

# **O Poder de Compra: A Abordagem da Comissão Europeia**

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES \*

## **Introdução**

A temática relativa à emergência e consolidação do poder de compra por parte da distribuição moderna tem sido objeto, nos últimas décadas, em inúmeros países europeus e a nível internacional, de múltiplas abordagens académicas, nomeadamente, nas áreas científicas da Economia, Gestão e Direito pelo facto de a mesma ter sofrido alterações recentes resultantes de formas inovadoras tanto ao nível da organização como ao nível da tecnologia.

Estas inovações na distribuição contribuíram de forma significativa para a alteração da correlação de forças entre a produção e distribuição moderna permitindo a esta impor as suas condições aos produtores nas relações comerciais.

A atenção relativamente ao poder de compra adensou-se nos últimos anos devido a fatores como o nível de concentração do setor do retalho em muitos países: os países Nórdicos, o Reino Unido, a Alemanha, a França e a Áustria; a tendência para o aumento dos preços e a preocupação de que o poder de compra crescente dos retalhistas ao longo da cadeia de abastecimento tenha contribuído para o aumento dos preços.

Os grandes distribuidores adquiriram poder de compra e de venda substanciais e o poder de compra tem-lhes conferido poder de venda significativo. Poder de compra e

---

**JURISMAT**, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 311-335. ISSN: 2182-6900.

\* Docente do ISMAT.

poder de venda reforçam-se simultaneamente permitindo aprofundar posições dominantes que poderão ser prejudiciais para o consumidor.

Neste artigo aborda-se a evolução da avaliação e consequências do poder de compra pela Comissão Europeia.

Apresenta-se a definição do poder de compra adotado e as suas consequências ao nível da concorrência.

Procura-se facultar uma síntese da abordagem do Direito da Concorrência da União Europeia ao poder de compra e salienta-se que os objetivos prosseguidos pelo mesmo contribuem de forma relevante para a impossibilidade do controlo efetivo do poder da Grande Distribuição.

Apresenta-se o debate atual sobre este tema, a nível da Comissão Europeia, que se centra nas relações comerciais entre a distribuição alimentar e os seus fornecedores e resulta das perspetivas geradas pela reforma da PAC (Política Agrícola Comum) de 2013 – a efetivar-se até 2013.

Procede-se a uma breve abordagem das medidas propostas pela Comissão Europeia no *Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e não Alimentar entre as Empresas na Europa*, em Janeiro de 2013. Com este Livro Verde a Comissão Europeia suscita um processo de consulta sobre a questão das práticas comerciais desleais na Europa, apresentando uma definição conceitual, sublinhando vários exemplos e abordando os potenciais efeitos das mesmas.

Conclui-se com a defesa de que as medidas apresentadas no Livro Verde pela CE devem ser adotadas a nível comunitário. Esta afirmação tem a sua génese na verificação de que um enquadramento comum promoveria a consolidação do mercado interno e induziria um efeito positivo generalizado sobre a economia da União Europeia.

## I Parte

### 1. Poder de Compra: definição e consequências ao nível da concorrência

O poder de compra é generalizadamente reconhecido como uma relação bilateral assimétrica entre retalhista e fornecedor, traduzindo-se na possibilidade de retalhistas líderes obterem dos fornecedores condições mais favoráveis do que as disponíveis para outros compradores ou que sejam expectáveis em condições normais de concorrência.<sup>1</sup>

Alguns exemplos de termos mais favoráveis são os preços baixos e descontos elevados, outras obrigações contratuais e benefícios financeiros (tal como descontos adicionais, pagamento pela colocação do produto no linear, descontos retroativos, contribuição para despesas do retalhista, cláusula do tratamento mais favorável, atribuição do risco ao fornecedor e descontos relacionados com as metas de venda e atrasos no pagamento).

A Comissão Europeia no contexto do seu Relatório preliminar sobre a cadeia de abastecimento alimentar, veio clarificar a sua posição relativamente ao fenómeno do poder de compra. Na sua perspectiva deve-se distinguir entre poder de negociação desigual (“*Unequal Bargaining Power*” ou UBP) e poder de compra. O UBP diz respeito a situações em que uma das partes o vendedor ou o comprador, consegue impor à outra termos e condições contratuais que são desfavoráveis à outra parte conduzindo em regra a negociações comerciais que parecem injustas, ou indesejáveis.

<sup>1</sup> Salienta-se contudo que não existe consenso na doutrina relativamente a este conceito. Mas em regra todas as definições envolvem os conceitos de monopsonio, poder de negociação, contra-poder (da oferta) refletindo os vários aspetos do mesmo problema. Cfr. P. DOBSON, R. CLARKE, STEPHEN DAVIES & M. WATERSON, *Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union*, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 1-3 (2001) pp. 247-281; CAN ERUTKU, *Buying Power and Strategic Interactions*, *Canadian Journal of Economics*, 38-4 (2005), pp. 1160-1172; ZHIQI CHEN, *Monopoly and Product Diversity: The Role of Retailer Countervailing Power*, *Carleton Economic Papers*, 04-19 (2004), pp. 1-25; ROMAN INDERST & CHRISTIAN WEY, *How Strong Buyers Spur Upstream Innovation*, *German Institute for Economic Research*, 2005; ROMAN INDERST & NICOLA MAZZAROTTO, *Buyer Power in Distribution*, in *Issues in Competition Law and Policy* (W. Dale Collins ed., 2008); OECD Policy Roundtables, *Buying Power of Multiproduct Retailers*. 1998; OECD Policy Roundtables, *Monopsony and Buyer Power*, 2008; A. POZDNAKOVA, *Buyer Power in the Retail Trading Sector: Evolving Latvian Regulation*, *European Competition Law Review*, 30-8 (2009), pp. 387-392. Para uma breve síntese das diversas teorias cfr. ZHIQI CHEN (2007), *Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy*, *Research in Law and Economics*, 22 (2007), pp. 17-40; e AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Relatório Final sobre as Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar, e os seus Fornecedores*, 2010, pp. 481-484. Disponível no endereço da Autoridade da Concorrência em 21 Maio 2011.

veis do ponto de vista social.<sup>2</sup> Apesar das diferentes estruturas competitivas do lado da oferta originarem diferentes conceitos de poder de compra, as várias definições envolvem quase sempre o conceito “termos de troca” em lugar de preços, enfatizando o facto de que os contratos entre fornecedores e retalhistas, regra geral, envolvem outras contrapartidas que não o preço (em alguns casos é possível traduzir essas contrapartidas num efeito preço).

A existência do poder de compra está reconhecida e é crescente quer por parte da ciência económica, quer por parte da ciência jurídica, a preocupação com os efeitos nefastos do mesmo.

O exercício do poder de monopólio produz um efeito pernicioso sobre o bem-estar social reduzindo a utilização eficiente das atividades produtivas o que, por sua vez, pode afetar a viabilidade concorrencial dos produtores e dos vendedores e desencorajar a entrada de novas empresas no mercado. Por outro lado, não é evidente que o desenvolvimento do poder de compra como resposta ao poder de venda seja invariavelmente benéfico a nível social. Quando os compradores adquirem também poder de venda o resultado poderá consistir num aumento dos preços para o consumidor. Quando o poder se encontra assimetricamente distribuído entre compradores devido por exemplo, a diferenças de dimensão, existem preocupações fundamentadas quanto à possibilidade de o detentor de maior poder negocial ser capaz de negociar descontos substanciais com os fornecedores comparativamente com os restantes compradores.<sup>3</sup>

Esta situação pode distorcer a natureza da concorrência a jusante, em que os custos mais reduzidos dos compradores fundamentais se transformam numa vantagem competitiva relativamente a outras empresas. No contexto do retalho, uma empresa dominante pode ser capaz de negociar descontos substanciais utilizando os mesmos, como meio de redução de preços do produto, com o objetivo de exercer o poder de venda no mercado de retalho. O poder de venda pode então ser utilizado para reduzir a concorrência atuando de uma forma predatória, ao forçar os pequenos retalhistas a saírem do mercado aumentando a quota de mercado da empresa predadora, e, consequentemente, reforçando a sua vantagem face aos restantes concorrentes.

