a este nível de distribuição. O mesmo acordo concluído com um retalhista pode contudo dar origem a essa diminuição adicional da concorrência intermarcas ao nível do estabelecimento comercial no mercado a jusante.
- (iii) Em casos de apreciação individual de um (mercado pós-venda), o mercado relevante pode ser o mercado do equipamento inicial ou o mercado pós-vendas consoante as circunstâncias do caso. De qualquer forma, a situação num mercado pós-vendas distinto será apreciada tomando em consideração a situação no mercado do equipamento inicial. Uma posição menos importante no mercado do equipamento inicial reduzirá normalmente os eventuais efeitos anticoncorrenciais no mercado pós-venda.

4. Cálculo da quota de mercado no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria

- (97) O cálculo da quota de mercado deve basear-se em princípio em quantitativos de valor. Quando não se encontrem disponíveis quantitativos de valor podem ser apresentadas estimativas. Essas estimativas podem basear-se noutras informações de mercado fiáveis, tais como quantitativos de volume (ver o n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento de Isenção por Categoria).

(98) A produção própria, ou seja, o fabrico de um produto intermédio para uso próprio, pode ser muito importante numa análise da concorrência, podendo corresponder a uma das limitações da concorrência ou podendo evidenciar a posição de mercado de uma empresa. Contudo, para efeitos de definição do mercado e de cálculo da quota de mercado em relação aos bens e serviços intermédios, a produção própria não será tomada em consideração.

(99) Contudo, no caso de distribuição dupla de bens finais, ou seja, quando um fabricante de bens finais age igualmente enquanto distribuidor no mercado, a definição de mercado e o cálculo da quota de mercado devem incluir os bens vendidos pelo produtor e por produtores concorrentes através dos seus distribuidores e agentes integrados (ver o n.º 2, alínea b) do artigo 9.º do Regulamento de Isenção por Categoria). Os distribuidores integrados são empresas ligadas na acepção do artigo 11.º do Regulamento de Isenção por Categoria.

VI. POLÍTICA DE APLICAÇÃO EM CASOS INDIVIDUAIS

(100) As restrições verticais são em geral menos prejudiciais do que as restrições horizontais. A principal razão para o tratamento de uma restrição vertical de uma forma menos severa do que uma restrição horizontal baseia-se no facto de esta última poder dizer respeito a um acordo entre concorrentes que fabricam bens ou serviços idênticos ou substituíveis. Nessas relações horizontais, o exercício do poder de mercado por uma empresa (preços mais elevados para o seu produto) pode beneficiar os seus concorrentes. Tal pode constituir um incentivo para os concorrentes se comportarem de forma anticoncorrencial entre si. Em relações verticais, o produto de um é o factor de produção do outro. Tal significa que o exercício do poder de mercado pela empresa a montante ou a jusante prejudicará normalmente a procura do produto da outra. As empresas envolvidas no acordo têm por conseguinte normalmente um incentivo para impedir o exercício do poder de mercado da outra.

(101) Todavia, este carácter de auto-restricção não deve ser sobrestimado. Quando uma empresa não tem qualquer poder de mercado, só pode tentar aumentar os seus lucros otimizando os seus processos de fabrico e distribuição, com ou sem a ajuda de restrições verticais. Contudo, quando possui poder de mercado, pode igualmente tentar aumentar os seus lucros à custa dos seus concorrentes directos através do aumento dos custos desses concorrentes e em detrimento dos seus próprios compradores e em última análise dos consumidores, tentando apropriar-se de uma parte dos respectivos excedentes. Tal pode acontecer quando a empresa a montante e a jusante partilham os lucros suplementares ou quando uma das duas empresas utiliza restrições verticais para se apropriar da totalidade dos lucros suplementares.

(102) Na avaliação de casos individuais, a Comissão adoptará uma abordagem económica na aplicação do artigo 81.º às restrições verticais. Tal limitará o âmbito de aplicação do artigo 81.º às empresas que possuem um certo grau de poder de mercado, quando a concorrência intermarcas for insuficiente. Nesses casos, a protecção da concorrência intermarcas e intramarcas é importante a fim de garantir eficiências e benefícios para os consumidores.

1. O enquadramento da análise

1.1. Efeitos negativos das restrições verticais

(103) Os efeitos negativos no mercado que podem resultar de restrições verticais, que a legislação comunitária em matéria de concorrência pretende impedir, são os seguintes:

- (i) exclusão de outros fornecedores ou outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada;
- (ii) redução da concorrência intermarcas entre as empresas que operam num mercado, incluindo facilitar colusões entre fornecedores ou compradores. Por «colusão» entende-se tanto a colusão explícita como a colusão tácita (comportamento paralelo consciente).
- (iii) redução da concorrência intramarcas entre distribuidores da mesma marca;
- (iv) criação de obstáculos à integração do mercado, incluindo, principalmente, limitações à liberdade de os consumidores adquirirem bens ou serviços em qualquer Estado-membro da sua escolha.

(104) Esses efeitos negativos podem resultar de várias restrições verticais. Acordos de formas diferentes podem ter o mesmo impacto substancial sobre a concorrência. Para analisar estes eventuais efeitos negativos afigura-se apropriado dividir as restrições verticais em quatro grupos: um grupo de marca única, um grupo de distribuição limitada, um grupo de manutenção de preços de revenda e um grupo de partilha de mercados. As restrições verticais no âmbito de cada grupo têm em grande medida efeitos negativos semelhantes sobre a concorrência.

(105) A classificação em quatro grupos baseia-se no que pode ser descrito como as componentes básicas das restrições verticais. Nos n.ºs 103 a 136, são analisados os quatro grupos diferentes. Nos n.ºs 137 a 229 são analisados os acordos verticais, tal como são utilizados na prática, devido ao facto de muitos acordos verticais utilizarem mais de uma destas componentes.

Grupo da marca única

(106) Sob a designação de marca única incluem-se os acordos que têm como principal elemento o facto de o comprador ser induzido a concentrar as suas encomendas num determinado tipo de produto junto de um fornecedor. Esta componente pode ser encontrada nomeadamente em disposições de não concorrência e de imposição ao comprador da compra de determinadas quantidades, em que uma obrigação ou regime de incentivos acordado entre o fornecedor e o comprador obriga este último a abastecer-se das suas necessidades de um determinado produto e os seus substitutos apenas ou principalmente junto de um fornecedor. Pode encontrar-se o mesmo elemento na subordinação, na qual o regime de obrigações ou de incentivos diz respeito a um produto que o comprador deve adquirir como condição para comprar outro produto distinto. O primeiro produto é denominado produto «subordinado» e o segundo «subordinante».

(107) Verificam-se quatro efeitos negativos principais sobre a concorrência: (1) outros fornecedores nesse mercado não podem vender a esses compradores específicos, o que pode conduzir ao encerramento do mercado ou, no caso de subordinação, ao encerramento do mercado do produto subordinado; (2) as quotas de mercado tornam-se mais rígidas, o que pode ajudar à colusão quando haja aplicação por vários fornecedores; (3) no que diz respeito à distribuição de bens finais, os retalhistas só venderão uma marca, não se verificando por conseguinte qualquer concorrência intermarcas nos seus estabelecimentos (inexistência de concorrência no estabelecimento); e (4) no caso de subordinação, o comprador pode pagar um preço mais elevado pelo produto subordinado do que pagaria de outro modo. Todos estes efeitos podem conduzir a uma redução da concorrência intermarcas.

(108) A redução da concorrência intermarcas pode ser atenuada por uma forte concorrência inicial entre fornecedores a fim de obterem contratos de marca única, mas quanto maior for a duração da obrigação de não concorrência maior será a susceptibilidade de este efeito não ser suficientemente forte para compensar a redução de concorrência intermarcas.

Grupo de distribuição limitada

(109) Sob a designação de distribuição limitada incluem-se os acordos que têm como elemento principal o facto de o fabricante vender apenas a um comprador ou a um número limitado de compradores. Tal pode acontecer com o objectivo de restringir o número de compradores num determinado território ou grupo de clientes ou para seleccionar um certo tipo de compradores. Esta componente pode ser encontrada nomeadamente:

- na distribuição exclusiva e atribuição exclusiva de clientes, quando o fornecedor limita as suas vendas a apenas um comprador em relação a um determinado território ou categoria de clientes;

- no fornecimento exclusivo e nas obrigações de compra de determinadas quantidades impostas ao fornecedor, quando uma obrigação ou um regime de incentivos acordado entre o fornecedor e o comprador obriga o primeiro a vender apenas ou principalmente a um comprador;
 - na distribuição selectiva, em que as condições impostas ou acordadas com os representantes autorizados limitam normalmente o seu número;
 - nas restrições de vendas no mercado pós-venda, que limitam as possibilidades de venda do fornecedor de componentes.
- (110) Verificam-se três efeitos negativos principais sobre a concorrência: (1) alguns compradores nesse mercado deixam de poder comprar a esse fornecedor específico, o que pode conduzir, em especial no caso do fornecimento exclusivo, ao encerramento do mercado das aquisições; (2) quando a maior parte ou todos os fornecedores concorrentes limitam o número de retalhistas, tal pode facilitar a colusão quer a nível dos distribuidores quer a nível dos fornecedores, e (3) uma vez que há menos distribuidores a oferecer o produto, conduzirá igualmente a uma redução da concorrência intramarcas. No caso de territórios exclusivos vastos ou da atribuição de clientes exclusivos o resultado pode ser a total eliminação da concorrência intramarcas. Esta redução da concorrência intramarcas pode por seu lado conduzir a um enfraquecimento da concorrência intermarchas.

Grupo de manutenção dos preços de revenda

- (111) Sob a designação de manutenção dos preços de revenda incluem-se os acordos que têm como elemento principal o facto de o comprador ser obrigado ou induzido a não revender abaixo de um certo preço, a um preço determinado ou não acima de um preço determinado. Este grupo inclui preços de revenda mínimos, fixos, máximos e recomendados. Os preços de revenda máximos e recomendados que não constituam restrições graves podem mesmo assim conduzir a uma restrição da concorrência.
- (112) Existem dois efeitos negativos principais da manutenção dos preços de revenda sobre a concorrência: 1) uma redução da concorrência a nível dos preços intramarcas, e 2) uma maior transparência a nível dos preços. No caso de manutenção dos preços de revenda fixos ou mínimos, os distribuidores deixam de poder concorrer a nível dos preços em relação a essa marca, o que conduz a uma eliminação total da concorrência a nível dos preços intramarcas. Um preço máximo ou recomendado pode funcionar como um ponto de referência para os revendedores, conduzindo a uma aplicação mais ou menos uniforme desse nível de preços. Uma maior transparência a nível dos preços e

responsabilidade pelas alterações de preços facilita a colusão horizontal entre fabricantes e fornecedores, pelo menos nos mercados concentrados. A redução da concorrência intramarcas pode, uma vez que conduz a uma menor pressão no sentido da baixa sobre os preços de determinados bens, ter como efeito indirecto uma redução da concorrência intermarchas.

Grupo da partilha de mercados

- (113) Sob a designação de partilha de mercados incluem-se os acordos que têm como elemento principal o facto de colocarem restrições ao comprador no que diz respeito ao local onde este se abastece ou revende um determinado bem ou serviço. Esta componente pode ser encontrada nos acordos de compra exclusiva, em que uma obrigação ou regime de incentivos acordado entre o fornecedor e o comprador obriga este último a suprir as suas necessidades de um determinado produto, por exemplo, da marca X, exclusivamente junto do fornecedor designado, mas deixando ao comprador a liberdade de comprar e vender produtos, por exemplo, marcas de cervejas concorrentes. Inclui igualmente restrições territoriais de revenda, a atribuição de uma área de responsabilidade principal, restrições quanto à localização de um distribuidor e restrições de revenda aos clientes.
- (114) O principal efeito negativo sobre a concorrência consiste na redução da concorrência intramarcas que pode ajudar o fornecedor a repartir o mercado, impedindo assim a integração dos mercados. Tal pode facilitar uma discriminação a nível dos preços. Se a maior parte ou a totalidade dos fornecedores concorrentes limitar as possibilidades de abastecimento ou de revenda dos seus compradores, essa situação poderá facilitar a colusão, quer a nível dos distribuidores quer a nível dos fornecedores.

1.2. Efeitos positivos das restrições verticais

- (115) É importante reconhecer que as restrições verticais têm frequentemente efeitos positivos, em especial promovendo a concorrência sem ser a nível dos preços e melhorando a qualidade dos serviços. Quando uma empresa não tem qualquer poder de mercado, apenas pode tentar aumentar os seus lucros otimizando os seus processos de fabrico ou de distribuição. Em algumas situações, as restrições verticais podem ser úteis neste aspecto, uma vez que as transacções habituais em condições de concorrência entre fornecedor e comprador, que determinam apenas o preço e a quantidade de uma determinada transacção, podem conduzir a um nível suboptimizado dos investimentos e das vendas.

(116) Embora tentando apresentar um panorama adequado das várias justificações para as restrições verticais, as presentes Orientações não pretendem ser completas nem exaustivas. As razões que se seguem podem justificar a aplicação de certas restrições verticais:

- 1) «Solucionar um problema de “parasitismo” (“free rider”)». Um distribuidor pode exercer «parasitismo» sobre outro distribuidor, beneficiando gratuitamente dos esforços de promoção deste último. Este tipo de problema é muito comum a nível grossista e retalhista. A distribuição exclusiva ou restrições semelhantes podem ser úteis para evitar este «parasitismo». Pode igualmente verificar-se «parasitismo» entre fornecedores, por exemplo, quando um investe na promoção das instalações do comprador, em geral a nível retalhista, o que pode igualmente atrair clientes para os seus concorrentes. As restrições de não concorrência podem ajudar a ultrapassar esta situação de «parasitismo».

Para que constitua um problema é necessário que exista uma verdadeira situação de «parasitismo». O «parasitismo» entre compradores pode apenas ocorrer em serviços pré-venda e não em serviços pós-venda. O produto necessita normalmente de ser relativamente novo ou tecnicamente complexo, uma vez que de outra forma o cliente pode saber perfeitamente o que pretende a partir de compras anteriores. E o produto deve ter um valor razoavelmente elevado, uma vez que de outra forma não será atractivo para um cliente deslocar-se a um estabelecimento para pedir informações e a um outro para comprar. Por último, não pode ser praticável para o fornecedor impor contratualmente a todos os compradores obrigações de prestação de serviços relativamente aos serviços pré-venda

O «parasitismo» entre fornecedores é igualmente limitado a situações específicas, nomeadamente nos casos em que a promoção se realiza nas instalações do comprador e é genérica, não específica de uma marca.

- 2) «Abrir novos mercados ou entrar em novos mercados». Quando um fabricante pretender entrar num novo mercado geográfico, por exemplo, exportando pela primeira vez para outro país, tal pode envolver «investimentos iniciais» especiais por parte do distribuidor a fim de implantar a marca no mercado. Para convencer um distribuidor local a realizar estes investimentos, pode ser necessário proporcionar protecção territorial ao distribuidor, de forma a que este possa recuperar estes investimentos cobrando temporariamente um preço mais elevado. Os distribuidores sediados noutros mercados serão

então impedidos por um período limitado de vender no novo mercado. É o que acontece especialmente nos problemas de «parasitismo» descritos no ponto 1) supra.

