

# O PODER DE COMPRA E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA

*Paula Vaz Freire*

*ABSTRACT: According to Regulation (EU) 330/2010 market share threshold evaluation must consider both sellers' and buyers' market share. Vertical restraints driven by buyer power can generate negative effects on competition but can also have positive effects such as production efficiencies, innovation and investment. An economic balance analysis of buyer-driven vertical restraints must consider all those effects in order to determine the net impact on welfare.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Poder de compra: conceito, origem e critérios de aferição. 2. Restrições verticais determinadas pela procura. 3. Efeitos sobre o bem-estar. 3.1. Efeitos negativos. 3.2. Efeitos positivos. 4. Aplicabilidade do critério do balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura.

## INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 3.º do Regulamento 330/2010<sup>1</sup> estabelece-se uma presunção de legalidade dos acordos verticais quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam, cada uma delas, o limiar de 30%<sup>2</sup>. Presume-se, portanto, que, quando a quota de mercado não excede o referi-

---

1 Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. L102/1, 23.4.2010.

2 A quota de mercado do fornecedor é calculada com base no valor das vendas no mercado onde transaciona os produtos contratuais, e a quota de mercado do comprador é calculada com base no valor das compras no mercado onde adquire os referidos produtos (art. 7.º do Reg. 330/2010). Orientações relativas às restrições verticais, J. O. C 130, 19.5.2010, parágrafos (23), (86) a (95).

Considera-se que, em regra, os acordos entre empresas concorrentes com uma quota de mercado inferior a 15% não se encontram abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação de minimis, J.O. C 368, 22.12.2001).

do limiar de isenção, os acordos a que respeita o regulamento preenchem as condições previstas no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, sendo-lhes por isso inaplicável a proibição genérica contida no n.º 1 deste artigo.

O regulamento de isenção por categoria anteriormente aplicável ao mesmo tipo de acordos previa a aplicabilidade do benefício de isenção quando a quota de mercado do fornecedor não excedesse 30% do mercado relevante no qual este efetuasse a venda dos bens ou serviços contratuais<sup>3</sup>. Ainda no âmbito deste regime, a posição ocupada pelo comprador no mercado relevante somente deveria ser levada em conta nos acordos verticais contendo obrigações de fornecimento exclusivo prevendo-se, relativamente a estes, que o regulamento de isenção seria aplicável apenas quando a quota de mercado do comprador não fosse superior a 30% do mercado relevante de aquisição dos bens ou serviços contratuais<sup>4</sup>.

Em síntese, o novo regime jurídico evidencia a necessidade de analisar os efeitos associados aos acordos que contenham restrições verticais procedendo a uma ponderação tanto do poder de mercado do vendedor como do comprador.

A alteração ora introduzida reflete o reequacionar da ideia, inicialmente dominante, de que as restrições contratuais de âmbito vertical eram, em regra, impostas pela oferta, isto é, por poderosos produtores/fornecedores sobre agentes destituídos de poder de mercado situados a jusante. Com efeito, a constatação, cada vez mais frequente, da presença de poder de mercado do lado da procura (poder de compra), designadamente em determinados sectores de venda a retalho tais como a distribuição alimentar, tem orientado a doutrina para a análise dessas situações e chamado a atenção das instâncias de defesa da concorrência<sup>5</sup>, determinando alterações normativas neste domínio.

Neste contexto, importa perceber em que consiste o poder de mercado dos compradores, quais os fatores que estão na sua origem e, sobretudo, proceder a uma análise dos efeitos que o exercício desse poder gera sobre o bem-estar.

---

3 Artigo 3.º, n.º 1, 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, J.O. L 336/21, 29.12.1999.

4 Artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento (CE) N.º 2790/1999.

5 OCDE, 2009; UK Competition Commission, 2008; Autoridade da Concorrência, 2009.

## 1. PODER DE COMPRA: CONCEITO, ORIGEM E CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO

O poder de compra pode ser definido como a capacidade de um comprador fixar, com lucro, o preço abaixo do preço normal de venda do fornecedor ou obter termos de troca mais favoráveis do que os termos normais do fornecedor<sup>6</sup>. Trata-se, portanto, de alcançar condições, relativas ao preço ou de outros aspectos que não o preço, mais favoráveis do que aquelas que seriam expectáveis numa dada situação concorrencial. Isso significa que o exercício de poder de compra se pode traduzir na obtenção de preços mais baixos ou descontos, mas também que o comprador pode usar o respetivo poder negocial para impor restrições contratuais aos fornecedores (restrições verticais determinadas pela procura).