Para o retalhista dominante, esta situação pode representar um círculo virtuoso em que uma vantagem de custo pode ser utilizada para aumentar a sua vantagem baseada na quota de mercado que por sua vez pode ser utilizada para a obtenção de uma vantagem de custo ainda maior relativamente aos concorrentes, mas, para os fornecedores e restantes retalhistas, gera-se uma situação de envolvimento num círculo vicioso.

<sup>2</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação CE relativa ao *Melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa*, COM (2009), 591 de 28 Outubro 2009.

<sup>3</sup> Cfr. OECD Policy Roundtables, *Buying Power of Multiproduct Retailers*. 1998.

Para os fornecedores, a concessão de um primeiro desconto a um comprador dominante traduz-se em facultar ao beneficiário, uma maior vantagem competitiva no seu mercado com um reforço consequente do poder negocial do mesmo, traduzido na imposição aos fornecedores, da concessão de descontos mais significativos.

Os outros retalhistas confrontam-se com a hipótese de declínio da sua posição concorrencial originada pela impossibilidade de negociação em condições idênticas. A médio prazo são inevitáveis as repercussões negativas sobre os seus lucros e capacidade de subsistência no mercado.

Embora se possa afirmar que o efeito em geral deste processo sobre os consumidores não é necessariamente negativo, ele pode indubitavelmente traduzir-se em prejuízo para o consumidor através da redução do leque de escolha de retalhistas que gera, assim como, no aumento dos preços se, o retalhista dominante que adota a estratégia em análise, estiver seguro de que não enfraquecerá a sua posição no mercado.

A nível comunitário, a questão do ‘poder de compra’ do retalho alimentar tornou-se num assunto relevante no contexto dos desenvolvimentos ocorridos na distribuição a retalho na União Europeia ao nível, nomeadamente, de alguns processos de concentração, quer de âmbito nacional, quer de âmbito comunitário.<sup>4</sup>

O poder de compra consubstancia-se numa relação bilateral entre fornecedor e distribuidor.

De facto, uma rede composta por estas relações está estabelecida entre retalhistas e fornecedores. Esta rede de relações verticais, sedimentada no poder de compra, pode ter efeitos sobre a transparência do mercado e a coordenação entre retalhistas: pode facilitar a troca de informação e representar um mecanismo para a adoção de políticas comuns sobre preços.

Uma fonte de assimetria entre o poder negocial dos produtores e dos distribuidores consiste no papel múltiplo desempenhado relativamente aos fornecedores uma vez que os retalhistas são clientes e podem utilizar o seu poder de compra mas igualmente concorrentes como fornecedor das marcas próprias que ganharam dimensão através dos mercados Europeus. Assim, as marcas secundárias são substituídas pelas

<sup>4</sup> EUROPEAN COMMISSION, Case No. IV/M.784, Kesko/Tuko, Decision 97/277/EC, 1997, OJ (L 110). EUROPEAN COMMISSION, Case No. IV/M.1221, Rewe/Meinl, Decision 99/674/EC, 1999, OJ (L 274). EUROPEAN COMMISSION, Case No. COMP/M.1684, Carrefour/Promodes Art. 6 & Art. 9.º Decisions (Jan. 2000).

marcas próprias enquanto as marcas principais concorrem num contexto em que os retalhistas estão integrados com as marcas próprias e que tendem a favorece-los. Os distribuidores utilizam as marcas próprias para a obtenção de melhores condições comerciais dos fornecedores.<sup>5</sup>

Uma dificuldade que se suscita às autoridades responsáveis pela elaboração das orientações pelas quais se deve pautar a política da concorrência consiste na determinação de critérios, para a aferição em concreto, da existência e efeitos do exercício do poder de compra.

Outra complexa questão que se coloca à política da concorrência é a de como lidar com o poder de compra dos grandes retalhistas, especialmente quando ele não é exercido apenas no momento da negociação dos preços mas se reflete em toda uma série de contrapartidas contratuais muitas vezes consideradas desproporcionais e não justificadas.

## **2. Apreciação da aplicação do direito da concorrência da União Europeia às relações entre a produção e distribuição moderna**

Desde a década de 90 que Comissão Europeia conhece as consequências do poder da distribuição<sup>6</sup>. Este é claramente descrito no Livro Verde sobre as Restrições Verti-

<sup>5</sup> Para uma perspetiva dos efeitos concorrenciais das marcas próprias ou marcas do distribuidor vd. ROBERT L. STEINER, *The Nature and Benefits of National Brand/Private Label Competition*, Review of Industrial Organization, 24 (2004), pp. 105-127; ARIEL EZRACHI & ULF BERNITZ (eds.), *Private Labels, Brands and Competition Policy: The Changing Landscape of Retail Competition*, Oxford, OUP, 2009; VICTORIA DASKALOVA, *Private Labels (Own Brands) in the Grocery Sector: Competition Concerns and Treatment in EU Competition Law*, TILEC Discussion Paper, 002 (2012), disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1981958](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1981958); TERESA DA SILVA LOPES & PAUL DUGUID (eds.), *Trademarks, Brands and Competitiveness*, Londres, Routledge, 2010.

<sup>6</sup> O debate sobre as relações entre a produção e a distribuição no setor agroalimentar generalizou-se em meados da década de 90 do século passado a nível internacional e dos Estados-membros da UE. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA COM (96) 721 final; J. ACQUAVIVA, *La réforme du droit de la concurrence, Vers un nouvel équilibre des relations commerciales*, L'Actualité Fiduciaire, 1989, pp. 801-815; JEAN-YVES LE DÉAUT, *Rapport sur l'évolution de la distribution*, Paris, Assemblée Nationale, 2001; GEORGES BARDOU, *Les relations producteurs – distributeurs dans le système alimentaire français*, dissertação de doutoramento, Université de Montpellier, 1997; ULF BÖGE, *Retailer Buyer Power in German Competition Law*, MARGARET BLOOM, *Retailer Buyer Power*, P. G. H. COLLIN, *Retailer Buyer Power: Abusive Behavior and Mergers / Acquisitions*, J. LÜCKING, *Retailer Power in EC Competition Law*, P. REY, *Retailer Buying Power and Competition Policy*, in BARRY E. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Yonkers, Nova Iorque: Juris Pub., 2001; EDUARDO CARDADEIRO, *Teoria Económica e as “Modernas” Relações Produção-Distribuição*, Trabalho de Síntese - Provas de Aptidão Pedagógica e Capacidade Científica, Évora, Universidade de Évora, 1999; P.

cais,<sup>7</sup> em que reconhece expressamente a existência de uma dependência cada vez mais intensa, dos produtores da indústria alimentar relativamente aos distribuidores, para colocar os seus produtos no mercado.

“A redução da dimensão dos lineares, gera conflitos relativamente à possibilidade dos produtores colocarem novos produtos, vendo-se estes obrigados muitas vezes, a pagarem aos distribuidores, uma compensação monetária, ou cederem a imposições de regimes de descontos, que excedem a sua capacidade, para que os distribuidores coloquem os seus produtos em primeira ou segunda posição, não os substituindo por marcas próprias”.<sup>8</sup>

Mas, por outro lado também expressa a ideia de que a temática não será abrangida pela nova regulamentação relativa às restrições verticais.