- 3) «O reconhecimento da questão do “parasitismo”». Em alguns sectores, certos retalhistas têm a reputação de armazenarem apenas os produtos «de qualidade». Nesse caso, a venda através destes retalhistas pode revelar-se vital para a introdução de um novo produto. Se o fabricante não puder inicialmente limitar as suas vendas aos estabelecimentos de qualidade, corre o risco de ser desrefereciado e a introdução do produto poder falhar. Isto significa que pode existir uma razão para permitir a vigência durante um período limitado de uma restrição como a distribuição exclusiva ou a distribuição selectiva. Deve ser suficiente para garantir a introdução do novo produto, mas não demasiado longo de forma a impedir a sua divulgação em grande escala. Estes benefícios ocorrerão mais provavelmente com os produtos «à experiência» ou com produtos complexos que representam uma aquisição de vulto para o consumidor final.
- 4) «O denominado problema da “captividade” (“hold-up”)». Por vezes existem investimentos específicos para um cliente efectuados quer pelo fornecedor quer pelo comprador, tais como em equipamento especial ou em formação. Por exemplo, um fabricante de componentes que tem de construir maquinaria e equipamento novo a fim de satisfazer uma determinada exigência de um dos seus clientes. O investidor pode não realizar os investimentos necessários antes da conclusão de acordos específicos de fornecimento.

Contudo, tal como nos outros exemplos de «parasitismo», existem algumas condições que devem ser satisfeitas antes de o risco de subinvestimento ser real ou significativo. Em primeiro lugar, o investimento deve ser específico de uma relação contratual. Um investimento realizado pelo fornecedor é considerado específico de uma relação contratual quando, após o termo do contrato, não pode ser utilizado pelo fornecedor para abastecer outros clientes e só pode ser vendido com um prejuízo significativo. Um investimento efectuado pelo comprador é considerado específico da relação contratual quando, após o termo do contrato, não pode ser utilizado pelo comprador para adquirir e/ou utilizar produtos fornecidos por outros fornecedores e só pode ser vendido com um prejuízo significativo. Portanto, um investimento é específico de uma relação contratual quando, por exemplo, só pode ser utilizado para fabricar uma componente de marca específica ou para manter uma marca específica e não pode, pois, ser utilizado de uma forma rentável para a produção ou revenda de produtos alternativos. Em segundo lugar, deve ser um investimento a longo prazo que não seja

- recuperado a curto prazo. E em terceiro lugar, o investimento deve ser assimétrico, isto é, uma parte no contrato investe mais do que a outra. Apenas quando estas condições se encontrarem reunidas poderá existir normalmente um motivo válido para impor uma restrição vertical em relação ao período de amortização do investimento. A restrição vertical adequada será do tipo de não concorrência ou de obrigação de aquisição de determinadas quantidades quando o investimento é realizado pelo fornecedor e do tipo de distribuição exclusiva, de atribuição exclusiva de clientes ou de fornecimento exclusivo quando o investimento é realizado pelo comprador.
- 5) «O problema específico da “captividade” que pode surgir em caso de transferência de saber-fazer substancial». Após o fornecimento do saber-fazer, este não pode ser retirado e o fornecedor do saber-fazer pode não querer que este seja utilizado pelos seus concorrentes. Na medida em que o saber-fazer não se encontra directamente à disposição do comprador, seja essencial e indispensável para o funcionamento do acordo, essa transferência pode justificar uma restrição do tipo de não concorrência. Normalmente não será abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º
- 6) «Economias de escala a nível da distribuição». A fim de explorar economias de escala e desta forma conseguir um preço de retalho inferior para o seu produto, o fabricante pode pretender concentrar a revenda do seu produto num número limitado de distribuidores. Por esta razão, poderia usar distribuição exclusiva, a obrigação de aquisição de determinadas quantidades sob a forma de uma exigência de compra mínima, a distribuição selectiva com um requisito desse tipo ou a obrigação de compra exclusiva.
- 7) «Imperfeições do mercado de capitais». Os fornecedores tradicionais de capital (bancos, mercados de capitais, etc.) podem oferecer capital de uma forma sub-otimizada quando têm informações incompletas sobre a qualidade do mutuário ou quando existe uma base inadequada para garantir o empréstimo. O comprador ou fornecedor pode ter melhores informações e conseguir, através de uma relação exclusiva, obter garantias suplementares para o seu investimento. Quando o fornecedor concede um empréstimo ao comprador, tal pode conduzir a uma obrigação de não concorrência ou à obrigação por parte do comprador de adquirir determinadas quantidades. Quando o comprador concede o empréstimo ao fornecedor, tal pode constituir a razão para ter uma obrigação de fornecimento exclusivo ou uma obrigação de o fornecedor vender determinadas quantidades.
- 8) «Uniformidade e normalização da qualidade». Uma restrição vertical pode ajudar a aumentar as vendas através da criação de uma imagem de marca, melhorando desta forma o carácter atractivo de um produto para os consumidores finais através da imposição de uma certa uniformidade e de normalização da qualidade a nível dos distribuidores. É o que se verifica, por exemplo, na distribuição selectiva e nos acordos de franquia.
- (117) As oito situações referidas no n.º 116 tornam bem claro que em certas condições os acordos verticais são susceptíveis de ajudar a obter eficiências e a desenvolver novos mercados, e que isto pode compensar os seus eventuais efeitos negativos. Tal é mais evidente relativamente às restrições verticais por um período limitado que ajudem a introdução de novos produtos complexos ou protejam investimentos específicos de uma relação. Uma restrição vertical é por vezes necessária tanto tempo quanto o fornecedor venda o seu produto ao comprador (ver em especial as situações descritas nos pontos 1, 5, 6 e 8 do n.º 116).
- (118) Existe um elevado grau de substituíbilidade entre as diferentes restrições verticais. Isto significa que o mesmo problema de ineficiência pode ser solucionado através de diferentes restrições verticais. Por exemplo, as economias de escala na distribuição podem provavelmente ser alcançadas através da utilização da distribuição exclusiva, da distribuição selectiva, da obrigação de aquisição de determinadas quantidades ou da compra exclusiva. Tal afigura-se muito importante, uma vez que os efeitos negativos sobre a concorrência podem divergir consoante as várias restrições verticais, o que desempenha um papel importante quando o carácter indispensável é apreciado no âmbito do n.º 3 do artigo 81.º
- 1.3. **Regras gerais para a apreciação das restrições verticais**
- (119) Ao apreciar as restrições verticais de um ponto de vista da política da concorrência, podem ser formuladas algumas regras gerais:
- 1) Em relação à maior parte das restrições verticais só podem surgir problemas a nível da concorrência se existir uma concorrência intermarcas insuficiente, isto é, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou de ambos. Teoricamente, o poder de mercado é o poder para aumentar os preços acima do nível concorrencial e, pelo menos a curto prazo, obter lucros acima do normal. As empresas podem ter poder de mercado abaixo do nível da posição dominante, que representa o limiar para a aplicação do artigo 82.º Quando existem muitas empresas em concorrência num mercado não concentrado, pode considerar-se que as restrições verticais não graves não terão efeitos negativos consideráveis. Um mercado é considerado não concentrado quando o índice HHI, isto é, a soma das quotas de mercado individuais ao quadrado de todas as empresas no mercado relevante, é inferior a 1 000.

- 2) As restrições verticais que reduzem a concorrência intermarcas são geralmente mais prejudiciais do que as restrições verticais que reduzem a concorrência intramarcas. Por exemplo, as obrigações de não concorrência são susceptíveis de ter mais efeitos negativos líquidos do que a distribuição exclusiva. As primeiras, por provavelmente encerrarem um mercado a outras marcas, podem impedir que estas marcas cheguem ao mercado. A última, embora limitando a concorrência intramarcas, não impede os bens de chegar ao consumidor final.
- 3) As restrições verticais do grupo da distribuição limitada, na ausência de uma concorrência intermarcas suficiente, podem restringir de uma forma significativa a escolha dos consumidores. São particularmente prejudiciais quando são excluídos distribuidores mais eficazes ou distribuidores com uma forma de distribuição diferente. Tal pode reduzir a inovação a nível da distribuição e impede que os consumidores tenham acesso a um determinado serviço ou a uma combinação preço/serviço por parte desses distribuidores.
- 4) Os acordos de representação exclusiva são geralmente mais negativos para a concorrência do que os acordos não exclusivos. O acordo exclusivo faz com que, através dos termos dos contratos ou dos seus efeitos práticos, uma parte se abasteça na totalidade ou praticamente na totalidade junto da outra parte. Por exemplo, no âmbito de uma obrigação de não concorrência, o comprador adquire apenas uma marca. A obrigação de aquisição de determinadas quantidades, por outro lado, deixa ao comprador alguma margem para comprar bens concorrentes. O grau de encerramento pode por conseguinte ser menor no que se refere à obrigação de aquisição de determinadas quantidades.
- 5) As restrições verticais acordadas para bens e serviços sem marca são em geral menos prejudiciais do que as restrições que afectam a distribuição de bens e serviços de marca. As marcas tendem a aumentar a diferenciação dos produtos e a reduzir a sua substituíbilidade, conduzindo a uma menor elasticidade da procura e a uma maior possibilidade de aumento dos preços. A distinção entre bens ou serviços com e sem marca coincide frequentemente com a distinção entre bens e serviços intermédios e bens e serviços finais.

Os bens e serviços intermédios são vendidos a empresas para utilização como factor de produção para fabricar outros bens ou serviços e não são geralmente reconhecíveis nos bens ou serviços finais. Os compradores de produtos intermédios são normalmente clientes bem informados, capazes de avaliar a qualidade e por conseguinte menos dependentes da marca e da imagem. Os bens finais são, directa ou indirectamente vendidos a consumidores finais que fre-

quentemente atribuem mais importância à marca e à imagem. Como os distribuidores (retalhistas, grossistas) têm de responder à procura dos consumidores finais, a concorrência pode ser mais prejudicada quando os distribuidores são impedidos de venderem uma ou algumas marcas do que quando os compradores de produtos intermédios são impedidos de efectuar compras junto de certas fontes de abastecimento de produtos concorrentes.

As empresas que compram bens ou serviços intermédios têm normalmente departamentos especializados ou consultores que controlam a evolução do mercado do fornecimento. Uma vez que efectuam transações de dimensão considerável, os custos de pesquisa não são em geral proibitivos. Por conseguinte, uma diminuição da concorrência intramarcas é menos importante a nível intermédio.

- 6) Em geral, a combinação de restrições verticais agrava os seus efeitos negativos. Contudo, certas combinações de restrições verticais são mais favoráveis para a concorrência do que a sua aplicação de uma forma singular. Por exemplo, num sistema de distribuição exclusiva, o distribuidor pode ser tentado a aumentar os preços dos produtos, uma vez que a concorrência intramarcas foi reduzida. A utilização da obrigação de compra de determinadas quantidades ou a fixação de preços de revenda máximos pode limitar esses aumentos de preços.
- 7) Os eventuais efeitos negativos das restrições verticais são agravados quando vários fornecedores e os seus compradores organizam o seu comércio de uma forma semelhante. Estes denominados efeitos cumulativos podem constituir um problema para vários sectores.
- 8) Quanto mais a restrição vertical estiver relacionada com a transferência de saber-fazer mais razões existem para esperar o aparecimento de eficiências e tanto mais será necessária uma restrição vertical para proteger o saber-fazer transferido ou os custos de investimento suportados.
- 9) Quanto mais uma restrição vertical estiver associada a investimentos específicos de uma relação, maior justificação existe para determinadas restrições verticais. O período justificável dependerá do tempo necessário para amortizar o investimento.
- 10) No caso de um novo produto ou no caso de um produto existente ser vendido pela primeira vez num mercado geográfico diferente, pode ser difícil para a empresa definir o mercado ou pode a sua quota de mercado ser muito elevada. Contudo, tal não deveria constituir um problema significativo, uma vez que as restrições verticais associadas à abertura de novos mercados do

produto ou geográficos geralmente não restringem a concorrência. Esta regra é válida, independentemente da quota de mercado da empresa, por um período de dois anos após a colocação do produto pela primeira vez no respectivo mercado. É aplicável a todas as restrições verticais que não são consideradas graves e, no caso de um novo mercado geográfico, a restrições relativas a vendas activas e passivas impostas aos compradores directos do fornecedor localizados noutros mercados e a intermediários no novo mercado. No caso de um ensaio genuíno de um novo produto num território limitado ou com um grupo limitado de clientes, os distribuidores designados para venderem o novo produto no mercado de ensaio podem ser restringidos na sua venda activa fora desse mercado por um período máximo de 1 ano sem serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

1.4. Metodologia da análise

(120) A avaliação de uma restrição vertical envolve em geral as seguintes cinco fases.

- 1) Em primeiro lugar, as empresas em causa têm de definir o mercado relevante a fim de determinar a quota de mercado do fornecedor ou do comprador, consoante a restrição vertical em causa (n.os 88 a 99 e nomeadamente os n.os 89 a 95).
- 2) Se a quota de mercado relevante não exceder o limiar de 30 %, o acordo vertical é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, sem prejuízo das restrições graves e das condições estabelecidas no referido regulamento.
- 3) Se a quota de mercado relevante for superior ao limiar de 30 %, é necessário avaliar se o acordo vertical é abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º
- 4) Se o acordo vertical for abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, é necessário examinar se preenche as condições de isenção previstas no n.º 3 do artigo 81.º

1.4.1. *Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º*

(121) Ao avaliar casos em que se verifique a ultrapassagem do limiar de quota de mercado de 30 %, a Comissão procederá a uma análise completa da situação concorrencial. Os factores que se seguem são os mais importantes para determinar se um acordo vertical implica uma restrição significativa da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º:

- a) posição de mercado do fornecedor;
- b) posição de mercado dos concorrentes;
- c) posição de mercado do comprador;
- d) obstáculos à entrada no mercado;
- e) maturidade do mercado;
- f) nível de comércio;
- g) natureza do produto;
- h) outros factores.

(122) A importância de factores específicos pode variar de caso para caso e depende de todos os outros factores. Por exemplo, uma quota de mercado elevada do fornecedor constitui normalmente um bom indício de poder de mercado mas a existência de obstáculos reduzidos à entrada pode não indicar um poder de mercado. Não é por conseguinte possível prever regras rigorosas relativas à importância dos factores específicos. Contudo pode referir-se o seguinte.

Posição de mercado do fornecedor

(123) A posição de mercado do fornecedor é determinada em primeiro lugar e principalmente pela sua quota nos mercados do produto e geográfico relevantes. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado mais provável é que o seu poder de mercado seja elevado. A posição de mercado do fornecedor é ainda reforçada se este beneficiar de certas vantagens a nível dos custos em relação aos seus concorrentes. As vantagens concorrenciais podem decorrer de uma vantagem de antecipação (ter a melhor localização, etc.), de possuir patentes essenciais, de possuir uma tecnologia superior, de ser um líder de marca ou de possuir uma carteira mais importante.