O poder de mercado por parte da procura pode ter origem na existência de um único comprador (monopsónio) ou um número limitado de compradores (oligopsónio). Na sua base também poderão estar acordos de compras através dos quais agentes de menores dimensões se agrupam a fim de reproduzirem os resultados obtidos em monopsónio. O poder de compra pode ainda assentar noutros fatores, tais como, a reputação do comprador no mercado a jusante.

Em virtude da estrutura de mercado do lado da procura, de acordos de compra ou de outros factores, os compradores detêm, portanto, a capacidade de, através da respetiva conduta, influenciarem o preço e/ou as condições da transação exercendo essa influência tanto sobre contextos de oferta concorrencial como em contextos de concorrência imperfeita do lado da oferta.

No primeiro caso, isto é, quando uma estrutura concorrencial do lado da oferta coexista com a ausência de atonicidade do lado da procura assiste-se ao exercício de poder de monopsónio ou de oligopsónio. Por seu turno, nos mercados caracterizados por estruturas concorrenciais imperfeitas, tanto do lado da oferta como do lado da procura, o exercício de poder de compra pode ser entendido como um contrapoder (poder de compensação) ao poder de

---

6 Cheng, 2007: 19; AdC, 2009: 100-101.

A análise do poder de compra começou por ser feita a partir das estruturas de monopsónio entendidas, nos seus efeitos, como uma simetria invertida do modelo de monopólio. Na atualidade, a teoria económica acolhe um conceito mais amplo de poder de compra entendido enquanto o poder negocial que um comprador exerce junto dos fornecedores, e que lhe permite obter condições de troca mais favoráveis. Também sobre o conceito e efeitos do poder de compra obtido em virtude de operações de concentração: Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. J. O. C 031, 05/02/2004, pp. 5-18, pontos 61 a 67.

mercado dos vendedores. Como é sabido, os incentivos à maximização de rendas impelem o monopolista ou os oligopolistas a praticarem preços acima dos custos marginais. Ora, os compradores com poder de mercado exercerão pressão para que aqueles diminuam os preços. Este abaixamento dos preços – que tem como limite o nível concorrencial de igualização do preço ao custo marginal – traduzir-se-á numa erosão das rendas monopolísticas e num aumento de bem-estar dos consumidores quando aquela redução é repercutida nos preços finais de venda<sup>7</sup>.

A determinação da presença de poder de compra faz-se, em regra, a partir de um critério quantitativo, isto é, atendendo à *quota de mercado*. No entanto, deve fazer-se um apuramento deste critério considerando diversos prismas, designadamente, (i) a quota de mercado de um comprador no total do mercado do produto; (ii) a quota de um comprador no total das vendas de um fornecedor; (iii) a quota de mercado de um comprador num dado mercado geográfico. Enquanto que a partir da primeira metodologia será possível realizar comparações entre diversos mercados nacionais, o recurso à segunda possibilitará determinar diferenças de poder de compra exercidas num mesmo mercado. Por seu turno, a análise do poder de compra num contexto geograficamente delimitado permitirá aferir em que medida o comprador funciona como uma porta de entrada no mercado, essencial para a comercialização dos produtos do fornecedor (efeito de “gatekeeper”)<sup>8</sup>.

A dimensão do comprador pode não ser o único critério de aferição da presença de poder de compra, devendo também ser tida em conta a *flexibilidade ou capacidade de adequação da estrutura produtiva do fornecedor*, a *natureza dos bens transacionados* e o *tipo de relações contratuais* em presença. Assim, se um fornecedor pode ajustar a sua produção de forma rápida e sem custos significativos em consequência da perda ou da alteração de um importante canal de escoamento não estaremos perante uma forma de exercício de poder de compra relevante para a configuração do ambiente concorrencial. O mesmo

---

7 A teoria do contrapoder da procura (countervailing power) de Galbraith assume que os preços mais baixos obtidos pelos grandes compradores nos mercados a montante se traduzem em preços também mais baixos praticados no mercado a jusante, designadamente, se este for concorrencial. Galbraith, 1952 e Galbraith, 1954.