A postura inicial da Comissão Europeia face aos efeitos anti competitivos do poder de compra encontra-se claramente expressa nos Relatórios da Conferência Europeia sobre a Concorrência de 1995. Do debate que decorreu nesta conferência infere-se que várias autoridades da concorrência consideram o poder de compra como uma questão real, cujo exercício produz resultados frequentemente inadmissíveis, mas não constitui uma prática cuja subsunção às noções tradicionais do direito comunitário da concorrência constitua tarefa simples.<sup>9</sup>

Segundo o relatório do Office of Fair Trading de 1998, a prevalência da doutrina de Galbraith forneceu às autoridades mais um argumento para a adoção de um comportamento baseado no *laissez faire*. De acordo com esta tese, numa situação de oligopólio bilateral será mais difícil para os vendedores manterem o preço acima do custo, se todas as outras condições se mantiverem iguais.<sup>10</sup>

---

DOBSON, M. WATERTON & A. CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, Research Paper n. 16, Office of Fair Trading, 1998; DIDIER FERRIER, *Droit de la Distribution*, Paris, LITEC, 1995; DIDIER FERRIER, *Le Déferencement d'un Fournisseur par une Centrale D'Achat*, Marselha, Presses Universitaires d'Aix, 1997, pp. 45-55; OECD Policy Roundtables, *Buying Power of Multiproduct Retailers*. 1998.

<sup>7</sup> COMISSÃO EUROPEIA - Livro Verde sobre as Restrições Verticais no âmbito da Política Comunitária da Concorrência, Bruxelas, 22 Janeiro 1997, COM (96), 7212 final.

<sup>8</sup> Comissão das Comunidades Europeias, (COM (96), 7212 final), p. 179.

<sup>9</sup> Cfr. C.D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 537-590; LOUIS VOGEL, *Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe*, *European Competition Law Review*, 19-1 (1998), pp. 4-11.

<sup>10</sup> Cfr. P. DOBSON, M. WATERTON & A. CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, Research Paper n. 16, Office of Fair Trading, 1998. Para uma completa percepção da teoria, vd. J. GALBRAITH, *Fundamental Characteristics of the American Economy - Degrees of Competition, of Monopoly, and of Countervailing Power; Theoretical Significance: Countervailing Power*, American Economic Association, 1954, pp. 1-6; T. VON UNGERN-STERNBERG, *Countervailing Power Revisited*, *International Journal of Industrial Organiza-*

Apenas uma interpretação e aplicação das normas jurídicas, essencialmente fundamentada no domínio estrito do direito da concorrência clássico, pode justificar a forma como o poder de compra tem sido perspetivado à luz do direito da Concorrência Comunitário. Corolário da referida interpretação é a importância conferida normalmente pelo Direito Comunitário da União Europeia, à quota de mercado detida pela empresa.<sup>11</sup> O sistema comunitário, essencialmente concebido para controlar o poder de mercado dos produtores, é dificilmente adaptável a um sistema de relações em que o poder se concentra a jusante do sistema produtivo.

Por outro lado, a viabilidade de o balanço económico previsto no artigo 101.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, vir a ser considerado positivo relativamente às operações da grande distribuição, implica necessariamente a adoção de uma perspetiva de longo prazo segundo a qual, a avaliação do bem-estar dos consumidores com a atuação da distribuição moderna, só poderá ser aferida através do utilização do critério - diminuição dos preços.

É difícil compreender no plano estrito do direito da concorrência o poder de compra uma vez que a teoria dos preços à qual ele se refere, não o conhece.

O normal funcionamento do mecanismo dos preços – encontro de uma oferta e uma procura, implica antes de tudo o controlo do poder de monopólio.

Na prática, a existência de um tal poder deduz-se da importância da parte de mercado que é detida pela empresa dominante.

Compreende-se assim que a grande distribuição seja uma má candidata à aplicação das regras da concorrência. Os grandes estabelecimentos que controlam, regra geral, apenas uma parte relativamente fraca do mercado de um grupo de produtos só muito excecionalmente estarão sujeitos à aplicação das normas comunitárias da concorrência.

Acresce que o comportamento dos grandes distribuidores, não parece *à priori*, contrário aos objetivos da concorrência, tal como eles são geralmente definidos (o que explica, pelo menos parcialmente, o sucesso relativo do Robinson-Patman Act nos Estados Unidos especialmente adotado em 1936, sem qualquer referência às regras

---

tion, 14-4 (1996), pp 507-519; Z. CHEN, *Dominant Retailers and Countervailing Power Hypothesis*, *Rand Journal of Economics*, 34 (2005), pp. 612-625; P.W. DOBSON & M. WATERSON, *Countervailing Power and Consumer Prices*, *The Economic Journal*, 107 (1997), pp. 418-430.

<sup>11</sup> Cf. P. KELLEZI, *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance and Economic Dependence*, 2007. Disponível em: [http://www.mll-legal.com/uploads/tx\\_x4epublication/07Kellezi\\_economic\\_dependence\\_08.pdf](http://www.mll-legal.com/uploads/tx_x4epublication/07Kellezi_economic_dependence_08.pdf)



clássicas do direito da concorrência, para proteger produtores e pequenos distribuidores contra o abuso da grande distribuição). São também estes objetivos que estão na gênese da ineficácia relativa das normas jurídicas específicas adotadas por alguns Estados europeus com o objetivo de controlar a utilização abusiva do estado de dependência económica.<sup>12</sup>

Para a doutrina dominante, a obtenção de prémios pela colocação dos produtos nos lineares, de reduções e de vantagens diversas relativamente aos produtores e o desenvolvimento das marcas dos distribuidores contribuem, pelo contrário, para o crescimento do lucro global dos consumidores pondo no final à sua disposição produtos menos caros e mais numerosos. A intervenção contra tais comportamentos constituiria um atentado contra as finalidades da concorrência.

Contudo, o balanço do comportamento da grande distribuição está longe de ser positivo.

No mercado a jusante, a redução dos custos de distribuição e as guerras tarifárias às quais se dedicam certos grandes distribuidores, geraram inevitavelmente uma redução dos custos de certos bens. Mas, simultaneamente, as marcas dos distribuidores atenuam a possibilidade de escolha oferecidas aos consumidores e a termo, provavelmente, a qualidade dos produtos.

No mercado a montante, a diminuição do lucro dos produtores devido ao processo de concentração dos mesmos, gerará uma banalização da oferta de produtos. Surge como provável, um cenário em que produtores cada vez menos numerosos proporão produtos cada vez menos diversificados, tornando-se o fator preço a única determinante da diferenciação entre os produtos.

Por outro lado, a tese que defende que se deve deslocar a tónica da análise do poder de venda, para o poder de compra pode constituir teoricamente, uma forma provisória de enquadramento mais adequado (mas que não resolve todos os complexos problemas emergentes) e conseqüente possibilidade de estabelecimento de um maior equilíbrio nas relações entre a produção e a distribuição. Esta tese tem subjacente a teoria segundo a qual, a atividade principal das empresas distribuidoras é a de prestação de serviços e não a de compradora de produtos. Com efeito, os grupos de distribuição podem ter uma posição dominante na oferta de certos serviços aos fabricantes como o acesso aos lineares e aos topos de gôndola. Se as condições exigidas pelos grupos impedirem o acesso ao mercado estar-se-á perante um abuso. O acesso ao mercado por parte do produtor está dependente da compra dos serviços em diver-

<sup>12</sup> LOUIS VOGEL, *Droit de la concurrence et puissance d'achat: Plaidoyer pour un changement*, La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires, 50 (1997), pp. 517-522.

dos tipos de superfícies comerciais. Se as ofertas da distribuição pelas várias insígnias não forem substituíveis, a recusa de um distribuidor em prestar esse serviço poder gerar uma situação em que o produtor não tenha alternativa para atingir os mesmos clientes. A recusa de continuação de acesso aos lineares, a topos de gôndola, a prática de descontos e de preços injustificados exigidos a título de cooperação comercial poderia ser subsumível a uma recusa de venda.