Posição de mercado dos concorrentes

(124) Os mesmo indicadores, ou seja, a quota de mercado e eventuais vantagens concorrenciais, são utilizadas para descrever a posição de mercado dos concorrentes. Quanto mais fortes são os concorrentes estabelecidos e maior for o seu número, menor é o risco de que o fornecedor ou o comprador em questão consiga encerrar o mercado individualmente e menor risco existirá de uma redução da concorrência intermarcas. Contudo, se o número de concorrentes diminuir consideravelmente e a sua posição no mercado (dimensão, custos, potencial de I&D, etc.) for bastante semelhante, esta estrutura de mercado pode aumentar o risco de colusão. Quotas de mercado flutuantes ou que mudam rapidamente são em geral uma indicação de que existe uma intensa concorrência.

Posição de mercado do comprador

(125) O poder de compra resulta da posição do comprador no mercado. O primeiro indicador do poder de compra é a quota do comprador no mercado de aquisições. Esta quota reflecte a importância da sua procura para os seus eventuais fornecedores. Outros indicadores centram-se na posição do comprador no seu mercado de revenda incluindo características tais como uma vasta dispersão geográfica dos seus estabelecimentos, marcas próprias do comprador/distribuidor e a sua imagem junto dos consumidores finais. O efeito do poder de compra na probabilidade de efeitos anticoncorrenciais não é o mesmo em relação às diferentes restrições verticais. O poder de compra pode em especial aumentar os efeitos negativos em caso de limitações dos grupos da distribuição limitada e da partilha de mercado, tais como o fornecimento exclusivo, a distribuição exclusiva e a distribuição selectiva quantitativa.

Obstáculos à entrada

(126) Os obstáculos à entrada são quantificados pela medida em que as empresas existentes no mercado podem aumentar o seu preço acima do nível concorrencial, normalmente acima do custo total mínimo em média, e realizar lucros acima do normal sem atrair a entrada de novos candidatos. Sem quaisquer obstáculos à entrada, uma entrada fácil e rápida eliminaria esses lucros. Na medida em que possa ocorrer uma entrada efectiva no mercado num prazo de um ou dois anos, que impediria ou atenuaria os lucros acima do normal, pode dizer-se que os obstáculos à entrada no mercado são reduzidos.

(127) Os obstáculos à entrada podem decorrer de uma grande diversidade de factores, tais como economias de escala e de gama, legislação, especialmente quando são estabelecidos direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos pautais à importação, direitos de propriedade intelectual, a propriedade de recursos em que o fornecimento é limitado devido por exemplo a limitações naturais⁽¹⁾, equipamentos infra-estruturais, uma vantagem de antecipação no mercado e fidelidade à marca por parte dos consumidores criada por uma forte publicidade. As restrições verticais e a integração vertical podem igualmente funcionar como um obstáculo à entrada, dificultando o acesso e excluindo concorrentes (potenciais). Os obstáculos à entrada podem existir apenas ao nível dos fornecedores ou dos compradores ou a ambos os níveis.

(128) A questão de saber se alguns destes factores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende de estarem ou não relacionados com custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são os que têm de ser suportados para entrar ou desenvolver actividades no

mercado, mas que são custos perdidos aquando da saída do mercado. Os custos de publicidade para criar fidelidade do consumidor são normalmente custos irrecuperáveis a não ser que uma empresa que saia do mercado consiga vender a sua marca ou utilizá-la noutra domínio sem prejuízos. Quanto mais os custos forem irrecuperáveis mais os candidatos potenciais devem pesar os riscos de entrada no mercado e mais as empresas já instaladas podem ameaçar fazer face à nova concorrência, uma vez que os custos irrecuperáveis fazem com que se torne mais oneroso para as empresas já instaladas abandonar o mercado. Se por exemplo os distribuidores estiverem vinculados a um fabricante através de uma obrigação de não concorrência, o efeito de encerramento será mais significativo se a criação de distribuidores próprios impuser custos irrecuperáveis ao potencial candidato.

(129) Em geral, a entrada no mercado exige custos irrecuperáveis, por vezes menores e outras vezes maiores. Por conseguinte, a concorrência efectiva é em geral mais acentuada e terá maior peso na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.

Maturidade do mercado

(130) O mercado maduro é um mercado que existe já há algum tempo, em que a tecnologia utilizada é bem conhecida e disseminada e não regista grandes alterações, em que não existem inovações significativas a nível das marcas e em que a procura é relativamente estável ou em declínio. É mais provável que surjam efeitos negativos num mercado deste tipo do que em mercados mais dinâmicos.

Nível de comércio

(131) O nível de comércio está associado à distinção entre bens e serviços intermédios e finais. Tal como indicado anteriormente, os efeitos negativos são em geral menos susceptíveis de ocorrer a nível dos bens e serviços intermédios.

Natureza do produto

(132) A natureza do produto é importante no que diz respeito aos produtos finais para apreciar tanto os efeitos eventualmente negativos como os efeitos provavelmente positivos. Ao apreciar os eventuais efeitos negativos, é importante saber se os produtos no mercado são mais homogéneos ou heterogéneos, se o produto é dispendioso, consumindo uma grande parte do orçamento do consumidor, ou se não é dispendioso e se o produto é adquirido uma única vez ou repetidamente. Em geral, quando o produto é mais heterogéneo, menos dispendioso e mais do tipo de ser adquirido uma única vez, as restrições verticais são mais susceptíveis de produzirem efeitos negativos.

⁽¹⁾ Ver Decisão 97/26/CE da Comissão (Processo N.º IV/M.619 — Gencor/Lonhro) — (JO L 11 de 14.1.1997, p. 30).

Outros factores

(133) Na apreciação de restrições específicas podem ter de ser tomados em consideração outros factores. Entre estes factores pode contar-se o efeito cumulativo, isto é, a cobertura do mercado por acordos semelhantes, a duração dos acordos, se o acordo é «imposto» (é sobretudo uma das partes que está sujeita a restrições ou obrigações) ou «voluntário» (ambas as partes aceitam restrições ou obrigações), o quadro legislativo, o comportamento das partes, que podem indicar ou facilitar uma colusão do tipo líder de preços, alterações de preços previamente anunciadas e discussões sobre o preço «certo», rigidez dos preços em resposta a capacidade excedentária, discriminação a nível dos preços e anterior comportamento conclusivo.

1.4.2. Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º

(134) Há quatro condições cumulativas para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º:

- o acordo vertical deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição ou promover o progresso técnico ou económico;
- o acordo vertical deve reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro resultante;
- o acordo vertical não pode impor às empresas em causa quaisquer restrições verticais que não sejam indispensáveis à consecução desses benefícios;
- o acordo vertical não pode dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

(135) O último critério de eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão diz respeito à questão do domínio. Sempre que uma empresa se encontrar em posição dominante ou se tornar dominante como consequência do acordo vertical, uma restrição vertical que tenha efeitos anticoncorrenciais significativos não pode em princípio ser objecto de isenção. O acordo vertical pode contudo não ser abrangido pelo âmbito do n.º 1 do artigo 81.º se existir uma justificação objectiva, por exemplo, se for necessário para a protecção de investimentos específicos relativos a um contrato ou para a transferência de saber-fazer substancial sem o qual o fornecimento ou compra de determinados bens ou serviços não se poderia realizar.

(136) Sempre que o fornecedor e o comprador não se encontrarem em posição dominante, os outros três critérios tornam-se importantes. O primeiro, relativo à melhoria da produção ou da distribuição e à promoção do progresso técnico ou económico, refere-se ao tipo de eficiências descritas nos n.ºs 115 a 118.

Estas eficiências devem ser fundamentadas e produzir um efeito líquido positivo. Não serão aceites alegações especulativas relativas à necessidade de evitar o «parasitismo» ou declarações de carácter geral relativas a poupanças de custos. As poupanças de custos decorrentes do mero exercício de poder de mercado ou de um comportamento anticoncorrencial não podem ser aceites. Em segundo lugar, os benefícios económicos devem favorecer não só as partes no acordo, mas igualmente o consumidor. Em geral, a repercussão dos benefícios nos consumidores dependerá da intensidade da concorrência no mercado relevante. As pressões concorrenciais garantirão normalmente que as poupanças em termos de custos se repercutirão através de preços mais baixos ou que as empresas têm um incentivo para introduzir novos produtos no mercado tão rapidamente quanto possível. Por conseguinte, se for mantida no mercado uma concorrência suficiente, que efectivamente limite as partes no acordo, o processo concorrenciais assegurará normalmente que os consumidores receberão uma parte equitativa dos benefícios económicos. O terceiro critério terá uma certa importância para garantir que é escolhida a restrição que afecte menos a concorrência para obter determinados efeitos positivos.

2. Análise de restrições verticais específicas

(137) Os acordos verticais podem incluir geralmente uma combinação de duas ou mais componentes de restrições verticais mencionadas nos n.ºs 103 a 114. As restrições verticais e respectivas combinações mais comuns são a seguir analisadas com a ajuda da metodologia desenvolvida nos n.ºs 120 a 136.

2.1. Marca única

(138) O acordo de não concorrência baseia-se numa obrigação ou num regime de incentivos que obriga o comprador a adquirir praticamente todas as suas necessidades num determinado mercado apenas junto de um fornecedor. Tal não significa que o comprador só possa comprar directamente ao fornecedor, mas que o comprador não comprará nem revenderá ou incorporará bens ou serviços concorrentes. Os eventuais riscos de concorrência são a exclusão de fornecedores concorrentes e potenciais fornecedores do mercado, o aparecimento de situações de colusão entre fornecedores no caso de utilização cumulativa e, quando o comprador é um retalhista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas a nível do estabelecimento. Os três efeitos restritivos têm um impacto directo na concorrência intermarcas.

(139) A situação demarca única é objecto de isenção pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado do fornecedor não ultrapassa 30 % e está sujeita a uma limitação no tempo de cinco anos no que se refere à obrigação de não concorrência. Acima do limiar da quota de mercado ou para além do prazo de cinco anos, prevêem-se para a apreciação de casos singulares as seguintes orientações.

- (140) A «posição do fornecedor no mercado» é de grande importância para apreciar eventuais efeitos anticoncorrenciais de obrigações de não concorrência. Em geral, este tipo de obrigação é imposto pelo fornecedor que tem acordos semelhantes com outros compradores.
- (141) Não é só a posição do fornecedor no mercado que é importante, mas igualmente a extensão e a duração da aplicação de uma obrigação de não concorrência. Quanto mais elevada for a quota de mercado subordinada, isto é, a parte da sua quota de mercado vendida sob uma obrigação de marca única, mais susceptível é de se verificar um encerramento significativo. Do mesmo modo, quanto maior for a duração da obrigação de não concorrência mais susceptível é de se verificar um encerramento significativo. As obrigações de não concorrência inferiores a um ano concluídas por empresas que não têm uma posição dominante, não são em geral consideradas como dando origem a efeitos anticoncorrenciais consideráveis ou a efeitos líquidos negativos. As obrigações de não concorrência entre um e cinco anos concluídas por empresas que não têm uma posição dominante, exigem normalmente um equilíbrio adequado entre os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, enquanto as obrigações de não concorrência que ultrapassam cinco anos relativamente à maior parte dos tipos de investimento não são consideradas necessárias para alcançar as alegadas eficiências ou as eficiências não são suficientes para compensar o seu efeito de encerramento. As empresas em posição dominante só podem impor obrigações de não concorrência aos seus compradores se puderem objectivamente justificar essas práticas comerciais no contexto do artigo 82.º
- (142) Para apreciar o poder de mercado do fornecedor é importante «a posição dos seus concorrentes no mercado». Desde que os concorrentes sejam suficientemente numerosos e fortes não são de esperar quaisquer efeitos anticoncorrenciais significativos. Só é provável que os fornecedores concorrentes sejam excluídos se forem significativamente mais pequenos do que o fornecedor que aplica a obrigação de não concorrência. Não é muito provável que se verifique a exclusão de concorrentes, quando estes têm posições semelhantes no mercado e podem oferecer produtos atractivos idênticos. Nesse caso, só se poderá contudo verificar uma exclusão de potenciais candidatos quando um número de fornecedores importantes concluir contratos de não concorrência com um número significativo de compradores no mercado relevante (situação de efeito cumulativo). Esta é igualmente uma situação em que os acordos de não concorrência podem facilitar a colusão entre fornecedores concorrentes. Se individualmente tais fornecedores forem abrangidos pela isenção por categoria, pode ser necessária a verificação negativa da sua aplicação a fim de fazer face a esta situação de efeito cumulativo negativo. Uma quota de mercado subordinada inferior a 5 % não é em geral considerada como contribuindo de forma significativa para esse efeito cumulativo de encerramento.
- (143) Nos casos em que a quota de mercado do maior fornecedor for inferior a 30 % e a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores (RC5 — Rácio de Cobertura 5) for inferior a 50 %, é pouco provável que exista uma situação de efeito anticoncorrencial única ou cumulativa. Se um potencial candidato não puder entrar no mercado de forma rentável, tal dever-se-á provavelmente a factores que não as obrigações de não concorrência, tais como as preferências dos consumidores. Não é provável que se verifique um problema a nível da concorrência quando, por exemplo, 50 empresas, das quais nenhuma tem uma importante quota de mercado, concorrem ferozmente num determinado mercado.
- (144) «Os obstáculos à entrada» são relevantes a fim de estabelecer se existe um encerramento efectivo. Na medida em que é relativamente fácil para os fornecedores concorrentes encontrarem novos compradores ou compradores alternativos para a venda dos produtos, o encerramento não é susceptível de constituir um problema real. Todavia, existem frequentemente obstáculos à entrada, quer a nível da produção quer a nível da distribuição.
- (145) «O poder de compensação» é relevante, uma vez que os compradores importantes não permitirão facilmente que os impeçam de se abastecerem de bens ou serviços concorrentes. O encerramento não baseado na eficiência e que tem efeitos prejudiciais para os consumidores finais constitui por conseguinte um risco principalmente no caso de compradores dispersos. No entanto, não concluir acordos de não concorrência com compradores importantes pode ter um efeito de encerramento acentuado.
- (146) Por último, «o nível de comércio» é relevante para o encerramento. O encerramento é menos susceptível de existir no caso de um produto intermédio. Quando o fornecedor de um produto intermédio não se encontra em posição dominante, os fornecedores concorrentes têm ainda uma parte substancial de procura considerada «livre». Abaixo do nível da posição dominante pode contudo verificar-se um grave efeito de exclusão em relação a concorrentes reais ou potenciais no caso de um efeito cumulativo. É pouco provável que surja um efeito cumulativo grave enquanto menos de 50 % do mercado for subordinado. Quando o fornecedor está em posição dominante, qualquer obrigação de comprar apenas ou principalmente os produtos ao fornecedor dominante pode facilmente conduzir a efeitos de encerramento significativos no mercado. Quanto maior for essa posição dominante mais elevado é o risco de exclusão de outros concorrentes.
- (147) Quando o acordo disser respeito ao fornecimento de um produto final a nível grossista a questão de saber se um problema a nível da concorrência poderá eventualmente surgir abaixo do nível da posição dominante depende em grande medida do tipo de comércio por grosso e dos obstáculos à entrada a nível grossista. Não existe qualquer risco real de exclusão se os fabricantes concorrentes puderem facilmente criar o seu próprio sistema grossista. O facto de os obstáculos à entrada serem reduzidos depende em parte do tipo de comércio grossista, isto é, se os grossistas podem ou não operar eficazmente com apenas o produto abrangido pelo acordo (por exemplo, gelado)