8 Quando a concorrência é limitada numa dada área geográfica o comprador detém um importante “gatekeeping power” relativamente aos produtos do fornecedor, isto é, o poder de controlar o respetivo acesso ao mercado.

se dirá quanto se esteja em presença de relações contratuais de curto prazo ou que têm por objecto uma única transação pois, nestes casos, a substituição do comprador afigura-se mais facilitada. Inversamente, a presença de vinculações contratuais de longo prazo dificultará essa substituição ao mesmo tempo que pode determinar significativas perdas, para o fornecedor, associadas a investimentos específicos.

Os efeitos do exercício de poder de compra, sobre o preço final do bem e sobre as estruturas concorrenciais dos mercados em presença, irão portanto depender (i) do grau de concorrência no mercado a que pertence o seu detentor e nos mercados adjacentes; (ii) das características da curva da procura do bem final; e (iii) da configuração das relações contratuais entre o comprador e os fornecedores<sup>9</sup>.

Em síntese, uma empresa de grande dimensão retira vantagens concorrenciais desse facto. Algumas delas decorrem de reduções de custos associadas à sua escala, outras advêm do poder negocial de que é detentora. O exercício deste poder permite-lhe obter reduções de preços e determinar restrições verticais com as quais os respectivos fornecedores se devem conformar, as quais merecem uma atenção mais detalhada.

## 2. RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA

Como se fez notar, o poder de compra é exercido com duas finalidades genéricas: (a) obter dos fornecedores preços mais baixos, e (b) obter condições de troca – não relativas ao preço unitário – mais vantajosas por via do aumento dos custos económicos dos fornecedores e dos rivais<sup>10</sup>. No primeiro caso o exercício daquele poder corporiza-se na obtenção de descontos, isto é, na aquisição de bens a preços relativamente mais baixos obtendo o comprador uma vantagem concorrencial consubstanciada naquele diferencial de preço. Para além destes diferenciais de preços, o exercício do poder de compra pode traduzir-se na obtenção de outras condições de troca mais favoráveis que permitam ao comprador alcançar vantagens financeiras diretas ou indiretas.

---

9 Inderst & Mazzarotto, 2008.

10 União Europeia, 2011: 24.

O poder do comprador formaliza-se, neste caso, através de *restrições verticais determinadas pela procura*<sup>11</sup>, isto é, de condições contratuais aceites pelos fornecedores em virtude da força negocial de um dado comprador<sup>12</sup>.

Aquelas restrições verticais podem assumir a forma de (i) *restrições relativas às condições de compra*, quando se condiciona a aquisição à exclusividade para com o comprador ou a outras limitações na relação do fornecedor para com terceiros através, designadamente, de obrigações de *fornecimento exclusivo*, de *fornecimento mínimo*, de *distribuição exclusiva*, de *compras subordinadas*<sup>13</sup> ou de *reciprocidade de operações*.

Outras restrições verticais determinadas pela procura assumem a forma de (ii) *pagamentos adicionais*, feitos directamente ao comprador ou através de descontos especiais, a fim de aceder ao sistema de distribuição do comprador ou de compensar despesas de promoção ou perdas decorrentes de incumprimento pelo fornecedor. Fazem parte deste tipo de restrições os *pagamentos para integrar listas de fornecedores*, os *custos de referência de novos produtos (entrada em linha)*, os *pagamentos por espaço na prateleira* (“*slotting allowances*”) ou para a *manutenção de um produto nas prateleiras* (“*pay-to-stay fees*”)<sup>14</sup>, os *pagamentos de acesso a campanhas promocionais*, os *descontos retroativos*, etc.

Há também que considerar a imposição de (iii) *cláusulas de não discriminação*, mediante as quais se procura garantir que o fornecedor não atribui melhores termos de troca a outros compradores ou que acompanha o comprador quando este concorre com os rivais. Integram-se neste tipo de restrições as cláusulas de *cliente mais favorecido*, de *compensação de margens*, de *partilha de informação relativa a custos e ao processo produtivo* (“*open book accounting*”).

O exercício do poder de compra pode traduzir-se, igualmente, na imposição de cláusulas contratuais que representem uma (iv) *transferência do risco*. O comprador “alivia” parte do risco económico ou incerteza inerente à sua atividade transferindo-o para o fornecedor quando, nomeadamente,

11 A tipificação a seguir apresentada tem por base Dobson, 2008: 110-111, também acolhida em União Europeia, 2011: 27-28.