A concentração do sector da distribuição, situação que despoletou a alteração da correlação de forças entre a produção e a distribuição e consequências inerentes, justificada essencialmente pela necessidade de mobilizar capitais importantes e realizar economias de escala, particularmente no campo logístico, deve-se atualmente a três razões distintas:

- concentração da propriedade por via da concentração, da aquisição ou tomada de participação;
- centralização do poder de decisão através da criação de centrais de compra reagrupando os aprovisionamentos dos diferentes distribuidores;
- integração vertical devido ao desenvolvimento das marcas dos distribuidores.

Por outro lado, a ótica de análise deve considerar que a concentração ocorre ao nível de centrais de compras e não apenas ao nível de estabelecimento.

Finalmente, a explosão das marcas do distribuidor deve ser analisada como um fenómeno de concentração vertical dado que o distribuidor vende sob o seu nome, os produtos cujo fabrico é confiado em subcontratação a um produtor.

A fundamentação da inação relativa das autoridades de controlo das práticas restritivas da concorrência tem residido em razões filosóficas e técnicas.

A ideologia subjacente à concorrência clássica implica numa ótica filosófica, a apreciação exclusivamente em termos de eficiência económica e de bem-estar do consumidor, da escalada do poder da grande distribuição. Sob esta perspectiva, ela aparece como um fator positivo: gera a redução dos custos de transporte, de prospeção do mercado e sobretudo, do preço de venda dos produtos.

Mas este aspeto quantitativo oculta implicações negativas para o consumidor, que se revelam com menos evidência tais como a banalização, o desaparecimento ou não desenvolvimento de numerosos produtos.

É pertinente ponderar se o efeito preço-positivo originado pelas marcas do distribuidor compensa efetivamente o efeito-diferenciação negativo.

Na realidade, os abusos de poder de compra, realizam-se, não em relação ao consumidor, mas em relação ao produtor, não no mercado a jusante, mas no mercado a montante.

O distribuidor não explora o seu poder de mercado, em detrimento dos consumidores, mas dos produtores. Ao induzir uma baixa de preços, com base na redução das quantidades oferecidas, o distribuidor obtém dos produtores reduções significativas de custo transferindo uma parte da sua margem para seu benefício. Não é o lucro global que está em causa, mas a distribuição do mesmo. Ora, tradicionalmente, esta questão não interessa ao Direito da Concorrência.

Esta perspetiva foi claramente exposta pelo Conselho da Concorrência Francês ao afirmar que: mesmo se os atos e práticas abusivas mencionados, originassem transferências injustificadas dos recursos dos produtores, para os distribuidores, cujo poder de compra aumentou, por via do processo de concentração, e, por mais preocupantes que possam ser essas transferências, num situação institucional e económica, caracterizada por uma tendência para o desenvolvimento de operações de concentração na distribuição, estes acordos e práticas não podem se qualificados como abusivos face às regras da concorrência, seja sobre o mercado dos produtos em causa, seja entre o distribuidor, que beneficiou dessas transferências e os outros distribuidores.<sup>13</sup>

Cumpra sublinhar que regra geral, o direito comunitário e europeu da concorrência, jamais conceberam as finalidades do direito da concorrência em termos de eficiência pura.

Neste contexto, importa referir que, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos jurídicos em que a concorrência ainda é apresentada como condição indispensável para a prossecução dos objetivos económicos e sociais da comunidade politicamente organizada, não cedendo perante quaisquer valores, no espaço comunitário a situação é diversa.

A concorrência não se constitui como objetivo radical mas sim como instrumento de realização dos objetivos do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia podendo ceder perante outros princípios, valores e políticas. Assim, há que procurar o sentido ou os vários sentidos para as normas da concorrência no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, tarefa que terá que ser necessariamente realizada por referência aos objetivos do próprio Tratado.

O preâmbulo do Tratado de Roma CE<sup>14</sup> referia desde logo muitos objetivos para além do da eficiência económica como a política social, a paz e a liberdade. Para

<sup>13</sup> JCO, 1997, éd. E, n.º 50.

<sup>14</sup> O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, aprovado pelo Tratado de Lisboa, substi-

proteger as pequenas empresas que são menos eficientes pode ser necessário controlar o comportamento das empresas que exercem poder sobre os preços.<sup>15</sup>

Sendo a livre concorrência erigida “...em pilar da construção europeia, tal significa (...) não só que as normas da concorrência têm os mesmos objetivos que o próprio Tratado mas ainda que os objetivos do Tratado de Roma não devem em princípio sacrificar os valores da livre concorrência”.<sup>16</sup>

Esta afirmação, mantém plena atualidade com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, atualidade especialmente evidenciada pelo artigo 3.º do Tratado da União Europeia e demonstra a dificuldade em traçar um objetivo único para as normas da concorrência da União Europeia. O objetivo pode em abstrato ser a defesa da concorrência como valor *a se*, a eficiência económica, a defesa dos consumidores, a proteção do comércio e indústria comunitária, a inovação e investigação tecnológicas. Não existem soluções unívocas podendo mesmo dizer-se que nenhuma destas hipóteses está à partida afastada. Assim, Wish defende que se a função exclusiva do direito da concorrência fosse a maximização do bem-estar do consumidor através da alocação mais eficiente dos recursos e a redução o mais ampla possível dos custos, a formulação e aplicação das normas jurídicas seria relativamente simples.<sup>17</sup> Mas, os objetivos do direito da concorrência podem ser a proteção do consumidor, a redistribuição (a promoção da equidade económica em vez da eficiência económica), a proteção dos concorrentes (perspetiva que defende que o direito da concorrência deve ser interpretado de forma a proteger as pequenas empresas do poder dos rivais

---

tuiu o então Tratado CE (Tratado que institui as Comunidades Europeias, tal como aprovado pelo Tratado de Roma).

<sup>15</sup> V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 6.

<sup>16</sup> M.M.T.F.G. HENRIQUES CUNHA, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia à Franquia da Distribuição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 129.

<sup>17</sup> RICHARD WHISH, *Competition Law*, Londres, Butterworths Law, 2000, p. 51. ALISTAIR LINDSAY & ALISON BERRIDGE verificam ser surpreendente a necessidade de fixar os objetivos prosseguidos pelo Direito da Concorrência Comunitário quando se procede à análise de uma concentração. Os autores concluem que se o direito da concorrência deve ser aplicado de forma coerente, os seus objetivos deviam ser claros. Os autores consideram objetivos prosseguidos pelo Direito da Concorrência Comunitário o bem-estar do consumidor, o bem-estar global e a eficiência; vd. *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 1-2. JOHN B. KIRKWOOD, ao proceder à análise dos objetivos do direito da concorrência americano, sublinha que os objetivos do direito da concorrência continuam a ser objeto de debate porque não existe um único objetivo que tenha validade absoluta. O autor refere que existe um objetivo que prevalece atualmente: a proteção dos consumidores e pequenos fornecedores da conduta anti concorrencial, conduta que cria poder de mercado, transfere bem-estar dos consumidores e dos pequenos fornecedores, e falha na tarefa de lhes facultar os benefícios compensatórios. Este objetivo é agora considerado pela maioria dos tribunais. Vd. *The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anti Competitive Conduct*, Fordham Law Review, 81 (2013), p. 24.

mais poderosos), embora o autor suscite a questão pertinente de saber se é apropriado no novo milênio manter esta abordagem.