- ou se é mais eficiente comercializarem toda uma gama de produtos (por exemplo, produtos alimentares congelados). Neste último caso, não é eficiente para um produtor que vende apenas um produto criar o seu próprio sistema grossista. Nesse caso, podem surgir efeitos anticoncorrenciais abaixo do nível de posição dominante. Também podem surgir problemas de efeitos cumulativos se vários concorrentes subordinarem a maior parte dos grossistas disponíveis.
- (148) No que diz respeito aos produtos finais, em geral, é mais provável que se verifique uma exclusão a nível retalhista devido à existência de obstáculos significativos de entrada no mercado para que a maior parte dos fabricantes abram estabelecimentos retalhistas apenas para os seus próprios produtos. Para além disso, é a nível retalhista que os acordos de não concorrência podem conduzir a uma redução da concorrência intermarcas no estabelecimento. É por estas razões que em relação aos produtos finais a nível retalhista podem começar a surgir efeitos anticoncorrenciais significativos, tomando em consideração todos os outros factores relevantes, se um fornecedor não dominante subordinar 30 % ou mais do mercado relevante. Para uma empresa em posição dominante, mesmo uma modesta quota de mercado subordinada é já susceptível de conduzir a efeitos anticoncorrenciais significativos. Quanto mais forte for a sua posição dominante mais elevado é o risco de exclusão dos outros concorrentes.
- (149) A nível retalhista poderá igualmente surgir um efeito cumulativo de encerramento. Quando todas as empresas têm quotas de mercado inferiores a 30 %, é pouco provável que exista um efeito cumulativo de encerramento se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 40 %, sendo, por conseguinte, pouco provável a verificação negativa da isenção por categoria. Este valor pode ser mais elevado quando são tomados em consideração outros factores, tais como o número de concorrentes, os obstáculos à entrada, etc. Sempre que nem todas as empresas tiveram quotas de mercado inferiores ao limiar previsto no Regulamento de Isenção por Categoria, mas nenhuma tiver uma posição dominante, é pouco provável um efeito cumulativo de encerramento se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 30 %.
- (150) Quando o comprador opera a partir de instalações e terrenos propriedade do fornecedor ou que este arrendou a um terceiro ligado ao comprador, a possibilidade de impor soluções efectivas em caso de um eventual efeito de encerramento será limitada. Nesse caso é pouco provável uma intervenção da Comissão abaixo do nível de posição dominante.
- (151) Em certos sectores, a venda de mais de uma marca a partir de um único estabelecimento poderá revelar-se difícil, caso em que um problema de encerramento pode ser solucionado de uma melhor forma através da limitação da duração efectiva dos contratos.
- (152) Uma cláusula do tipo «cláusula inglesa», que exige que o comprador comunique qualquer melhor oferta e que lhe permite apenas aceitar essa oferta quando o fornecedor não a acompanhar, pode vir a ter o mesmo efeito do que uma obrigação de não concorrência, especialmente quando o comprador tem de revelar o nome de quem apresenta a melhor oferta. Por outro lado, ao aumentar a transparência do mercado, pode facilitar a colusão entre fornecedores. Pode também funcionar como obrigação de compra de uma determinada quantidade em relação ao comprador é uma forma mais suave de não concorrência, em que os incentivos ou as obrigações acordadas entre o fornecedor e o comprador fazem com que este último concentre as suas compras numa grande medida apenas num fornecedor. Esta obrigação pode por exemplo assumir a forma de exigências mínimas de compra ou de fixação não linear de preços, tais como sistemas de descontos de quantidades, sistemas de descontos de fidelidade ou uma tabela com duas componentes (uma taxa fixa mais um preço por unidade). A obrigação de aquisição de uma determinada quantidade em relação ao comprador terá efeitos de encerramento semelhantes mas mais fracos do que uma obrigação de não concorrência. A avaliação destas diferentes formas dependerá do seu efeito no mercado. Por outro lado, o artigo 82.º impede especificamente as empresas em posição dominante de aplicarem cláusulas inglesas ou sistemas de desconto de fidelidade.
- (153) Sempre que forem detectados efeitos anticoncorrenciais consideráveis, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, desde que o fornecedor não se encontre em posição dominante. Em relação a obrigações de não concorrência podem ser especialmente relevantes as eficiências descritas nos pontos 1 («parasitismo» entre fornecedores), 4, 5, (problemas de «captividade») e 7 (imperfeições do mercado de capitais) do n.º 116.
- (154) No caso de uma eficiência tal como a descrita nos pontos 1, 4 e 7, do n.º 116 a obrigação de compra de uma determinada quantidade por parte do comprador pode eventualmente constituir uma alternativa menos restritiva. Uma obrigação de não concorrência pode ser a única forma viável de alcançar uma eficiência tal como a descrita no ponto 5 do n.º 116 (problema de captividade relacionado com a transferência de saber-fazer).
- (155) Em caso de investimento específico realizado pelo fornecedor relativo a um contrato (ver eficiência 4 no n.º 116), um acordo de não concorrência ou de obrigação de compra de determinadas quantidades durante o período de amortização do investimento satisfará em geral as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º Em caso de elevados investimentos específicos relativos a um contrato pode justificar-se uma obrigação de não concorrência por um período superior a 5 anos. Um investimento específico relativo a um contrato poderá, por exemplo, ser a instalação ou adaptação de equipamento por parte do fornecedor,

quando este equipamento for utilizado posteriormente apenas para produzir componentes para um determinado comprador. Os investimentos de carácter geral ou específicos do mercado em capacidade (extra) são normalmente investimentos não específicos de um contrato. Contudo, sempre que um fornecedor criar novas capacidades especificamente associadas às operações de um determinado comprador, por exemplo, uma empresa que produz latas metálicas, que cria as capacidades para fabricar latas nas instalações ou próximo das instalações de acondicionamento em latas de um produtor de produtos alimentares, as novas capacidades só podem ser economicamente viáveis quando a produção se destinar a este cliente específico, caso em que o investimento seria considerado específico de um contrato.

- (156) Sempre que o fornecedor conceder um empréstimo ao comprador ou lhe fornece equipamento que não é específico de um contrato, tal em si mesmo não é normalmente suficiente para justificar a isenção relativa a um efeito de encerramento no mercado. As situações de imperfeição do mercado de capitais, em que será mais eficaz para o fornecedor de um produto do que para um banco conceder um empréstimo, serão reduzidas (ver eficiência 7 no n.º 116). Mesmo que o fornecedor do produto fosse o fornecedor mais eficiente de capital, um empréstimo só justificaria uma obrigação de não concorrência se o comprador não for impedido de pôr termo à obrigação de não concorrência e puder reembolsar a parte restante do empréstimo a qualquer momento e sem o pagamento de qualquer cláusula penal. Isto significa que o reembolso do empréstimo deve ser estruturado em fracções iguais ou decrescentes, que estas não devem aumentar ao longo do tempo e que o comprador deve ter a possibilidade de adquirir o equipamento fornecido pelo fornecedor pelo seu valor de mercado. Isto sem prejuízo da possibilidade, no caso por exemplo de um novo ponto de distribuição, de suspender o reembolso no primeiro ou segundo anos enquanto as vendas não atingirem ainda um determinado nível.
- (157) A transferência de um saber-fazer substancial (eficiência no n.º 116) justifica normalmente uma obrigação de não concorrência em relação à totalidade do período de vigência do acordo de fornecimento, tal como por exemplo no contexto dos acordos de franquia.
- (158) Abaixo do nível de posição dominante, a combinação de não concorrência com distribuição exclusiva pode igualmente justificar que a obrigação de não concorrência seja válida durante a totalidade da vigência do acordo. Neste último caso, a obrigação de não concorrência é susceptível de melhorar os esforços de distribuição do distribuidor exclusivo no seu território (ver n.ºs 161 a 177).
- (159) Exemplo de não concorrência

O líder num mercado nacional relativamente a um produto de consumo por impulso, com uma quota de

mercado de 40 %, vende a maior parte do seu produto (90 %) através de retalhistas subordinados (quota de mercado subordinada de 36 %). Os acordos obrigam os retalhistas a efectuar compras apenas junto do líder de mercado durante pelo menos quatro anos. Este líder de mercado encontra-se fortemente representado em especial nas áreas mais densamente povoadas, tal como a capital. Os seus concorrentes, em número de 10, dos quais alguns se encontram representados apenas localmente, têm todas quotas de mercado muito inferiores, tendo o principal 12 %. Estes 10 concorrentes fornecem em conjunto mais 10 % do mercado através de estabelecimentos subordinados. Existe uma diferenciação acentuada em termos de marca e de produto no mercado. O líder de mercado possui as marcas mais fortes. É o único com campanhas de publicidade periódicas a nível nacional. Fornece aos seus retalhistas subordinados móveis especiais para armazenarem o seu produto.

O resultado no mercado é que no total 46 % (36 % + 10 %) do mercado está encerrado a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não tenham estabelecimentos subordinados. Os potenciais candidatos consideram a entrada ainda mais difícil nas áreas densamente povoadas, em que o encerramento é ainda mais acentuado, apesar de ser aí que prefeririam entrar no mercado. Por outro lado, devido à forte diferenciação em termos de marca e de produto e aos elevados custos de pesquisa relativos ao preço do produto, a ausência de concorrência intermarcas no estabelecimento conduz a uma diminuição suplementar do bem-estar para os consumidores. As eventuais eficiências da exclusividade do estabelecimento que, segundo o líder de mercado, têm origem nos custos de transporte reduzidos e num eventual problema de «captividade» relativamente aos móveis, são limitadas e não compensam os efeitos negativos sobre a concorrência. As eficiências são limitadas, uma vez que os custos de transporte se encontram associados à quantidade e não à exclusividade e os móveis para os produtos não incluem um saber-fazer especial e não são específicos da marca. Por conseguinte, é improvável que estejam satisfeitas as condições para ser concedida uma isenção.

- (160) Exemplo da obrigação de compra de uma determinada quantidade

Um produtor X com uma quota de mercado de 40 % vende 80 % dos seus produtos através de contratos que especificam que o revendedor deve adquirir pelo menos 75 % das suas necessidades desse tipo de produto a X. Por seu lado, X oferece financiamento e equipamento a taxas favoráveis. Os contratos têm um período de vigência de 5 anos em que se prevê o reembolso do empréstimo em fracções iguais. Todavia, após os 2 primeiros anos os compradores têm a possibilidade de pôr termo ao contrato com um período de pré-aviso de seis meses se reembolsarem a parte do empréstimo não amortizada e comprarem o equipamento ao seu valor de mercado. No termo do período de 5 anos, o equipamento passa a ser propriedade do comprador. A maior parte dos fabri-

cantes são pequenos concorrentes, doze no total, tendo o maior uma quota de mercado de 20 % e concluem contratos semelhantes com diferentes períodos de vigência. Os produtores com quotas de mercado inferiores a 10 % têm frequentemente contratos com uma maior duração e com cláusulas menos vantajosas no que se refere ao seu termo. Os contratos do fabricante X deixam 25 % das necessidades livres para serem fornecidas pelos concorrentes. Nos últimos 3 anos dois novos produtores entraram no mercado e ganharam uma quota de mercado combinada de cerca de 8 %, em parte retomando os empréstimos de alguns revendedores em troca de contratos com estes revendedores.

A quota de mercado subordinada do fabricante X é de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 0,40$). A quota de mercado subordinada dos outros fabricantes é de cerca de 25 %. Por conseguinte, no total cerca de 49 % do mercado está encerrado a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não possuam estabelecimentos vinculados durante pelo menos os dois primeiros anos dos contratos de fornecimento. O mercado demonstra que os revendedores têm frequentemente dificuldade em obter empréstimos junto dos bancos e são demasiado pequenos em geral para obter capital através de outros meios tais como a emissão de acções. Para além disso, o produtor X consegue demonstrar que uma concentração das suas vendas num número limitado de revendedores lhe permite planear melhor as suas vendas e poupar custos de transporte. À luz da quota não subordinada de 25 % nos contratos do produtor X, da possibilidade real do termo antecipado do contrato, da recente entrada de novos produtores e do facto de cerca de metade dos revendedores não estarem vinculados, a obrigação de adquirir uma quantidade de 75 % aplicada pelo produtor X é susceptível de satisfazer as condições de isenção.

2.2. *Distribuição exclusiva*

- (161) Num acordo de distribuição exclusiva, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda num determinado território. Simultaneamente, o distribuidor é normalmente limitado a nível das suas vendas activas noutros territórios atribuídos em exclusividade. Os eventuais riscos em termos de concorrência são principalmente uma redução da concorrência intramarcas e a partilha do mercado, que podem facilitar em especial a discriminação a nível dos preços. Quando a maior parte ou a totalidade dos fornecedores utiliza a distribuição exclusiva, tal pode facilitar a colusão quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores.
- (162) A distribuição exclusiva é objecto de isenção pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 %,

mesmo se combinada com outras restrições verticais que não sejam restrições graves, tais como uma obrigação de não concorrência limitada a 5 anos, uma obrigação de compra de uma determinada quantidade ou a compra exclusiva. Uma combinação da distribuição exclusiva e da distribuição selectiva só é objecto de isenção pelo Regulamento de Isenção por Categoria se as vendas activas noutros territórios não forem restringidas. Acima do limiar da quota de mercado de 30 %, são dadas as seguintes orientações para a avaliação da distribuição exclusiva em casos singulares.

- (163) A posição de mercado do fornecedor e dos seus concorrentes tem grande importância, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas só pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais forte for a «posição do fornecedor», mais grave é a perda da concorrência intramarcas. Acima do limiar da quota de mercado de 30 % pode existir um risco de uma redução significativa da concorrência intramarcas. Para beneficiar de uma isenção, a eliminação da concorrência intramarcas deve ser compensada com eficiências reais.
- (164) A «posição dos concorrentes» pode ter um duplo significado. A existência de concorrentes fortes significará em geral que a redução da concorrência intramarcas é compensada por uma concorrência intermarcas suficiente. Contudo, se o número de concorrentes se tornar bastante reduzido e se a sua posição no mercado for bastante semelhante em termos de quota de mercado, capacidade e rede de distribuição, existe um risco de colusão. A eliminação da concorrência intramarcas pode aumentar este risco, especialmente quando vários fornecedores operam sistemas de distribuição semelhantes. A representação exclusiva múltipla, isto é, quando diferentes fornecedores nomeiam o mesmo distribuidor exclusivo num determinado território, pode aumentar ainda mais o risco de colusão. Se for concedido a um representante o direito exclusivo de distribuir dois ou mais produtos concorrentes importantes no mesmo território, a concorrência intermarcas é susceptível de ser substancialmente restringida em relação a essas marcas. Quanto maior for a quota de mercado cumulativa das marcas distribuídas pelo representante múltiplo, mais elevado será o risco de colusão e de redução da concorrência intermarcas. Essas situações de efeito cumulativo podem constituir uma razão para a verificação negativa do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria, quando as quotas de mercado dos fornecedores são inferiores ao limiar previsto no Regulamento de Isenção por Categoria.
- (165) «Os obstáculos à entrada» que podem impedir que os fornecedores designem novos distribuidores ou encontrem distribuidores alternativos são menos importantes na avaliação de eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva. A exclusão de outros fornecedores não ocorrerá, desde que a distribuição exclusiva não seja combinada com a marca única.