12 Nem todas as restrições verticais determinadas pela procura têm como origem o exercício de poder de negocial por um comprador; com efeito, estas podem ser fixadas por razões de interesse mútuo ou por corresponder a usos da atividade comercial, a instrumentos de reforço da cartelização entre fornecedores ou entre compradores, etc. Dobson, 2008: 108-109; União Europeia, 2011: 26.

13 Ver apreciação pela Autoridade da Concorrência da conduta da Sugaldal (Comunicado 20/2009).

14 Sobre as taxas de acesso pagas antecipadamente ver Orientações relativas às restrições verticais J. O. C 130, 19.5.2010, (203) a (208).

contratualiza *prazos de pagamento excessivos*, impõe *atrasos nos pagamentos*, impõe a aceitação de *vendas à consignação* ou de *contratos manifestamente incompletos*<sup>15</sup>.

As restrições verticais determinadas pela procura podem respeitar a (v) *requisitos relativos a serviços adicionais* ou a *inputs específicos* quando o comprador impõe que o fornecedor preste determinados serviços, para além dos normalmente oferecidos ou utilize determinados *inputs* na produção dos seus bens. Neste caso fixam-se obrigações contratuais respeitantes a *condições especiais de entrega*, à *apresentação diferenciada de produtos*, bem como, *acordos de gestão por categoria*<sup>16</sup> e obrigações de *utilização de fornecedores específicos de inputs*.

A conduta de um comprador com poder negocial pode ainda assumir a forma de (vi) *recusa de compra* quando aquele boicota um fornecedor ou limita as compras que efetua junto dele, através da *recusa em negociar*, da *quebra injustificada de uma relação contratual*, ou da *retirada unilateral e não justificada de linha de produtos*. Estas práticas visam, essencialmente, levar o fornecedor a sair do mercado, com o intuito último de aumentar os custos dos rivais.

### 3. EFEITOS SOBRE O BEM-ESTAR

Ao contrário do exercício de poder de mercado por parte dos vendedores, o qual afeta negativamente o bem-estar dos consumidores, do exercício de poder de compra podem resultar aumentos daquele bem-estar. Nesta medida, a análise dos efeitos associados ao poder de mercado dos compradores torna-se mais complexa por reclamar uma cuidada ponderação dos diversos contextos em que esse poder se exerce<sup>17</sup>. Com efeito, os resultados decorrentes do exercício de poder de compra serão, tendencialmente, distintos consoante a estrutura dos mercados em presença e os incentivos a elas associados.

15 A celebração de contratos incompletos pode ser eficiente pois a possibilidade de os retalhistas adequarem os termos contratuais (através, por exemplo, de atrasos nos pagamentos sem penalização de juros) reduz os incentivos ao comportamento oportunista dos fornecedores relativamente ao incumprimento de prazos de entrega ou à garantia de qualidade dos produtos; isto expõe os fornecedores ao oportunismo dos retalhistas mas, no entanto, este tende a ser mitigado pela necessidade de manter intacta a respetiva reputação. Arrunada, 2000.

16 Sobre os acordos de gestão por categoria ver Orientações relativas às restrições verticais J. O. C 130, 19.5.2010, (209) a (213).

17 Inderst & Mazzarotto, 2008: 21.

### 3.1. Efeitos negativos

Os contextos de *monopsônio* puro tendem a afetar negativamente o bem-estar dos consumidores em virtude do aumento dos preços. A maximização do lucro pelo monopolista ocorre por via da diminuição dos custos médios, através da diminuição da quantidade adquirida; nestes termos, mesmo que aquele agente pague um menor preço a montante o preço final a pagar pelos consumidores tenderá a ser mais elevado pois uma menor quantidade adquirida traduz-se, no mercado final, numa menor quantidade oferecida a um preço mais elevado<sup>18</sup>. Para além destes efeitos negativos, são ainda de considerar os efeitos nefastos que o exercício de poder de monopsônio pode provocar sobre a estrutura concorrencial no(s) mercado(s) a montante (*efeito de encerramento*).

Aos contextos de *oligopsônio* podem, no entanto, associar-se efeitos tanto de melhoria como de perda de bem-estar dos consumidores. Para a compreensão destes efeitos revelam-se de extrema utilidade as análises relativas ao exercício de poder de compra por parte dos grandes retalhistas. Trata-se, em geral, de mercados em oligopsônio confrontados com mercados concorrenciais ou oligopolistas a montante.