Urge sublinhar que, em 2012, Wish, no início da sua obra, ao referir os objetivos prosseguidos pelo Direito da Concorrência sublinha desde logo que nos últimos anos muitas autoridades sublinham a importância central do bem-estar do consumidor quando da aplicação do direito da concorrência.

Contudo, o autor considera e sublinha que muitos e diversos objetivos têm sido prosseguidos em nome do direito da concorrência ao longo dos anos. Em seguida o autor enuncia, explícita e releva objetivos como a proteção do consumidor, a redistribuição e a proteção dos concorrentes.<sup>18</sup>

No atual cenário de crise as atividades económicas na União Europeia geram a necessidade de as autoridades da concorrência tomarem em consideração questões de política industrial e social no momento da aplicação das regras da concorrência suscitando novamente o debate acerca do tipo de benefício apto a ultrapassar os efeitos anti concorrenciais das condutas privadas.<sup>19</sup>

Desde que a Comissão Europeia adotou uma abordagem mais económica do Direito da Concorrência da União Europeia, é considerado que apenas as eficiências económicas são capazes de ultrapassar o dano à concorrência. O Tribunal de Justiça, contudo, mantém a sua doutrina tradicional no sentido de as regras de concorrência deverem ser interpretadas à luz dos objetivos do Tratado no seu conjunto e considera ainda outros benefícios políticos ao abrigo do artigo 101.º n.º 3.<sup>20</sup>

Contudo, a Comissão Europeia é perentória: O direito da concorrência da UE visa contribuir para a criação e a manutenção do mercado único e reforçar o bem-estar dos consumidores.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Cfr. RICHARD WHISH & DAVID BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 19-24.

<sup>19</sup> Cfr. ANNE C. WITT, *Public Policy Goals under EU Competition Law, Now is the Time to Set the House in Order*, *European Competition Journal*, 8-3 (2012), p. 443.

<sup>20</sup> Cfr. H. BUCH-HANSEN & ANGELA WIGGER, *Revisiting 50 years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy*, *Review of International Political Economy*, 17-1 (2010), p. 4. Para uma perspetiva da evolução da política da concorrência e dos objetivos prosseguidos pela mesma, numa abordagem moderna, vd. ROBERT H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with It Self*, Nova Iorque, The Free Press, 1978; e ROBERT H. LANDE, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal*, 34-1 (1982), pp. 65-151. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2065413](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2065413)

<sup>21</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre a política de concorrência de 2010*, COM (2011) 328, final, ponto 9.

Existe também uma justificação técnica para o resultado decepcionante da aplicação das regras da concorrência às atividades da distribuição. As regras do direito da concorrência comunitário foram concebidas para controlar o mercado dos produtores, pelo que não parecem adaptadas ao controlo do fenómeno do poder de compra. É esta a razão pela qual certos Estados - membros, em particular a Alemanha e a França, adotaram regras específicas proibindo os abusos de dependência económica. As autoridades de controlo fazem face a grandes dificuldades, para sancionar os abusos de poder de compra, com as regras clássicas do Direito da Concorrência.

A *entente* entre produtor e distribuidor, é difícil de estabelecer, porque não existe um verdadeiro concurso de vontades, quando o distribuidor obtém do produtor, vantagens induzidas, lhe impõe reduções de preços, ou exige prémios pela colocação de produtos nos lineares.

Para desencadear o processo de proibição é necessário também provar a ocorrência de uma discriminação, não sendo suficiente a prova de que uma condição imposta é anti concorrencial.

Ora o tratamento preferencial de que beneficia um distribuidor, será justificado, quer porque é beneficiado por contrapartidas artificiais, seja porque provocara uma situação de alinhamento dos seus concorrentes que formularão solicitações similares junto dos fornecedores.

Finalmente, mesmo que a discriminação fique provada, ela não é por si só, suficiente para acionar os mecanismos de interdição, na medida em que somente os acordos suficientemente generalizados podem produzir um efeito anti concorrencial no mercado.

Efetivamente, a utilização das regras estruturais, não constitui tarefa mais fácil. Os distribuidores, como já referimos, por mais importantes que sejam, raramente se encontram em posição para dominar um mercado de um grupo de produtos, porque a sua vocação é precisamente a de vender uma multiplicidade de produtos substituíveis ou complementares.

Estando ausente a condição de domínio, as regras relativas à exploração abusiva de uma posição dominante, ou ao controlo de concentrações, não são aplicáveis às grandes empresas de distribuição, a não ser em hipóteses marginais.

Constitui uma via mais eficaz, a que propõe duas formas que geram um controlo eficaz do poder de compra:

- medir de forma mais precisa o poder de mercado dos distribuidores sobre o mercado a jusante;

- deslocar o controlo que tem visado essencialmente o mercado a jusante, para o mercado a montante.

Na medição de forma mais adequada do poder de mercado dos distribuidores sobre o mercado a jusante é necessário começar por considerar que o poder de mercado de uma empresa mede-se pela sua capacidade de elevar os seus preços acima do custo marginal e depende estreitamente, segundo a análise tradicional, da existência ou não de produtos substituíveis. Ora o modo de comercialização, é um elemento determinante da substituíbilidade dos produtos.

Dois produtos de características físicas similares podem tornar-se imperfeitamente substituíveis, se forem comercializados em situações diferentes.

Da mesma forma, determinado estabelecimento de distribuição aos quais os consumidores estão ligados, poderá aumentar os preços dos produtos, sem que a clientela necessariamente recorra aos seus concorrentes. Na realidade, a elasticidade da procura face ao distribuidor é diferente daquela face ao produto dependendo a percepção dos consumidores também, das características do quadro de venda e da natureza dos outros produtos complementares ou substituíveis, que são oferecidos simultaneamente e podem ser objeto de compras agrupadas.<sup>22</sup>

Relativamente à necessidade de deslocar o controlo do mercado a jusante para o mercado a montante é necessário mais do que o reconhecimento por parte das autoridades da concorrência de que a estrutura da concorrência pode ser afetada no mercado a montante. Impõe-se a elaboração de uma doutrina que viabilize um controlo adequado o que não sucedeu até ao momento.

## II Parte

### 1. A perspetiva atual da Comissão Europeia: as relações comerciais entre a produção e a distribuição moderna – considerações gerais

Uma parte significativa do debate atual, a nível da Comissão Europeia centra-se nas relações comerciais entre a distribuição alimentar e os seus fornecedores e resulta das perspetivas geradas pela reforma da PAC (Política Agrícola Comum) de 2013 – a efetivar-se até 2013 – agravadas, em parte, pelo período de forte volatilidade dos preços internacionais de diversos produtos base do sector alimentar, observado no triénio de 2006 2008. Neste contexto, tem-se verificado a diminuição

<sup>22</sup> Cfr. M. FÁTIMA CABRITA MENDES, *Relações Produção-Distribuição no Sistema Agroalimentar em Portugal*, Dissertação de Doutoramento, Faro, Universidade do Algarve, 2004, pp. 41-54.

de incentivos à produção, que têm suscitado preocupações de diversos quadrantes.<sup>23</sup>