- (166) A exclusão de outros distribuidores não constitui um problema se o fornecedor que opera o sistema de distribuição exclusiva nomear um elevado número de distribuidores exclusivos no mesmo mercado e estes distribuidores exclusivos não forem restringidos de vender a outros distribuidores não nomeados. A exclusão de outros distribuidores pode contudo tornar-se um problema em caso de «poder de compra» e de poder de mercado a jusante, em especial, no caso de territórios muito vastos em que o distribuidor exclusivo se torna o comprador exclusivo num mercado global. Um exemplo seria uma cadeia de supermercados que se torna o único distribuidor de uma marca líder num mercado retalhista nacional de produtos alimentares. A exclusão de outros distribuidores pode ser agravada no caso de representantes exclusivos múltiplos. Esses casos, abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria quando a quota de mercado de cada fornecedor for inferior a 30 %, podem dar origem à verificação negativa da aplicação da isenção por categoria.
- (167) «O poder de compra» pode igualmente aumentar o risco de colusão em relação aos compradores, quando os acordos de distribuição exclusiva são impostos por compradores importantes, possivelmente situados em diferentes territórios, a um ou a vários fornecedores.
- (168) «A maturidade do mercado» é importante, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas e a discriminação a nível dos preços podem constituir um problema grave num mercado maduro, mas podem ser menos relevantes num mercado com uma procura crescente, com tecnologias em mudança e com posições de mercado que se alteram.
- (169) «O nível de comércio» é importante uma vez que os eventuais efeitos negativos podem divergir entre o nível grossista e o nível retalhista. A distribuição exclusiva é principalmente aplicada na distribuição de bens e serviços finais. A eliminação da concorrência intramarcas é em especial susceptível de ocorrer a nível retalhista se associada a vastos territórios, uma vez que os consumidores finais podem ver-se confrontados com uma reduzida possibilidade de escolha entre um preço elevado/um serviço elevado e um preço reduzido/um serviço reduzido a nível do distribuidor em relação a uma marca importante.
- (170) Um fabricante que escolha um grossista para seu distribuidor exclusivo fá-lo-á normalmente para um território mais vasto, tal como a totalidade de um Estado-membro. Desde que o grossista possa vender o produto sem limitações a retalhistas a jusante, não é provável que surjam efeitos anticoncorrenciais significativos, quando o produtor não se encontra em posição dominante. Uma eventual eliminação da concorrência intramarcas a nível grossista pode ser facilmente compensada por eficiências obtidas a nível da logística, das promoções, etc., em especial quando o fabricante está situado num país diferente. A exclusão de outros grossistas nesse território é pouco provável que venha a constituir um problema, uma vez que um fornecedor com uma quota de mercado superior a 30 % tem normalmente suficiente poder de negociação para não escolher um grossista menos eficiente. Os eventuais riscos de concorrência intramarcas de representantes exclusivos múltiplos são contudo mais elevados a nível grossista do que a nível retalhista.
- (171) A combinação da distribuição exclusiva com a marca única pode acrescentar o problema do encerramento do mercado para outros fornecedores, especialmente no caso de uma rede densa de distribuidores exclusivos com pequenos territórios ou no caso de um efeito cumulativo. Tal pode exigir a aplicação dos princípios estabelecidos em relação à marca única. Contudo, quando a combinação não conduz a um encerramento significativo, a combinação de distribuição exclusiva e marca única pode ser pró-competitiva aumentando o incentivo para o distribuidor exclusivo centrar os seus esforços numa determinada marca. Por conseguinte, na ausência desse efeito de exclusão, a combinação da distribuição exclusiva com a obrigação de não concorrência pode ser objecto de isenção para a totalidade da vigência do acordo, em especial a nível grossista.
- (172) A combinação de distribuição exclusiva com compra exclusiva aumenta os eventuais riscos da redução de concorrência intramarcas e da partilha do mercado, podendo em especial facilitar a discriminação a nível dos preços. A distribuição exclusiva já limita a escolha por parte dos clientes, uma vez que limita o número de distribuidores e normalmente restringe também os distribuidores na sua liberdade de vendas activas. A compra exclusiva, que exige que os distribuidores exclusivos adquiram os seus fornecimentos relativamente a uma determinada marca directamente junto do fabricante, elimina para além disso a eventual escolha por parte dos distribuidores exclusivos que são impedidos de comprar a outros distribuidores do sistema. Tal aumenta a possibilidade de o fornecedor limitar a concorrência intramarcas, embora aplicando condições de venda diferentes. A combinação de distribuição exclusiva e de compra exclusiva é por conseguinte pouco provável de ser objecto de isenção para fornecedores com uma quota de mercado superior a 30 %, a não ser que existam eficiências muito claras e substanciais que conduzam a preços mais baixos para todos os consumidores finais. A falta de tais eficiências pode igualmente conduzir à verificação negativa da isenção por categoria quando a quota de mercado do fornecedor for inferior a 30 %.
- (173) «A natureza do produto» não é muito relevante para avaliar eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva. É contudo relevante quando é discutida a questão de eventuais eficiências, ou seja, depois de ter sido determinado um efeito anticoncorrencial significativo.
- (174) A distribuição exclusiva pode conduzir a eficiências especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores a fim de proteger

ou desenvolver a imagem de marca. Em geral, o caso das eficiências é mais acentuado em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos cujas qualidades são difíceis de apreciar antes de consumo (os denominados produtos à experiência) ou cujas qualidades são ainda difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). Para além disso, a distribuição exclusiva pode conduzir a poupanças em termos de custos logísticos devido a economias de escala no transporte e na distribuição.

(175) Exemplo de distribuição exclusiva a nível grossista

No mercado de um produto de consumo duradouro, A é o líder de mercado. A vende o seu produto através de grossistas exclusivos. Os territórios dos grossistas correspondem à totalidade de um Estado-membro no que diz respeito a pequenos Estados-membros e a uma região no que respeita a Estados-membros maiores. Estes distribuidores exclusivos ocupam-se das vendas a todos os retalhistas nos seus territórios. Não vendem a consumidores finais. Os grossistas têm a seu cargo a promoção nos seus mercados, o que inclui o patrocínio de manifestações locais, mas igualmente a explicação e promoção dos novos produtos aos retalhistas dos seus territórios. A tecnologia e a inovação dos produtos estão a evoluir bastante rapidamente neste mercado, e o serviço pré-venda a retalhistas e a consumidores finais desempenha um papel importante. Não se exige que os grossistas adquiram todas as suas necessidades da marca do fornecedor A junto do próprio fabricante e verifica-se a possibilidade de escolha por grossistas ou retalhistas devido ao facto de os custos de transporte serem relativamente reduzidos em comparação com o valor do produto. Os grossistas não estão abrangidos por uma obrigação de não concorrência. Os retalhistas vendem igualmente uma série de marcas de fornecedores concorrentes e não existem quaisquer acordos de distribuição exclusiva ou de distribuição selectiva a nível retalhista. No mercado europeu das vendas aos grossistas, A tem uma quota de mercado de cerca de 50 %. A sua quota nos vários mercados retalhistas nacionais varia entre 40 % e 60 %. A tem entre 6 e 10 concorrentes em cada mercado nacional: B, C e D são os maiores concorrentes que se encontram igualmente presentes em cada mercado nacional, com quotas de mercado que variam entre 20 % e 5 %. Os restantes produtores são produtores nacionais, com quotas de mercado mais pequenas. B, C e D têm redes de distribuição idênticas, enquanto os produtores locais têm tendência para vender os seus produtos directamente aos retalhistas.

No mercado grossista acima descrito, o risco de uma redução da concorrência intermarcas e de discriminação a nível dos preços é baixo. A livre escolha não é impedida e a ausência de concorrência intramarcas não é muito relevante a nível grossista. A nível retalhista, não é impedida a concorrência intramarcas nem a concorrência intermarcas. Para além disso, a concorrência intermarcas não é em grande medida afectada por acordos exclusivos a nível grossista, o que faz com que seja provável, se existirem efeitos

anticoncorrençiais, que estejam satisfeitas as condições para a concessão de uma isenção.

(176) Exemplo de representação exclusiva múltipla num mercado oligopolista

Num mercado nacional de um produto final, existem quatro líderes de mercado, cada um com uma quota de mercado de cerca de 20 %. Estes quatro líderes de mercado vendem os seus produtos através de distribuidores exclusivos a nível retalhista. Os retalhistas dispõem de um território exclusivo, que corresponde à cidade em que se encontram situados ou a uma zona da cidade no que diz respeito às grandes cidades. Na maior parte dos territórios, os quatro líderes de mercado nomeiam o mesmo retalhista exclusivo («representação múltipla»), frequentemente com uma localização central e bastante especializado no produto. Os restantes 20 % do mercado nacional pertencem a pequenos produtores locais, o maior dos quais tem uma quota de 5 % do mercado nacional. Estes produtores locais vendem os seus produtos em geral através de outros retalhistas, em especial devido ao facto de os distribuidores exclusivos dos quatro principais fornecedores demonstrarem pouco interesse pela venda de marcas menos bem conhecidas e mais baratas. Existe uma diferenciação acentuada a nível da marca e do produto no mercado. Os quatro líderes de mercado realizam amplas campanhas publicitárias a nível nacional e têm uma forte imagem de marca, enquanto os outros produtores não publicitam os seus produtos a nível nacional. O mercado é relativamente maduro, com uma procura estável e sem uma inovação significativa a nível do produto e da tecnologia. O produto é relativamente simples.

Num mercado oligopolista deste tipo, existe um risco de colusão entre os quatro líderes de mercado. Este risco é aumentado através da representação múltipla. A concorrência intramarcas é limitada pela exclusividade territorial. A concorrência entre as quatro marcas líder é reduzida a nível retalhista, uma vez que um retalhista fixa o preço das quatro marcas em cada território. A representação múltipla implica que, se um produtor reduz o preço da sua marca, o retalhista não estará disposto a repercutir esta redução de preço no consumidor final, uma vez que reduziria as suas vendas e os lucros obtidos com as outras marcas. Por conseguinte, os produtores têm pouco interesse em entrar numa concorrência a nível de preços uns com os outros. A concorrência a nível dos preços intermarcas existe principalmente a nível dos produtos com uma imagem de marca reduzida dos pequenos produtores. Os eventuais argumentos em termos de eficiência no que diz respeito aos distribuidores exclusivos (comuns) são limitados, uma vez que o produto é relativamente simples, a revenda não exige quaisquer investimentos específicos ou formação e a publicidade é principalmente efectuada a nível dos produtores.

Ainda que cada um dos líderes de mercado tenha uma quota de mercado inferior ao limiar, a isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º pode não se justificar e ser necessária verificação negativa da isenção por categoria.

(177) Exemplo de distribuição exclusiva e compra exclusiva

O fabricante A é o líder europeu do mercado no que diz respeito a um bem de consumo duradouro volumoso, com uma quota de mercado entre 40 % e 60 % na maior parte dos mercados retalhistas nacionais. Em cada Estado-membro, tem cerca de 7 concorrentes com quotas de mercado muito inferiores, o maior dos quais tem uma quota de mercado de 10 %. Estes concorrentes estão presentes em apenas um ou dois mercados nacionais. A vende o seu produto através das suas filiais nacionais a distribuidores exclusivos a nível retalhista, que não são autorizados a praticar vendas activas nos territórios uns dos outros. Por outro lado, os retalhistas são obrigados a comprar os produtos do fabricante A exclusivamente junto da filial nacional do fabricante A no seu próprio país. Os retalhistas que vendem a marca do fabricante A são os principais revendedores desse tipo de produto no seu território. Vendem marcas concorrentes mas com êxito e empenho diferentes. A aplica diferenças de preços de 10 % a 15 % entre mercados e diferenças mais pequenas no mesmo mercado. Tal traduz-se em diferenças de preços inferiores a nível retalhista. O mercado é relativamente estável no que diz respeito à procura e à oferta e não existem quaisquer alterações tecnológicas significativas.

Nestes mercados, a eliminação da concorrência intramarcas resulta não apenas do facto de existir exclusividade territorial a nível retalhista, mas é agravada pela obrigação de compra exclusiva imposta aos retalhistas. A obrigação de compra exclusiva ajuda igualmente a manter os mercados e os territórios separados impossibilitando a escolha entre retalhistas exclusivos. Os retalhistas exclusivos também não podem praticar vendas activas nos territórios uns dos outros e na prática têm tendência para evitar as entregas fora dos seus próprios territórios. A livre escolha por parte dos consumidores ou comerciantes independentes é limitada devido ao volume do produto.

Os eventuais argumentos em termos de eficiência deste sistema, associados a economias de escala no transporte e nos esforços de promoção a nível dos retalhistas não são susceptíveis de compensar os efeitos negativos da discriminação a nível dos preços e da reduzida concorrência intramarcas. Por conseguinte, é improvável que estejam satisfeitas as condições para ser concedida uma isenção.

2.3. *Atribuição exclusiva de clientes*

(178) Num acordo de atribuição exclusiva de clientes, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda a uma determinada categoria de clientes. Simultaneamente, o distribuidor é normalmente limitado nas suas vendas activas a outras categorias de clientes exclusivamente atribuídas. Os eventuais riscos em termos de con-

corrência são principalmente a redução de uma concorrência intramarcas e a partilha do mercado, que pode facilitar em especial a discriminação através dos preços. Quando a maior parte ou a totalidade dos fornecedores utiliza a atribuição de clientes exclusivos tal pode facilitar a colusão, quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores.

(179) A atribuição exclusiva de clientes é objecto de isenção por parte do Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar o limiar de quota de mercado de 30 %, ainda que combinada com outras restrições verticais, não graves, tais como a obrigação de não concorrência, uma obrigação de compra de determinadas quantidades ou a compra exclusiva. Uma combinação de atribuição exclusiva de clientes e distribuição selectiva é normalmente grave, uma vez que as vendas activas a utilizadores finais por parte de distribuidores designados não são habitualmente permitidas. Acima do limiar da quota de mercado de 30 % a orientação dada nos n.ºs 161 a 177 no que se refere à distribuição exclusiva é aplicável *mutatis mutandis* à apreciação da atribuição exclusiva de clientes, sujeita às seguintes observações específicas.