Determinados segmentos do sector do retalho, tais como a distribuição alimentar, evidenciam, com frequência, uma elevada concentração em certos mercados geográficos. Os agentes que os integram apresentam, portanto, uma importante dimensão e um considerável poder de compra<sup>19</sup>. A exploração de economias de escala, a partir da gestão de stocks, a adequação das técnicas de vendas às preferências dos consumidores e a produção e comercialização de marcas próprias (verticalização)<sup>20</sup>, geram e reforçam o poder negocial das grandes cadeias de distribuição alimentar. Como já ficou dito, a criação ou o reforço do poder de negociação da procura pode também ser propiciado pela

---

18 Um monopsonista é, por definição, monopolista no mercado imediatamente a jusante; porém, tanto pode ser também monopolista em sucessivos mercados a jusante, como revender o bem em mercados que apresentem uma estrutura concorrencial. No primeiro destes casos, isto é, quando o monopolista é simultaneamente monopolista no mercado final, o referido efeito negativo sobre os consumidores tenderá a ser maior pois não será amortecido dada a ausência de pressão concorrencial ao longo da cadeia vertical.

19 Inderst & Mazzarotto, 2008.

20 A existência de marcas próprias (marcas brancas) aumenta o poder de negociação uma vez que estas são promovidas como alternativas a produtos com a marca de fornecedores, concorrendo diretamente com elas. Tendencialmente, não será a marca líder a mais afetada mas sim os sucedâneos de reputação inferior que verão as suas quotas diminuídas. Quando os retalhistas se confrontem com uma redução das margens de lucro dos seus produtos ou quando a diminuição de marcas concorrentes possa pôr em perigo a comparações de preços por parte dos consumidores, tenderão a “aliviar” a presença e a promoção daquelas marcas próprias, o que se traduz numa menor pressão negocial sobre os fornecedores de bens concorrentes.

aglutinação de retalhistas de menores dimensões em grupos de compras, de âmbito nacional ou internacional<sup>21</sup>.

Muito frequentemente os grandes retalhistas garantem o fornecimento do mesmo tipo de bens junto de diversos vendedores os quais, por sua vez, não vendem apenas a um único retalhista. O preço de venda praticado por um retalhista dependerá, naturalmente, do respetivo preço de compra, mas também do preço a que o mesmo bem é vendido pelos seus concorrentes, o que influenciará as negociações que o retalhista empreende a montante com os seus fornecedores. Neste quadro, os resultados finais sobre o bem-estar e sobre a concorrência dependerão de uma multiplicidade de fatores, devendo ser perspetivados atendendo à teia de negociações e de estratégias competitivas que se desenvolve entre os vários agentes que, a montante e a jusante, concorrem entre si.

Num contexto em que vários retalhistas de grandes dimensões exercem o seu poder de negociação os ganhos totais, relativos à produção e venda do mesmo tipo de produtos, vão depender, em muito, das *externalidades* geradas a partir de cada uma das negociações bilaterais que se estabelecem, isto é, dos efeitos gerados, no mercado de fornecimento e de retalho, pelo relacionamento entre cada um dos compradores e dos respectivos vendedores. Cada retalhista procurará aumentar a respetiva vantagem competitiva sobre os seus rivais através da obtenção de preços mais baixos ou de soluções contratuais que recorrendo, designadamente, a *restrições verticais* disciplinem a conduta dos fornecedores.

Um comprador com poder negocial procurará obter, junto dos fornecedores, as melhores condições de preço e dos demais termos de troca. Nas transações com novos fornecedores o exercício daquele poder traduz-se na imposição de condições contratuais a que a contraparte terá de *aderir* se quiser concretizar a venda. Quando exista já uma relação contratual a *ameaça credível de quebra* da mesma forçará os fornecedores a renegociarem os termos das transações.

O fornecedor de um grande retalhista sabe que a quebra desta relação contratual pode implicar custos muito significativos, pois terá não só de procurar um canal alternativo de escoamento dos seus produtos como ainda, eventualmente, poderá ter de praticar preços mais baixos e/ou reduzir as quantidades transacionadas. Há também de considerar a hipótese de o retalhista ser

---

21 Autoridade da Concorrência, 2009: 100-101.

monopolista o que isso significa que constitui a única porta de acesso a um dado mercado (“*gatekeeper*”). O encerramento efectivo ou a ameaça encerramento de um canal de escoamento, por parte de um comprador, será tanto mais gravosa quanto maior for a relevância relativa deste no total das vendas, bem como quanto mais expressiva for a realização de investimentos específicos e a assunção de compromissos financeiros conexos com a anterior relação contratual. Nestes casos, a dependência económica do fornecedor relativamente ao comprador amplifica o respetivo poder de compra.