“A reforma da PAC poderá tornar alguns mercados agrícolas, específicos determinados Estados Membros, mais permeáveis – ao nível dos preços, capacidade produtiva, incentivos à produção e/ou condições de venda – ao poder de compra crescente dos distribuidores e à forma como este influencia o funcionamento dos mercados de aprovisionamento. Paralelamente, a evolução dos preços dos bens alimentares, os diferenciais entre os preços ao produtor e os preços ao consumidor associado a um conjunto de práticas comerciais seguidas pela grande distribuição alimentar, e as diversas questões ao nível da produção, aprovisionamento e distribuição de produtos alimentares, têm vindo a preocupar as instâncias comunitárias, nomeadamente, o Parlamento Europeu e a Comissão. Assim, em Dezembro de 2008, a CE publicou um relatório intercalar sobre *Preços dos géneros alimentícios na Europa*”.<sup>24</sup>

A Comissão identifica graves desequilíbrios na cadeia de abastecimento alimentar, nomeadamente: “abusos do poder de compra dominante; cláusulas contratuais abusivas; atrasos nos pagamentos; modificações unilaterais dos contratos; restrições no acesso ao mercado; falta de informação sobre a formação dos preços; repartição desequilibrada das margens de lucro ao longo da cadeia alimentar; bem como uma série de problemas ligados ao aumento da concentração no setor retalhista; tendo estabelecido um roteiro que identifica as orientações chave para as ações políticas a tomar”.<sup>25</sup>

Em Outubro de 2009, numa Comunicação relativa ao “*Melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa*”,<sup>26</sup> a Comissão refere que um dos objetivos do seu trabalho foi compreender através do contacto direto com os operadores económicos e as autoridades da Concorrência se se detetavam práticas numa análise casuística que fossem suscetíveis de gerar preocupações numa perspetiva de

<sup>23</sup> As preocupações com as relações comerciais entre a distribuição e seus fornecedores refletem-se em documentos e posições relativamente recentes das Instituições Internacionais, salientando-se as seguintes: A Rede Internacional da Concorrência, na Conferência Anual de Quioto em Abril de 2008 apresentou um programa especial com apresentações (questionários dos Estados membros) e debates sobre “abuso de posições negociais relevantes”. Salienta-se a importância do Encontro da UNCTAD sobre Abuso de Dominância em que houve um encontro do Grupo de Peritos Intergovernamental sobre Direito e Política da Concorrência em Genebra em Julho de 2008. A OCDE participou nesse debate através da publicação de H.K. NORDAS, M. GELOSO GROSSO & E. PINALI, *Market Structure in the Distribution Sector and Merchandise Trade*, OECD Trade Policy Papers, n. 68, 2008.

<sup>24</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, Outubro 2010, p. 475. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA COM CE (2008) 821 final de 9 Dezembro 2008.

<sup>25</sup> Cfr. Resolução do Parlamento Europeu de 19 de janeiro de 2012 sobre os desequilíbrios da cadeia de abastecimento alimentar (C2013/c227/E/03).

<sup>26</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, COM (2009) 591, de 28 Outubro 2009.



Direito Comunitário da Concorrência (gerando efeitos adversos sobre a concorrência e o bem estar do consumidor).

A Comissão salienta as práticas originadas pelos retalhistas e propõe um roteiro para melhorar o funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar constituído por medidas de que destacamos as mais relacionadas com a temática em análise.

As medidas consubstanciam-se em:

- Promover o funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar através da adoção de uma política pró ativa da concorrência que aperfeiçoe a eficiência da cadeia de abastecimento alimentar;
- Garantir a aplicação rigorosa e coerente, por parte da Comissão Europeia e das autoridades nacionais, da legislação no domínio da concorrência e da proteção dos consumidores, aos mercados de abastecimento alimentar;
- A revisão nacional e /ou comunitária, consoante a necessidade, de regulamentação potencialmente problemática para o funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar;
- Promover o funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar através da adoção de uma política pró ativa da concorrência que melhorará a eficiência da cadeia de abastecimento alimentar

“Mais recentemente, em Julho de 2010 a CE publicou o *Relatório de monitorização do mercado de retalho*, em linha com a nova abordagem de monitorização do mercado preconizada na Comunicação de 2007 sobre *Um mercado único para a Europa do século XXI*. A Comissão identificou três prioridades transversais comuns a toda a cadeia de abastecimento alimentar a serem prosseguidas pelos diferentes Estados Membros. As prioridades incidem sobre: a promoção das relações sustentáveis e baseadas no mercado entre as partes interessadas da cadeia de abastecimento alimentar, o aumento da transparência ao longo da cadeia para incentivar a concorrência e aumentar a sua resistência à volatilidade dos preços, e a promoção da integração e a competitividade da cadeia europeia de abastecimento alimentar em todos os Estados Membros.”<sup>27</sup>

A forte expansão dos grandes distribuidores face ao comércio tradicional e aos fornecedores foi motivo da implementação de diversas regulamentações no sector a fim de promover algum reequilíbrio de forças de mercado entre estes operadores.

<sup>27</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, 2010, p. 6.

## **2. O Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e não Alimentar entre as Empresas na Europa**

A alteração no poder de negociação entre fornecedores e distribuidores originou às seguintes práticas:

- práticas que são consideradas como violando o direito da concorrência, como a proibição de abuso de posição dominante;
- práticas que violam outras leis que promovem relações injustas nas relações comerciais como as práticas de pagamento injusto, em particular no que se refere aos produtores e pequenas e médias empresas;
- práticas que parecem minar a concorrência e as relações negociais equitativas assim como bem estar - do consumidor e para as quais existe uma omissão legal.

As relações comerciais entre a Distribuição Moderna e os seus fornecedores é regulada a nível comunitário pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Algumas das práticas comerciais eventualmente identificáveis como problemáticas no âmbito das relações contratuais entre distribuidores e fornecedores poderão não revestir uma natureza que se coadune com a aplicação de legislação de defesa da concorrência, ou com legislação tendente à proteção /promoção de boas práticas comerciais.

As disposições presentes nos contratos celebrados entre a produção e a distribuição podem não ter por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência (artigo 101.º TFUE).

Por outro lado, é frequente não resultarem indícios da prática de uma exploração abusiva duma posição dominante, atendendo a que nenhuma das partes parece deter uma posição dominante no sentido legal e técnico do artigo 102.º TFUE.

Contudo, estas verificações não afastam o facto de um número significativo de contratos celebrados entre distribuidores e fornecedores revelar um desequilíbrio negocial entre as duas partes, com preponderância para os primeiros.

Para tentar solucionar os problemas emergentes das relações entre a produção e a Distribuição Moderna, a Comissão Europeia apresentou o *Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e não Alimentar entre as Empresas na Europa*.<sup>28</sup>

Com este Livro Verde a Comissão Europeia suscitou um processo de consulta sobre

<sup>28</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas 31.1.2013, COM (13) 37 final.

a questão das práticas comerciais desleais na Europa, avançando uma definição concetual, apontando vários exemplos e abordando os potenciais efeitos das mesmas. Nele refere, ainda, o facto de os enquadramentos legais nacionais serem fragmentados neste domínio, bem como a existência de mecanismos de resposta díspares entre os Estados-membros da UE, enunciando e explicitando diversos tipos de práticas comerciais desleais.

Paralelamente, a Comissão iniciou os trabalhos sobre a avaliação do impacto das diferentes opções para dar resposta ao problema das Práticas Comerciais Desleais (adiante designadas por PCD). A avaliação de impacto examinará igualmente em que medida este problema é suscetível de ser abordado a nível local ou se é necessária uma solução a nível da UE. Esta abordagem preservará os resultados obtidos pelo Fórum de Alto Nível no setor alimentar, examinando paralelamente todas as soluções eventuais, desde a autorregulamentação até à adoção de legislação. Nesta base, a Comissão proporá as próximas medidas adequadas no segundo semestre de 2013.