(180) Normalmente, a atribuição de clientes dificulta ainda mais a escolha por parte dos clientes. Por outro lado, uma vez que cada distribuidor designado tem a sua própria categoria de clientes, os distribuidores não designados, que não sejam abrangidos por essa categoria, podem considerar difícil obter o produto. Tal reduzirá a possibilidade de compra por parte de distribuidores não designados. Por conseguinte, acima do limiar da quota de mercado de 30 % prevista no Regulamento de Isenção por Categoria, não é susceptível de ser concedida uma isenção à atribuição exclusiva de clientes, a não ser que se verifiquem efeitos claros e substanciais em termos de eficiência.

(181) A atribuição exclusiva de clientes é principalmente aplicada a produtos intermédios e a nível grossista quando diz respeito aos produtos finais, quando podem ser distinguidos grupos de clientes com diferentes necessidades específicas relativas ao produto.

(182) A atribuição exclusiva de clientes pode conduzir a eficiências em especial quando se exige que os distribuidores realizem investimentos em, por exemplo, equipamento específico, formação ou saber-fazer para se adaptarem às necessidades das suas categorias de clientes. O período de amortização destes investimentos indica a duração justificada de um sistema de atribuição exclusiva de clientes. Em geral, tal acontece mais frequentemente em relação a novos produtos ou a produtos complexos e em relação a produtos que exigem uma adaptação às necessidades do cliente individual. São mais prováveis necessidades diferenciadas identificáveis em relação a produtos intermédios, ou seja, produtos vendidos a diferentes categorias de compradores profissionais. A atribuição de clientes finais não é susceptível de conduzir a quaisquer eficiências e não é por conseguinte provável que seja objecto de isenção.

(183) Exemplo de atribuição exclusiva de clientes

Uma empresa desenvolveu um sistema sofisticado de extinção de incêndios por aspersão. A empresa tem actualmente uma quota de 40 % no mercado da instalação de aspersores. Quando começou a vender o sistema sofisticado tinha uma quota de mercado de 20 % com um produto mais antigo. A instalação do novo tipo de aspersor depende do tipo de construção e da utilização do edifício (escritórios, fábrica de produtos químicos, hospital, etc.). A empresa nomeou uma série de distribuidores para vender e instalar o sistema. Cada distribuidor necessitou de formar os seus trabalhadores em relação aos requisitos gerais e específicos de instalação do sistema de aspersão no que diz respeito a uma determinada categoria de clientes. Para garantir que os distribuidores se especializariam, a empresa designou uma categoria de clientes exclusiva para cada distribuidor e proibiu vendas activas a cada categoria de clientes exclusiva dos outros. Após cinco anos, todos os distribuidores exclusivos serão autorizados a vender activamente a todas as categorias de clientes, terminando assim o sistema de atribuição exclusiva de clientes. O fornecedor pode então também começar a vender a novos distribuidores. O mercado é bastante dinâmico, com duas recentes entradas e uma série de evoluções tecnológicas. Os concorrentes, com quotas de mercado entre 25 % e 5 %, estão também a melhorar os seus produtos.

Uma vez que a exclusividade é de duração limitada e ajuda a garantir que os distribuidores possam recuperar os seus investimentos e a concentrar inicialmente os seus esforços de vendas numa determinada categoria de clientes, para aprender o negócio e, uma vez que os eventuais efeitos anticoncorrenciais parecem limitados a um mercado dinâmico, parecem estar satisfeitas as condições para a concessão de uma isenção.

2.4. *Distribuição selectiva*

(184) Os acordos de distribuição selectiva, assim como os acordos de distribuição exclusiva, restringem, por um lado, o número de distribuidores autorizados e, por outro, a possibilidade de revenda. A diferença em relação à distribuição exclusiva é que a restrição do número de representantes não depende do número de territórios, mas dos critérios de selecção associados em primeiro lugar à natureza do produto. Uma outra diferença em relação à distribuição exclusiva é que a restrição de revenda não se refere às vendas activas num território, mas a uma restrição em relação a quaisquer vendas activas a distribuidores não autorizados, deixando apenas como eventuais compradores os representantes autorizados e os clientes finais. A distribuição selectiva é quase sempre utilizada para distribuir produtos finais de marca.

(185) Os eventuais riscos concorrenciais são uma redução da concorrência intramarcas e, em especial no caso de efeito cumulativo, a exclusão de certo(s) tipo(s) de distribuidores e o aparecimento de colusão entre fornecedores ou compradores. Para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição selectiva nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, é necessário estabelecer uma distinção entre distribuição selectiva puramente qualitativa e distribuição selectiva quantitativa. A distribuição selectiva puramente qualitativa selecciona representantes apenas com base em critérios objectivos, exigidos pela natureza do produto, tais como a formação do pessoal de vendas, os serviços fornecidos no ponto de venda, uma certa gama de produtos a serem vendidos, etc. (1). A aplicação desses critérios não limita directamente o número de representantes. A distribuição selectiva puramente qualitativa é em geral considerada como não abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º por falta de efeitos anticoncorrenciais, desde que sejam satisfeitas três condições. Primeira, a natureza do produto em causa deve exigir um sistema de distribuição selectiva, na medida em que esse sistema constitua um requisito legítimo, tendo em conta a natureza do produto em causa, a fim de manter a sua qualidade e garantir o seu uso adequado. Segunda, os revendedores devem ser escolhidos com base em critérios objectivos de natureza qualitativa que são estabelecidos uniformemente para todos os potenciais revendedores e não são aplicados de forma discriminatória. Terceira, os critérios estabelecidos não devem ir para além do necessário (2). A distribuição selectiva quantitativa acrescenta outros critérios para a selecção, que limitam mais directamente o número potencial de representantes, por exemplo, exigindo vendas mínimas ou máximas, fixando o número de representantes, etc.

(186) A distribuição selectiva qualitativa e quantitativa é isenta pelo Regulamento de Isenção por Categoria até uma quota de mercado de 30 %, mesmo que combinada com outras restrições verticais não graves, tais como uma obrigação de não concorrência ou a distribuição exclusiva, desde que as vendas activas por parte de distribuidores autorizados entre si e a utilizadores finais não seja restringida. O Regulamento de Isenção por Categoria isenta a distribuição selectiva independentemente da natureza do produto em causa. Contudo, no caso de a natureza do produto não exigir distribuição selectiva, tal sistema de distribuição não cria em geral efeitos de melhoria de eficiências suficientes para compensar uma redução significativa da

(1) Ver por exemplo sentença do Tribunal de Primeira Instância no Processo T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/Comissão*.

(2) Ver Processo 31/80, *L'Oréal*, [1980] Col.-3775, pontos 15 e 16; Processo 26/76, *Metro I* [1977] Col.-1875, pontos 20 e 21; Processo 107/82, *AEG* [1983] PUA Col.-3151; ponto 35; e Processo T-19/91 *Vichy/Comissão* [1992] Col. II-415, ponto 65.

concorrência intramarcas. Se ocorrerem efeitos anti-concorrenciais importantes, o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria é susceptível de ser retirado. Por outro lado, é dada a orientação que se segue para a apreciação da distribuição selectiva em casos singulares não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria ou no caso de um efeito cumulativo resultante de redes paralelas de distribuição selectiva.

- (187) A «posição de mercado do fornecedor e dos seus concorrentes» tem uma importância capital para avaliar os eventuais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas apenas pode causar problemas se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais forte for a posição do fornecedor, mais problemática é a eliminação da concorrência intramarcas. Um outro factor importante é o número de redes de distribuição selectiva presentes no mesmo mercado. Quando a distribuição selectiva seja aplicada por apenas um fornecedor no mercado, que não seja uma empresa dominante, a distribuição selectiva quantitativa não cria normalmente efeitos negativos líquidos, desde que os bens contratuais, tendo em conta a sua natureza, exijam o uso de um sistema de distribuição selectiva e na condição de os critérios de selecção aplicados serem necessários para garantir a distribuição eficaz dos bens em questão. A realidade, contudo, parece ser que a distribuição selectiva é frequentemente aplicada por alguns fornecedores num determinado mercado.
- (188) A posição dos concorrentes pode ter um duplo significado e desempenha em especial um papel importante em caso de efeito cumulativo. A existência de concorrentes fortes significará em geral que a redução da concorrência intramarcas é facilmente compensada por uma concorrência intermarcas suficiente. No entanto, quando a maior parte dos principais fornecedores utiliza a distribuição selectiva, haverá uma eliminação significativa da concorrência intramarcas e uma eventual exclusão de certos tipos de distribuidores bem como um maior risco de colusão entre os principais fornecedores. O risco de exclusão de distribuidores mais eficientes foi sempre mais importante na distribuição selectiva do que na distribuição exclusiva, devido à restrição das vendas aos representantes não autorizados na distribuição selectiva. Tal destina-se a conferir aos sistemas de distribuição selectiva um carácter mais fechado, impossibilitando que os representantes não autorizados obtenham fornecimentos, o que torna a distribuição selectiva particularmente bem adaptada para evitar pressões por parte dos que praticam reduções de preços sobre as margens do fabricante, bem como sobre as margens dos representantes autorizados.
- (189) Sempre que o Regulamento de Isenção por Categoria seja aplicável a redes individuais de distribuição selectiva, é susceptível de ser tomada em consideração a verificação negativa da isenção ou a não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria em caso de efeitos cumulativos. No entanto, é pouco provável que ocorra um problema de efeito cumulativo, quando a quota do mercado abrangido pela distribuição selectiva seja inferior a 50 %. Do mesmo modo, não é provável que surja qualquer problema, quando o rácio de cobertura do mercado ultrapassar 50 %, mas a quota de mercado combinada dos cinco maiores fornecedores (RC5) seja inferior a 50 %. Sempre que tanto o RC5 como a quota do mercado abrangido pela distribuição selectiva ultrapassarem 50 %, a apreciação pode variar consoante os cinco maiores fornecedores apliquem ou não a distribuição selectiva. Quanto mais forte for a posição dos concorrentes que não aplicam a distribuição selectiva, menos susceptível é de se verificar a exclusão de outros distribuidores. Se os cinco maiores fornecedores aplicarem a distribuição selectiva, podem em especial surgir preocupações em matéria de concorrência no que diz respeito aos acordos que aplicam critérios de selecção quantitativos através da limitação directa do número de representantes autorizados. As condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º são em geral pouco susceptíveis de serem satisfeitas se os sistemas de distribuição selectiva em questão impedirem o acesso ao mercado a novos distribuidores capazes de venderem os produtos em questão de forma adequada, especialmente os que praticam reduções, limitando desta forma a distribuição em benefício de certos canais existentes e em detrimento dos consumidores finais. Formas mais indirectas de distribuição selectiva quantitativa, resultantes por exemplo da combinação de critérios de selecção puramente qualitativos com o requisito imposto aos representantes de atingirem um montante mínimo de compras anuais, são menos susceptíveis de produzirem efeitos líquidos negativos se tal montante não representar uma parte significativa do volume de negócios total do representante alcançado com o tipo de produtos em questão e não ultrapassar o estritamente necessário para que o fornecedor recupere os seus investimentos específicos de uma relação e/ou realize economias de escala na distribuição. Quanto às contribuições individuais, um fornecedor com uma quota de mercado inferior a 5 % não é em geral considerado como contribuindo significativamente para um efeito cumulativo.
- (190) Os «obstáculos à entrada» são particularmente importantes no caso de encerramento do mercado aos representantes não autorizados. Em geral, os obstáculos à entrada serão significativos, uma vez que a distribuição selectiva é normalmente aplicada por fabricantes de produtos de marca. Levará em geral algum tempo e envolverá investimentos consideráveis até que os retalhistas excluídos lancem as suas próprias marcas ou obtenham fornecimentos em condições concorrenciais.
- (191) O «poder de compra» pode aumentar o risco de colusão entre representantes, alterando assim de uma forma considerável a análise de eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição selectiva. A exclusão dos retalhistas mais eficientes do mercado pode em especial resultar, nos casos em que uma forte organização de representantes imponha critérios de selecção ao fornecedor destinados a limitar a distribuição em proveito dos seus membros.

- (192) A alínea c) do artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria prevê que o fornecedor não pode impor uma obrigação aos representantes autorizados, directa ou indirectamente, de não venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes. Esta condição destina-se especificamente a evitar uma colusão horizontal a fim de excluir determinadas marcas através da criação de um clube selectivo de marcas por parte de fornecedores líderes. É pouco provável que este tipo de obrigação seja objecto de isenção, quando o RC5 é igual ou superior a 50 %, a menos que nenhum dos fornecedores que impõe uma obrigação desse tipo pertença aos cinco maiores fornecedores do mercado.
- (193) A exclusão de outros fornecedores não constitui normalmente um problema, desde que possam utilizar os mesmos distribuidores, ou seja, desde que o sistema de distribuição selectiva não seja combinado com a marca única. No caso de uma rede densa de distribuidores autorizados ou no caso de um efeito cumulativo, a combinação de distribuição selectiva e de uma obrigação de não concorrência pode constituir um risco de exclusão de outros fornecedores e exigir a aplicação dos princípios estabelecidos relativos à marca única. No caso de a distribuição selectiva não ser combinada com uma obrigação de não concorrência, a exclusão de fornecedores concorrentes do mercado pode continuar a constituir um problema, quando os fornecedores líderes apliquem não só critérios de selecção puramente qualitativos, mas também imponham aos seus representantes certas obrigações adicionais, tais como a obrigação de reservar um espaço de prateleira mínimo para os seus produtos ou de garantir que as vendas dos seus produtos pelo representante atinjam uma percentagem mínima do volume de negócios total do representante. É pouco provável que tal problema se coloque se a quota do mercado abrangido pela distribuição selectiva for inferior a 50 % ou, no caso de este rácio de cobertura ser ultrapassado, se a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores for inferior a 50 %.
- (194) A «maturidade do mercado» é importante, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas e uma eventual exclusão de fornecedores ou representantes podem constituir um grave problema num mercado maduro, mas é menos relevante num mercado com uma procura crescente, alterações tecnológicas e mudanças nas posições de mercado.
- (195) A distribuição selectiva pode ser eficiente quando conduz a poupanças nos custos logísticos devido a economias de escala no transporte e tal pode acontecer independentemente da natureza do produto (eficiência 6). Contudo, trata-se normalmente apenas de uma eficiência marginal nos sistemas de distribuição selectiva. Para ajudar a resolver o problema do «parasitismo» entre os distribuidores (eficiência 1) ou para ajudar a criar uma imagem de marca (eficiência 8) a natureza do produto é muito relevante. Em geral, é o que acontece em relação aos novos produtos, aos produtos complexos, aos produtos em que as qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos à experiência) ou os produtos em que as qualidades continuam a ser difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). A combinação de distribuição selectiva e distribuição exclusiva é susceptível de infringir o artigo 81.º se for aplicada por um fornecedor cuja quota de mercado ultrapasse 30 % ou no caso de efeitos cumulativos, mesmo que as vendas activas entre os territórios permaneçam livres. Essa combinação pode excepcionalmente satisfazer as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, se for indispensável para proteger investimentos substanciais e específicos de uma relação realizados pelos representantes autorizados (eficiência 4).
- (196) Para garantir que é escolhida a restrição menos anticoncorrencial, é importante verificar se as mesmas eficiências podem ser obtidas com custos comparáveis, mediante, por exemplo, meras obrigações ao nível dos serviços.
- (197) Exemplo de distribuição selectiva quantitativa
- Num mercado de produtos de consumo duradouros, o líder de mercado (marca A), com uma quota de mercado de 35 %, vende o seu produto aos consumidores finais através de uma rede de distribuição selectiva. Existem vários critérios para a admissão na rede: o estabelecimento deve empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-venda, existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do produto e produtos de alta tecnologia semelhantes e o estabelecimento deve vender uma vasta gama de modelos do fornecedor e dispô-los de uma forma atractiva. Para além disso, o número de retalhistas admissíveis na rede é directamente limitado através da fixação de um número máximo de retalhistas por número de habitantes em cada província ou zona urbana. O produtor A tem seis concorrentes neste mercado. Os seus maiores concorrentes, B, C e D têm quotas de mercado de respectivamente 25 %, 15 % e 10 %, enquanto os outros produtores têm quotas de mercado mais pequenas. A é o único produtor a utilizar a distribuição selectiva. Os distribuidores selectivos da marca A dispõem sempre de algumas marcas concorrentes. Contudo, as marcas concorrentes são também amplamente vendidas em estabelecimentos não membros da rede de distribuição selectiva de A. Os canais de distribuição são vários: por exemplo, as marcas B e C são vendidas na maior parte dos estabelecimentos seleccionados de A, mas igualmente noutros estabelecimentos que fornecem um serviço de elevada qualidade e em hipermercados. A marca D é principalmente vendida em estabelecimentos com uma elevada qualidade de serviço. A tecnologia está a evoluir bastante rapidamente neste mercado e os principais fornecedores mantêm uma forte imagem de qualidade em relação aos seus produtos através da publicidade.

Neste mercado, o rácio de cobertura da distribuição selectiva é de 35 %. A concorrência intermarcas não é directamente afectada pelo sistema de distribuição selectiva de A. A concorrência intramarcas em relação à marca A pode ser reduzida, mas os consumidores têm acesso aos retalhistas com um serviço reduzido/preços reduzidos para as marcas B e C, que têm uma imagem de qualidade comparável à da marca A. Por outro lado, o acesso a retalhistas de outras marcas com uma elevada qualidade de serviço não é excluído, uma vez que não existe qualquer limite na capacidade de os distribuidores seleccionados venderem marcas concorrentes e uma vez que a limitação quantitativa do número de retalhistas da marca A deixa disponíveis outros retalhistas com uma elevada qualidade de serviço para distribuírem marcas concorrentes. Neste caso, tendo em conta os requisitos a nível do serviço e as eficiências que estes poderão proporcionar bem como o efeito limitado na concorrência intramarcas, são susceptíveis de estarem satisfeitas as condições para ser concedida uma isenção à rede de distribuição selectiva de A.

(198) Exemplo de distribuição selectiva com efeito cumulativo

Num mercado de um determinado artigo desportivo, existem sete fabricantes, cujas quotas de mercado são: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % e 7 % respectivamente. Os cinco principais fabricantes distribuem os seus produtos através da distribuição selectiva quantitativa, embora os dois mais pequenos utilizem sistemas de distribuição diferentes, o que dá origem a um rácio de cobertura de 81%. Os critérios para admissão nas redes de distribuição selectiva são significativamente uniformes entre os fabricantes: os estabelecimentos devem empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-vendas, deve existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do artigo e é especificada a dimensão mínima desta zona. O estabelecimento deve vender uma vasta gama da marca em questão e dispor o artigo de forma atractiva, deve estar situado numa rua comercial, e este tipo de artigo deve representar pelo menos 30 % do volume de negócios total do estabelecimento. Em geral, o mesmo representante é designado distribuidor selectivo para as cinco marcas. As duas marcas que não utilizam a distribuição selectiva vendem normalmente através de retalhistas menos especializados com níveis de serviço inferiores. O mercado é estável, quer a nível da oferta quer a nível da procura, e existe uma forte imagem de marca e diferenciação do produto. Os cinco líderes de mercado têm imagens de marca fortes, adquiridas através da publicidade e do patrocínio, enquanto os dois fabricantes mais pequenos têm uma estratégia de produtos mais baratos, sem qualquer imagem de marca forte.

Neste mercado, é negado o acesso das empresas que efectuem descontos de preços às cinco marcas líder. Na realidade, a exigência de que a venda deste tipo de artigos represente pelo menos 30 % da actividade dos

representantes e os critérios relativos à apresentação do produto e à prestação de serviços pré-venda excluem da rede de representantes autorizados a maior parte dos que efectuem descontos de preços. Por conseguinte, os consumidores não têm qualquer outra opção se não comprar as cinco marcas líder em estabelecimentos com um elevado serviço/elevado preço. Tal conduz a uma redução da concorrência intermarcas entre as cinco marcas líder. O facto de as duas marcas mais pequenas poderem ser compradas em estabelecimentos com um serviço inferior/preço reduzido não compensa completamente esta situação, devido ao facto de a imagem de marca dos cinco líderes de mercado ser muito superior. A concorrência intermarcas é igualmente limitada através da representação múltipla. Apesar de existir um certo grau de concorrência intramarcas e do número de retalhistas não ser directamente limitado, os critérios de admissão são suficientemente restritos para conduzir a um pequeno número de retalhistas das cinco marcas líder em cada território.

As eficiências associadas a estes sistemas de distribuição selectiva quantitativa são reduzidas: o produto não é muito complexo e não justifica um tal serviço de elevada qualidade. A não ser que os fabricantes possam provar que existem eficiências claras associadas à sua rede de distribuição selectiva, é provável que a isenção por categoria não se verifique devido aos seus efeitos cumulativos que dão origem a uma escolha reduzida e a preços mais elevados para os consumidores.

2.5. Acordos de franquia

(199) Os acordos de franquia contêm o licenciamento de direitos de propriedade intelectual relativos em especial a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador presta normalmente ao franqueado durante o prazo do acordo assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objecto da franquia. Ao franqueador que concede a licença é em geral paga uma franquia ou *royalty* pelo franqueado para a utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem proporcionar ao franqueador a possibilidade de criar com investimentos limitados uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Para além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia, normalmente incluem uma combinação de diferentes restrições verticais, ou seja, distribuição selectiva e/ou obrigação de não concorrência e/ou distribuição exclusiva ou as suas formas mais atenuadas.

(200) A cobertura pelo Regulamento de Isenção por Categoria do licenciamento de direitos de propriedade intelectual incluído em acordos de franquia é abordada nos n.ºs 23 a 45. Quanto às restrições verticais relativas à compra, venda e revenda de bens e serviços no âmbito de um acordo de franquia, tais como distribuição selectiva, obrigação de não concorrência ou distribuição exclusiva, o Regulamento de Isenção por

Categoria é aplicável até um limiar de quota de mercado de 30 % para o franqueador ou o fornecedor por este designado⁽¹⁾. As orientações fornecidas anteriormente no que diz respeito a estes tipos de restrições são aplicáveis igualmente aos acordos de franquias, sem prejuízo das seguintes observações específicas:

- 1) Em conformidade com a regra geral 8 (ver n.º 119), quanto mais importante é a transferência do saber-fazer, mais facilmente as restrições verticais satisfazem as condições de isenção.
- 2) Uma obrigação de não concorrência relativa aos bens ou serviços adquiridos pelo franqueado não é abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando a obrigação é necessária para manter a identidade comum e a reputação da rede franqueada. Nesses casos, também é irrelevante a duração da obrigação de não concorrência ao abrigo do n.º 1 do artigo 81.º, desde que não exceda a duração do próprio acordo de franquia.

(201) Exemplo de acordo de franquia

Um fabricante desenvolveu um novo conceito para vender rebuçados e outros doces nas denominadas «fun shops», em que estes podem ser especialmente coloridos a pedido do consumidor. O fabricante de doces desenvolveu igualmente a maquinaria para os colorir e produz igualmente os líquidos corantes. A qualidade e frescura do líquido é de importância vital para a produção de bons rebuçados e outros doces. O fabricante teve grande êxito com os seus rebuçados e outros doces através de uma série de estabelecimentos retalhistas próprios, que funcionam todos com a mesma designação comercial e com uma apresentação uniforme (estilo de disposição dos estabelecimentos, publicidade comum, etc.). A fim de expandir as vendas, o fabricante deu início a um sistema de franquia. Os franqueados são obrigados a comprar ao fabricante os rebuçados e outros doces, o líquido e a máquina corante, a ter a mesma apresentação e a trabalhar sob a mesma designação comercial, a pagar uma franquia, a contribuir para a publicidade comum e a garantir a confidencialidade do manual de instruções preparado pelo franqueador. Para além dos franqueados serem apenas autorizados a vender nas instalações designadas, apenas são autorizados a vender aos clientes finais ou a outros franqueados, não lhes sendo permitido vender outros rebuçados ou doces. O franqueador tem a obrigação de não designar outro franqueado nem explorar ele próprio um estabelecimento retalhista num determinado território contratual. O franqueador tem igualmente a obrigação de atualizar e desenvolver ainda mais os seus produtos, a apresentação comercial e o manual de instruções e a disponibilizar estes melhoramentos a todos os franqueados retalhistas. Os acordos de franquia são concluídos por um período de 10 anos.

Os retalhistas de rebuçados e outros doces compram estes produtos num mercado nacional quer aos produtores nacionais que satisfazem os gostos nacionais quer junto de grossistas que os importam de produtores estrangeiros, para além de venderem igualmente produtos dos fabricantes nacionais. Neste mercado, os produtos do franqueador estão em concorrência com outras marcas de rebuçados e doces. O franqueador tem uma quota de 30 % no mercado dos rebuçados e doces vendidos a retalhistas. A concorrência é exercida por parte de uma série de marcas nacionais e internacionais, por vezes fabricadas por grandes empresas de produtos alimentares diversificados. Existem muitos (potenciais) pontos de venda de rebuçados e outros doces, tais como tabacarias, estabelecimentos de produtos alimentares, cafés e estabelecimentos especializados em doces. No mercado das máquinas de coloração de produtos alimentares a quota do franqueador é inferior a 10 %.

A maior parte das obrigações incluídas nos acordos de franquia pode ser considerada necessária para proteger os direitos de propriedade intelectual ou manter a identidade comum e a reputação da rede de franquia e não é abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. As restrições à venda por parte dos franqueados (cláusula de localização e distribuição selectiva) proporcionam um incentivo aos franqueados para investirem na máquina de coloração e no conceito de franquia e, se não forem necessárias para esse fim, pelo menos ajudam a manter a identidade comum, compensando assim a eliminação da concorrência intramarcas. A cláusula de não concorrência que exclui outras marcas de rebuçados e doces dos estabelecimentos durante a totalidade da duração dos acordos permite que o franqueador mantenha a uniformidade dos estabelecimentos e impede os concorrentes de beneficiarem da sua designação comercial. Não conduz a qualquer encerramento grave do mercado, tendo em conta o grande número de (potenciais) estabelecimentos à disposição dos outros produtores de rebuçados e doces. Os acordos de franquia deste franqueador são susceptíveis de satisfazer as condições de isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º na medida em que as obrigações neles incluídas forem abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º

2.6. **Fornecimento exclusivo**

- (202) O fornecimento exclusivo, tal como definido na alínea c) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é a forma extrema de distribuição limitada na medida em que diz respeito ao limite do número de compradores: no acordo é especificado que existe apenas um comprador na Comunidade ao qual o fornecedor pode vender um determinado produto final. Em relação aos bens e serviços intermédios, o fornecimento exclusivo implica que exista apenas um comprador na Comunidade ou que exista apenas um comprador na Comunidade para uma utilização específica. Para os bens ou serviços intermédios, o fornecimento exclusivo é frequentemente denominado fornecimento industrial.

(1) Ver igualmente os n.ºs 89 a 95 em especial o n.º 95.

- (203) O fornecimento exclusivo, tal como definido na alínea c) do artigo 1.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é isento até uma quota de mercado do comprador de 30 %, mesmo que combinado com outras restrições verticais não graves, tais como uma obrigação de não concorrência. Acima do limiar da quota de mercado são dadas as seguintes orientações para a apreciação do fornecimento exclusivo em casos individuais.
- (204) O principal risco do fornecimento exclusivo a nível da concorrência é principalmente o da exclusão de outros compradores. A quota de mercado do comprador no mercado de aquisições a montante é obviamente importante para a avaliação da capacidade de o comprador «impor» o fornecimento exclusivo, que exclui outros compradores do acesso aos fornecimentos. A importância do comprador no mercado a jusante constitui contudo o factor determinante para apreciar se existe um problema de concorrência. Se o comprador não tem qualquer poder de mercado a jusante, não se poderão esperar quaisquer efeitos negativos consideráveis para os consumidores. Esses efeitos negativos podem contudo prever-se quando a quota do comprador no mercado do fornecimento a jusante bem como no mercado de aquisições a montante ultrapassa 30 %. No caso de a quota do comprador no mercado a montante não ultrapassar 30 %, os efeitos significativos de encerramento podem ainda verificar-se, especialmente quando a quota do comprador no seu mercado a jusante ultrapassa 30 %. Nesses casos, pode ser necessária a verificação negativa da isenção por categoria. Quando uma empresa está em posição dominante no mercado a jusante, qualquer obrigação de só fornecer ou fornecer principalmente os produtos ao comprador dominante pode facilmente ter efeitos anticoncorrenciais importantes.
- (205) Não é apenas «a posição do comprador no mercado» a montante e a jusante que é importante, mas igualmente a medida e a duração em que é aplicável uma obrigação de fornecimento exclusivo. Quanto maior for a sua quota de mercado subordinada, e maior a duração do fornecimento exclusivo, mais provável é que o encerramento seja significativo. Os acordos de fornecimento exclusivo inferiores a 5 anos concluídos por empresas não dominantes exigem normalmente um equilíbrio entre efeitos pró-concorrenciais e anti-concorrenciais, enquanto os acordos superiores a cinco anos não são, em relação à maior parte dos investimentos, considerados necessários para obter as alegadas eficiências ou as eficiências não são suficientes para compensar o efeito de encerramento desses acordos de fornecimento exclusivo a longo prazo.
- (206) «A posição dos compradores concorrentes no mercado a montante» é importante, uma vez que é provável que os compradores concorrentes sejam excluídos por razões anticoncorrenciais, ou seja, para aumentar os seus custos, se forem significativamente mais baixos do que os custos do comprador responsável pela exclusão. A exclusão de compradores concorrentes não é muito provável no caso de estes concorrentes terem um poder de compra semelhante e poderem oferecer aos fornecedores possibilidades de vendas semelhantes. Nesse caso, só se poderá verificar uma exclusão de candidatos potenciais que não sejam capazes de garantir fornecimentos seguros quando uma série de compradores importantes concluir contratos de fornecimento exclusivo com a maior parte dos fornecedores no mercado. Esse efeito cumulativo pode conduzir à não aplicação do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria.
- (207) «Os obstáculos à entrada no mercado» a nível dos fornecedores são relevantes para determinar se existe um encerramento efectivo. Na medida em que seja eficiente para os compradores concorrentes fornecerem eles próprios os bens ou serviços através de uma integração vertical a montante, é pouco provável que o encerramento constitua um problema real. Contudo, existem frequentemente obstáculos significativos à entrada.
- (208) «O poder de compensação dos fornecedores» é relevante, uma vez que fornecedores importantes não serão facilmente afastados de compradores eficientes alternativos. O encerramento constitui por conseguinte principalmente um risco no caso de fornecedores fracos e compradores fortes. No caso de fornecedores fortes, verifica-se o fornecimento exclusivo em conjugação com a obrigação de não concorrência. A combinação com a obrigação de não concorrência faz intervir as regras desenvolvidas para a marca única. No caso de existirem investimentos específicos de uma relação dos dois lados (problema da captividade), a combinação de fornecimento exclusivo e de obrigação de não concorrência, isto é, exclusividade recíproca em acordos de fornecimento industrial é normalmente justificada até ao nível da posição dominante.
- (209) Por último, «o nível do comércio e a natureza do produto» são relevantes para a questão do encerramento. Este é menos susceptível de ocorrer no caso de um produto intermédio ou quando o produto é homogéneo. Em primeiro lugar, um fabricante excluído que necessite do factor de produção tem normalmente mais flexibilidade para dar resposta à procura dos seus clientes do que um grossista/retalhista tem para responder à procura do consumidor final para quem as marcas podem representar um papel importante. Em segundo lugar, a perda de uma eventual fonte de fornecimento tem menos significado para os compradores excluídos em caso de produtos homogéneos do que no caso de um produto heterogéneo com diferentes categorias e qualidades.
- (210) No que diz respeito aos produtos intermédios homogéneos, os efeitos anticoncorrenciais são susceptíveis de ser objecto de isenção abaixo do nível de domínio. Quanto aos produtos de marca finais ou produtos intermédios diferenciados em que existem obstáculos à entrada no mercado, o fornecimento exclusivo pode ter efeitos anticoncorrenciais apreciáveis no caso de os compradores concorrentes serem relativamente pequenos em comparação com o comprador, mesmo que este não seja dominante no mercado a jusante.