A Comissão considera práticas desleais as situações em que uma das partes contratantes por dispor uma posição de negociação mais forte, impõe unilateralmente condições à contraparte mais fraca, influenciando assim desmesuradamente a relação comercial para favorecer exclusivamente os seus próprios interesses económicos.<sup>29</sup>

A parte mais fraca pode não estar em situação de rejeitar essas condições desfavoráveis que lhe são impostas unilateralmente, por recear comprometer a celebração do contrato ou por temer a sua exclusão do mercado.

A definição de Práticas Comerciais Desleais incluída no documento, ao abranger a negociação précontratual, a fase de negociação contratual e a implementação do próprio contrato corresponde ao reconhecimento de que as mesmas podem ocorrer em qualquer estágio da cadeia de abastecimento.

O conceito de PCD proposto no Livro Verde abrange todas as práticas excessivas e abusivas que resultam de situações de desigualdade negocial, em particular quando uma das partes tem reduzidas alternativas no acesso ao mercado, como frequentemente ocorre relativamente aos fornecedores da Grande Distribuição.

Os resultados dos estudos e dos inquéritos efetuados indicam que as PCD são consideradas como uma prática generalizada ao longo da cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre as empresas em muitos Estados-Membros da UE.

Além disso, foram identificados os diferentes tipos de PCD ou questões conexas.

<sup>29</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas 31.1.2013, COM (13) 37 final, p. 6.

Estas são descritas pela Comissão de forma pormenorizada, juntamente com as eventuais práticas equitativas que poderiam contribuir para supri-las. Os tipos de práticas comerciais indicados são as seguintes: cláusulas contratuais ambíguas, ausência de contratos escritos, alterações contratuais ambíguas, alterações contratuais com efeito retroativo, transfêrencia abusiva de riscos comerciais, utilização abusiva das informações, cessação abusiva de uma relação comercial e restrições em matéria de abastecimento.

“Com efeito, as PCD registam-se com elevada frequência. Registam-se ao longo da cadeia de abastecimento são especialmente frequentes no relação entre produtores ou industriais e os operadores do retalho e outros tipos de centrais de compra, situação que se tem vindo a agravar, como refere o Livro Verde, com a expansão das marcas próprias dos retalhistas e com a evolução do sector retalhista de produtos alimentares e não alimentares, em direção a um modelo em que a grande maioria dos retalhistas fornece gamas de produtos alimentares, bens de consumo e outros produtos no âmbito da mesma estrutura de gestão condições idênticas, limitando o acesso dos produtos aos lineares e promovendo, através de mecanismos de utilização de informação confidencial, de subsidiação cruzada e aplicação de margens discriminatórias, a penalização dos produtos independentes relativamente aos seus próprios produtos”.<sup>30</sup>

Contudo, o registo de PCD em produtos não alimentares apresenta fortes similitudes com o que se verifica nos produtos alimentares seja relativamente à fase em que se verificam seja no que concerne à tipologia correspondente seja em relação ao impacto e sobre a estrutura económica e financeira das empresas

As PCD podem ter efeitos nefastos para a economia da UE e, nomeadamente, a nível da cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre empresas. Tais práticas podem afetar a capacidade de investimento e de inovação das empresas, em particular das PME. Além disso, a existência de regras nacionais fragmentadas pode constituir um obstáculo adicional ao abastecimento e à distribuição transfronteiras no mercado único.

No que se refere à fase de negociação e celebração dos contratos de entre as várias PCD que ocorrem, sublinha-se as cláusulas que impõem um prazo de pagamento extremamente dilatado e as que consagram imposição de condições de encomenda e transferência de riscos vg. as devoluções por deficiente reposição. Entre estas práticas, figuram a não prestação de informações suficientes sobre as cláusulas contratuais, exigência de pagamentos por bens ou serviços destituídos de qualquer valor

<sup>30</sup> Contributo da Centro-Marca – Resposta ao Questionário Incluído no Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e não alimentar entre as Empresas na Europa, 25 de Março de 2013.

para o contratante, alteração das condições contratuais de forma unilateral ou retroativa, exigência de pagamento por serviços fictícios ou impedir os contratantes de se abastecerem em outros Estados-Membros, o que resulta na fragmentação territorial do mercado único.

Na fase pós contratual as PCD mais relevantes consubstanciam-se na aplicação de descontos retroativos, realização de ações de promoção com desconhecimento do produtor e a realização de ações de promoção que têm subjacente a venda com prejuízo.

No que se refere aos consumidores os mesmos são afetados por ocorrer uma diminuição do sortido de produtos e pelas limitações à inovação. O resultado final consubstancia-se em efeitos de curto prazo na adoção de vendas com prejuízos e efeitos de longo prazo em que a redução do sortido gera um aumento dos preços finais.

Essas restrições, em termos de abastecimento transfronteiras, são suscetíveis de conduzir a preços discriminatórios em função do país em que o comprador se encontra estabelecido. “Em consequência, os consumidores são negativamente afetados por preços mais elevados e um leque de produtos mais restritos”.<sup>31</sup>

“A Comissão reconhece a dificuldade em erigir um um enquadramento jurídico eficaz para regular estas práticas ao referir ‘a parte mais fraca recebe, muitas vezes, que seja posto termo à relação comercial na eventualidade de quaisquer queixas da sua parte’. Por exemplo, afigura-se que 87% dos fornecedores não tomam quaisquer medidas para além de procederem a uma discussão com o seu cliente. Quase dois terços (65%) destes fornecedores não tomam medidas por recearem represálias e 50% manifestam dúvidas quanto à eficácia do sistema de recurso. Recentemente, quase todos os fornecedores e produtores convidados a comparecer perante a comissão parlamentar irlandesa responsável pelas relações entre os fornecedores e os retalhistas no mercado de produtos alimentares na Irlanda para discutirem as suas ligações com os retalhistas recusaram o convite. A fim de recolher as informações necessárias, o Comité optou por contactos diretos, numa base confidencial”.<sup>32</sup>

O receio de represálias comerciais a que acresce “a diminuição de opções alternativas ao nível dos mercados nacionais é um dos fatores geradores da multiplicação de práticas comerciais desleais, a dimensão diminuta das denúncias destas práticas e à inerente dificuldade de atuação das autoridades competentes em cada um dos Estados-Membros”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas 31.1.2013, COM (13) 37 final, p. 23.

<sup>32</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas 31.1.2013, COM (13) 37 final, p. 8.

<sup>33</sup> COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas 31.1.2013, COM (13) 37 final.

Os responsáveis pela aplicação da lei devem ter o dever de impor uma atuação preventiva e dispor de poderes de investigação, incluindo o direito de iniciar ações *ex officio*, bem como a obrigação de aceitarem denúncias obrigatórias. Esta atuação contribuirá visivelmente para limitar comportamentos desleais e impor sanções céleres e dissuasoras minimizando os efeitos das PCD sobre os operadores penalizados pelas mesmas.

Apesar do caráter abrangente das práticas enunciadas e descritas pela Comissão Europeia e de o Livro Verde constituir um trabalho rigoroso, estas medidas não abrangem a problemática da marca do distribuidor.

A venda em escala dos produtos com marca própria origina a possibilidade de venda de produtos de marca a um preço mais reduzido. A estratégia prosseguida com a adoção por parte dos distribuidores da marca do distribuidor consubstancia-se no aumento da lealdade do consumidor a determinadas marcas. As marcas do distribuidor tornam as empresas produtoras em empresas anónimas e previnem a consolidação de uma relação direta com o consumidor. Assim os retalhistas de grande dimensão tornam as empresas produtoras substituíveis aumentando a sua posição dominante.