(211) Quando são determinados efeitos anticoncorrenciais significativos, a questão de uma eventual isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º surge, desde que a empresa não tenha uma posição dominante. Podem prever-se eficiências no caso de um problema de «captividade» (pontos 4 e 5 do n.º 116), e isso é mais provável de acontecer em relação aos produtos intermédios do que em relação aos produtos finais. A verificação de outras eficiências é menos provável. Eventuais economias de escala na distribuição (ponto 6) não parecem susceptíveis de justificar o fornecimento exclusivo.

(212) No caso de um problema de «captividade» e ainda mais no caso de economias de escala na distribuição, a obrigação de venda de uma determinada quantidade imposta ao fornecedor, tal como requisitos de fornecimento mínimos, poderá com efeito constituir uma alternativa menos restritiva.

(213) Exemplo de fornecimento exclusivo

Num mercado de um determinado tipo de componentes (mercado do produto intermédio), o fornecedor A concorda com o comprador B em desenvolver, com o seu próprio saber-fazer e investimentos consideráveis em nova maquinaria e com a ajuda das especificações fornecidas pelo comprador B, uma versão diferente do componente. B terá de realizar investimentos consideráveis para incorporar o novo componente. É acordado que A fornecerá o novo produto apenas ao comprador B por um período de 5 anos a contar da data da primeira entrada no mercado. B é obrigado a comprar o novo produto exclusivamente a A durante o mesmo período de 5 anos. Tanto A como B podem continuar a vender e comprar, respectivamente, as outras versões do produto noutros pontos. A quota do comprador B no mercado dos componentes a montante e no mercado dos produtos finais a jusante é de 40 %. A quota de mercado do fornecedor do componente é de 35 %. Existem dois outros fornecedores de componentes com uma quota de mercado de cerca de 20 %-25 % e vários outros pequenos fornecedores.

O acordo, dados os investimentos consideráveis, é susceptível de satisfazer as condições para a concessão de uma isenção tendo em conta as eficiências e o efeito limitado de encerramento. Outros compradores são excluídos de uma determinada versão de um produto de um fornecedor com uma quota de mercado de 35 % e existem outros fornecedores de componentes que poderiam desenvolver novos produtos idênticos. O encerramento de parte da procura do comprador B a outros fornecedores limita-se a um máximo de 40 % do mercado.

(214) O fornecimento exclusivo baseia-se numa obrigação, directa ou indirecta imposta ao fornecedor de vender apenas a este comprador. A obrigação de venda de uma determinada quantidade por parte do fornecedor baseia-se em incentivos acordados entre o fornecedor e o comprador que fazem com que o primeiro

concentre as suas vendas (principalmente) junto de um único comprador. A obrigação de venda de uma determinada quantidade por parte do fornecedor pode ter em geral efeitos semelhantes, mas mais atenuados do que o fornecimento exclusivo. A apreciação da obrigação de venda de uma determinada quantidade dependerá do grau de exclusão de outros compradores no mercado a montante.

2.7. Subordinação

(215) Fala-se de subordinação quando o fornecedor condiciona a venda de um produto à compra de outro produto distinto por parte do fornecedor ou de alguém por ele nomeado. O primeiro produto é designado por produto subordinante e o segundo produto subordinado. Se a subordinação não for objectivamente justificada pela natureza dos produtos ou pela sua utilização comercial, tal prática pode constituir um abuso nos termos do artigo 82.º⁽¹⁾. O artigo 81.º pode ser aplicável a acordos horizontais ou práticas concertadas entre fornecedores concorrentes a fim de condicionar a venda de produto à compra de outro produto distinto. A subordinação pode igualmente conduzir a uma restrição vertical abrangida pelo artigo 81.º, quando der origem a uma obrigação do tipo da marca única (ver n.ºs 138 a 160) no que se refere ao produto subordinado. As presentes Orientações tratam apenas desta última situação.

(216) O que deve ser considerado como um produto distinto é em primeiro lugar determinado pela procura dos compradores em geral. Dois produtos são distintos se, na ausência de subordinação, na perspectiva do comprador, estes produtos são por ele comprados em dois mercados diferentes. Por exemplo, uma vez que os clientes pretendem comprar sapatos com atacadores, torna-se um hábito comercial para os fabricantes fornecerem sapatos com atacadores. Por conseguinte, a venda de sapatos com atacadores não constitui uma prática subordinada. Frequentemente, essas combinações tornaram-se prática comum, uma vez que a natureza do produto torna tecnicamente difícil fornecer um produto sem o fornecimento do outro.

(217) O principal efeito negativo da subordinação na concorrência é o eventual encerramento do mercado do produto subordinado. Subordinação significa que existe pelo menos uma forma de obrigação de compra de uma determinada quantidade por parte do comprador no que se refere ao produto subordinado. Quando, além disso, é acordada uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinado, tal aumenta o eventual efeito de encerramento no mercado do produto subordinado. A subordinação pode igualmente conduzir a preços supracompetitivos, especialmente em três situações. Primeiro, quando o produto subordinante e o produto subordinado são parcialmente substituíveis para o comprador. Em

⁽¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no Processo C-333/94 P Tetrapak/Comissão [1996] Col. I-5951, ponto 37.

segundo lugar, quando a subordinação permite uma discriminação a nível dos preços consoante a utilização que o cliente faz do produto subordinante, por exemplo, a subordinação de cartuchos de tinta à venda de fotocopiadoras. Em terceiro lugar, quando em caso de contratos de longa duração ou no caso de mercados pós-venda de equipamentos originais que só serão substituídos a longo prazo, se torna difícil para os clientes calcularem as consequências da subordinação. Por último, a subordinação pode igualmente conduzir a maiores obstáculos à entrada quer no mercado do produto subordinante quer no mercado do produto subordinado.

- (218) A subordinação é isenta, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º, conjugado com o artigo 3.º do Regulamento de Isenção por Categoria quando a quota do fornecedor no mercado do produto subordinado e no mercado do produto subordinante não exceder 30 %. Pode ser combinada com outras restrições verticais, que não sejam graves, tais como obrigações de não concorrência ou de compra de uma determinada quantidade no que se refere ao produto subordinante ou a compra exclusiva. Acima do limiar da quota de mercado são dadas as seguintes orientações para a apreciação da subordinação em casos singulares.
- (219) A «posição do fornecedor no mercado» do produto subordinante é obviamente de grande importância para uma apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais. Em geral, este tipo de acordo é imposto pelo fornecedor. A importância do fornecedor no mercado do produto subordinante constitui a principal razão pela qual um comprador pode considerar difícil recusar uma obrigação de subordinação.
- (220) Para avaliar o poder de mercado do fornecedor é importante a «posição dos seus concorrentes no mercado» do produto subordinante. Desde que os seus concorrentes sejam suficientemente numerosos e fortes não são de prever quaisquer efeitos anticoncorrenciais, uma vez que os compradores dispõem de alternativas suficientes para adquirirem o produto subordinante sem o produto subordinado, a não ser que outros fornecedores apliquem um sistema de subordinação semelhante. Por outro lado, «os obstáculos à entrada no mercado do produto subordinante» são importantes para determinar a posição do fornecedor no mercado. Quando a subordinação é combinada com uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinante, tal reforça consideravelmente a posição do fornecedor.
- (221) O «poder de compra» é relevante, uma vez que compradores importantes não serão facilmente forçados a aceitar a subordinação sem obterem pelo menos parte das eventuais eficiências. Por conseguinte, a subordinação não baseada em eficiências constitui sobretudo um risco no caso de compradores que não possuam um poder de compra significativo.
- (222) Quando são detectados efeitos anticoncorrenciais consideráveis, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, desde que a empresa não se encontre em posição dominante. As obrigações de subordinação podem ajudar a produzir eficiências resultantes de produção ou de distribuição conjuntas. No caso de o produto subordinado não ser fabricado pelo fornecedor, pode igualmente surgir uma eficiência por parte do fornecedor que adquira grandes quantidades do produto subordinado. Para que a subordinação seja objecto de isenção deve contudo ser demonstrado que pelo menos parte destas reduções em termos de custos se repercutem no consumidor. A subordinação não é por conseguinte normalmente objecto de isenção, quando o retalhista consegue obter, numa base regular, fornecimentos dos mesmos produtos ou de produtos equivalentes em melhores condições ou condições idênticas às oferecidas pelo fornecedor que aplica a prática de subordinação. Pode existir uma outra eficiência quando a subordinação ajuda a garantir uma certa uniformidade e normalização em termos de qualidade (ver eficiência 8). Contudo, é preciso que seja demonstrado que os efeitos positivos não podem ser realizados da uma forma igualmente eficaz exigindo que o comprador utilize ou revenda produtos que satisfaçam normas mínimas de qualidade sem exigir que o comprador os adquira ao fornecedor ou a alguém por ele designado. Os requisitos relativos às normas mínimas de qualidade não serão normalmente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º Quando o fornecedor do produto subordinante impõe ao comprador os fornecedores a quem este deve adquirir o produto subordinado, por exemplo, devido ao facto de não ser possível a formulação das normas mínimas de qualidade, tal pode também não ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, especialmente quando o fornecedor do produto subordinante não obtém um benefício (financeiro) directo da designação dos fornecedores do produto subordinado.
- (223) O efeito de preços supracompetitivos é considerado em si mesmo anticoncorrencial. O efeito de encerramento depende da percentagem subordinada das vendas totais no mercado do produto subordinado. Quanto à questão do que possa ser considerado um encerramento considerável, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, pode ser aplicada a análise da marca única. Acima do limiar de quota de mercado 30 % é improvável a concessão de uma isenção à subordinação, a não ser que sejam repercutidas eficiências evidentes, pelo menos em parte, nos consumidores. É ainda menos provável a concessão de uma isenção, quando a subordinação é combinada com uma obrigação de não concorrência, quer no que se refere ao produto subordinado quer ao produto subordinante.
- (224) É provável a verificação negativa da isenção por categoria no caso de a subordinação não dar origem a quaisquer eficiências ou quando tais eficiências não são repercutidas no consumidor (ver n.º 222). A verificação negativa é igualmente provável no caso de efeito cumulativo, quando a maior parte dos fornecedores impõe acordos de subordinação semelhantes sem que as eventuais eficiências sejam transmitidas pelo menos em parte aos consumidores.

2.8. *Preços de revenda recomendados e máximos*

- (225) A prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo é — sem prejuízo das observações relativamente à manutenção dos preços de revenda constantes dos n.ºs 46 a 56 — abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado do fornecedor não ultrapassa o limiar de 30 %. Em relação aos casos superiores ao limiar da quota de mercado e aos casos de verificação negativa da isenção por categoria, são dadas as seguintes orientações.
- (226) Os eventuais riscos em termos de concorrência dos preços máximos e recomendados são em primeiro lugar que os preços máximos e recomendados funcionem como um ponto de referência para os revendedores e possam ser seguidos pela maior parte ou por todos eles. Um segundo risco em termos de concorrência é que os preços máximos e recomendados possam facilitar uma colusão entre fornecedores.
- (227) O factor mais importante para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais dos preços de revenda máximos ou recomendados é a «posição do fornecedor no mercado». Quanto mais forte for a posição do fornecedor no mercado, maior será o risco de que um preço de revenda máximo ou recomendado conduza a uma aplicação mais ou menos uniforme desse nível de preços por parte dos revendedores, uma vez que a podem usar como ponto de referência. Podem consi-

derar difícil desviar-se do que consideram ser o preço de revenda preferido proposto por um fornecedor importante no mercado. Nestas circunstâncias, a prática de impor um preço de revenda máximo ou recomendar um preço de revenda pode infringir o n.º 1 do artigo 81.º, se conduzir a um nível de preços uniforme.

- (228) O segundo factor mais importante para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais da prática de preços de revenda máximos ou recomendados é a «posição dos concorrentes no mercado». Especialmente num oligopólio estreito, a prática de utilizar ou publicar preços máximos ou recomendados pode facilitar a colusão entre os fornecedores através da troca de informações sobre o nível de preços preferidos e da redução da possibilidade de preços de revenda inferiores. A prática de impor um preço de revenda máximo ou recomendar preços de revenda que conduzam a esses efeitos que podem igualmente infringir o n.º 1 do artigo 81.º

2.9. *Outras restrições verticais*

- (229) As restrições verticais e combinações descritas são apenas uma amostragem. Existem outras restrições e combinações relativamente às quais não é dada no presente documento qualquer orientação directa. Serão contudo tratadas segundo os mesmos princípios, com a ajuda das mesmas regras de carácter geral e com o mesmo ênfase relativamente ao seu efeito no mercado.