Quando as marcas do distribuidor são produzidas por produtores de marca, os grandes distribuidores são simultaneamente clientes essenciais e concorrentes diretos dos produtores de marca. Este problema intensifica-se sobretudo quando as marcas do distribuidor são sistematicamente mais baratas.

Esta situação origina a possibilidade de os grandes distribuidores utilizarem a sua vantagem resultante do controlo do acesso aos canais de distribuição e onde podem abusar do seu poder de mercado.

Conforme as cadeias da grande distribuição controlam todas as fases da produção e design das marcas próprias eles representam para todos os fins e objetivos acordos integrados verticalmente. Os pequenos retalhistas estão em desvantagem pela ausência de recurso a acordos de produção integrados.

Assim e de acordo com a Comissão Europeia, as marcas do distribuidor podem originar “a restrição num estabelecimento comercial da concorrência intramarca”,<sup>34</sup> quando o poder de compra representa um abuso de posição dominante.

<sup>34</sup> L. BUKEVICIUTTE, A. DIERX & F. ILZKOVITZ, *The functioning of the food supply chain and its effects on food prices in the European Union*, Bruxelas, Occasional Papers n. 47, European Commission, 2009, p. 32.

Na ótica dos consumidores, as marcas próprias podem induzir a redução do número de produtos colocado nos lineares, limitando assim a escolha do consumidor.

A utilização crescente dos produtos de marca própria pelos retalhistas pode levar à exclusão dos fornecedores concorrentes.

Por outro lado, quando a utilização de marcas próprias gera uma competição acrescida com os produtos de marca ocorre a redução da vendas e das margens de lucro dos produtos de marca suscitando-se a possibilidade de inviabilidade de investimento em inovação.

Segundo a Autoridade da Concorrência, “a comercialização de marcas próprias pode aumentar substancialmente o poder de compra do retalhista e, simultaneamente, gerar distorções significativas na concorrência de três formas, a saber através da capacidade que os grandes distribuidores têm de explorar a sua dupla condição de compradores e concorrentes dos produtos de marca; de concorrência “desleal” mediante o uso e eventualmente abuso de estratégias de “look-alike”; e do potencial de crescimento de marcas próprias para reduzir a concorrência entre retalhistas”.<sup>35</sup>

Pensamos que a eficácia da adoção de medidas relativamente às práticas desleais comerciais depende da implementação por parte da União Europeia de um enquadramento jurídico aplicável às práticas descritas.

No que se refere às PDC enunciadas no Livro Verde consideramos que a experiência nos diversos Estados membros poderia constituir uma boa base para dar início a uma resposta por parte da União Europeia

A Comissão poderia determinar em que Estados-membros a temática é abordada de forma mais eficaz e adoptar as regras dos países em causa, a nível comunitário. Medidas ou regras comuns podem evitar duplicações de regulamentações e facultar um modelo jurídico para os Estados-membros.

Uma ampla investigação poderia constituir a base para que a união Europeia identificasse soluções amplas. Assim poderiam ser adotadas medidas de forma a assegurar que o mercado retalhista europeu não crie, coletivamente, barreiras à entrada ou à expansão dos pequenos retalhistas ou grossistas e a pequenas empresas alimentares através do exercício do poder de compra.

A consagração de um enquadramento jurídico mínimo por parte da União Europeia é necessário igualmente como instrumento dissuasor da realocação ou compra por

<sup>35</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, Outubro de 2010, p. 490.

parte dos grandes distribuidores em países cuja legislação relativa ao poder de compra é pouco eficaz ou mesmo inexistente, com o objetivo de ganhar vantagem competitiva. Assim, operar no mercado interno torna-se um privilégio para alguns destes operadores económicos em detrimento dos outros operadores.

Um enquadramento comum evitaria a contínua fragmentação do mercado dos produtos alimentares e não alimentares, promoveria a consolidação do mercado interno e induziria um efeito positivo generalizado sobre a economia da União Europeia.

### **Em conclusão**

A temática relativa à emergência e consolidação do poder de compra por parte da distribuição moderna tem sido objeto, nos últimas décadas, em inúmeros países europeus e a nível internacional, de múltiplas abordagens académicas pelo facto de a mesma ter sofrido alterações recentes resultantes de formas inovadoras tanto ao nível da organização como ao nível da tecnologia.

Estas inovações na distribuição contribuíram de forma significativa para a alteração da correlação de forças entre a produção e distribuição permitindo a esta impor as suas condições aos produtores nas relações comerciais.

Consideramos que o direito da concorrência comunitário, essencialmente concebido para controlar o poder de mercado dos produtores, é dificilmente adaptável a um sistema de relações em que o poder se concentra a jusante do sistema produtivo.

A ideologia subjacente à concorrência clássica implica numa ótica filosófica, a apreciação exclusivamente em termos de eficiência económica e de bem-estar do consumidor, da escalada do poder da grande distribuição. Sob esta perspetiva, ela aparece como um fator positivo: gera a redução dos custos de transporte, de prospeção do mercado e sobretudo, do preço de venda dos produtos.

Cumpra sublinhar que regra geral, o direito comunitário e europeu da concorrência, jamais conceberam as finalidades do direito da concorrência em termos de eficiência pura.

O objetivo prosseguido pela política da concorrência pode em abstrato ser a defesa da concorrência como valor *a se*, a eficiência económica, a defesa dos consumidores, a proteção do comércio e indústria comunitárias, a inovação e investigação tecnológicas. Não existem soluções unívocas podendo mesmo dizer-se que nenhuma destas hipóteses está à partida afastada.



No atual cenário de crise, as atividades económicas na União Europeia geram a necessidade de as autoridades da concorrência tomarem em consideração questões de política industrial e social no momento da aplicação das regras da concorrência suscitando novamente o debate acerca do tipo de benefício apto a ultrapassar os efeitos anti concorrenciais das condutas privadas.

Para tentar solucionar os problemas mais graves emergentes das relações entre a produção e a distribuição Moderna, a Comissão Europeia apresentou o Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e não Alimentar entre as empresas na Europa em Janeiro de 2013.

Com este Livro Verde a Comissão Europeia suscita um processo de consulta sobre a questão das práticas comerciais desleais na Europa, avançando uma definição concetual, apontando vários exemplos e abordando os potenciais efeitos das mesmas. Nele refere, ainda, o facto de os enquadramentos legais nacionais serem fragmentados neste domínio, bem como a existência de mecanismos de resposta díspares entre os Estados-membros da EU suscitando a possibilidade de criação de um enquadramento comunitário.

Essas restrições, em termos de abastecimento transfronteiras, são suscetíveis de conduzir a preços discriminatórios em função do país em que o comprador se encontra estabelecido. Em consequência, os consumidores são negativamente afetados por preços mais elevados e um leque de produtos mais restritos.

Apesar do carácter abrangente das práticas enunciadas e descritas pela Comissão Europeia e de o Livro Verde constituir um trabalho rigoroso, estas medidas não abrangem a problemática da marca do distribuidor.

Pensamos que a eficácia da adoção de medidas relativamente a estas práticas depende da implementação por parte da União Europeia de um enquadramento jurídico aplicável às práticas descritas.

A consagração de um enquadramento jurídico mínimo por parte da União Europeia é necessário igualmente como instrumento dissuasor da realocação ou compra por parte dos grandes distribuidores em países cuja legislação relativa ao poder de compra é pouco eficaz ou mesmo inexistente, com o objetivo de ganhar vantagem competitiva.

Um enquadramento comum promoveria a consolidação do mercado interno e induziria um efeito positivo generalizado sobre a economia da União Europeia.