O exercício de poder de compra nestes moldes pode não gerar qualquer efeito negativo sobre os consumidores; por seu turno, os fornecedores serão forçados a aceitar uma diminuição dos seus lucros e/ou a proceder a substituições ineficientes para outros produtos. Se um retalhista obtém melhores termos de troca do que os seus rivais beneficiando, por exemplo de descontos, essa vantagem poderá repercutir-se nos consumidores sob a forma de diminuições de preços. A existir esta repercussão das condições favoráveis de compra, o exercício de poder de compra teria, desde logo, um efeito imediato e virtuoso de acréscimo do bem-estar do consumidor. No entanto, este abaixamento dos preços pode ser responsável por outros efeitos significativos sobre a configuração do ambiente concorrencial conduzindo, designadamente, ao encerramento de mercados.

Assim, quando um grande retalhista obtém um desconto e o repercute, ainda que parcialmente, sobre o preço final aumenta as suas vendas e com isso reforça o respetivo poder negocial<sup>22</sup>. Perante este cenário os retalhistas rivais poderão concorrer diminuindo também os preços, mas em face de um crescente poder de compra dos grandes retalhistas e da sistemática obtenção de condições de troca (cada vez) mais vantajosas por parte destes, os retalhistas de menores dimensões poderão ser empurrados para fora do mercado. Como é fácil de alcançar este cenário determina não só a saída do mercado de agentes anteriormente instalados como impõe também elevadas barreiras de entrada, ou seja, determina fortes limitações de acesso ao mercado por parte de potenciais novos agentes económicos.

O exercício de poder de compra terá sempre como efeito ou objetivo colocar os rivais numa posição de desvantagem concorrencial. De facto, um agente com poder de compra pode usá-lo *estrategicamente* com o intuito

---

22 O exercício de poder de compra representa um fator adicional e cumulativo de diferenciação entre rivais ao permitir, por parte daqueles que o exercem, o sucessivo reforço da respetiva quota de mercado.

forçar a saída de concorrentes do mercado ou de limitar o acesso a potenciais novos concorrentes. Com aquela finalidade, um comprador de grandes dimensões pode pressionar os seus fornecedores a vincularem-se a *acordos de exclusividade*, a *recusarem a venda* dos seus produtos a rivais, ou a conceder-lhe *descontos seletivos e objetivamente injustificados*<sup>23</sup>. Por seu turno, estas práticas podem determinar o encerramento do mercado a montante, na medida em que limitam a possibilidade de entrada lucrativa por parte de novos fornecedores os quais apenas teriam à sua disposição quotas de mercado residuais. A utilização do poder de compra com o intuito estratégico de conduzir os concorrentes a saírem do mercado pode também concretizar-se sob a forma de compras predatórias. Nestes casos, um comprador de grande dimensão adquire quantidades superiores às suas necessidades ou paga um preço superior ao preço concorrencial, aumentando, por esta via, os custos dos rivais<sup>24</sup>. Ora, enquanto que relativamente às vendas predatórias se reconhece existir, no curto prazo, um acréscimo de bem-estar dos consumidores sob a forma de reduções de preços, tais benefícios poderão não existir no caso de compras predatórias, perspetivando-se ainda que, no longo prazo, aquele bem-estar possa vir a ser negativamente afectado pela diminuição da concorrência.

A melhor compreensão do efeito de encerramento nos contextos acima descritos pressupõe que se considere a presença de um efeito de deterioração progressiva dos termos de troca dos compradores sem poder de mercado (“waterbed effect”)<sup>25</sup>. Há medida que os termos de troca obtidos pelos compradores de maiores dimensões são mais favoráveis os dos demais compradores tendem a deteriorar-se; tal acontece porque, para preservarem os seus níveis de lucro, os fornecedores que efetuaram descontos a grandes distribui-

---

23 Há também que considerar que, com finalidades predatórias ao serviço de uma estratégia de exclusão, um comprador de grandes dimensões realize sobre-compras. Salop, 2005; Blair & Lopatka, 2008.

24 Quando combinada com práticas de vendas predatórias, esta estratégia de encerramento do mercado poderá ser muito eficaz mas será também muito dispendiosa. No caso *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* 05-381 (2007) a jurisprudência norte-americana entendeu existirem compras predatórias quando a aquisição de uma quantidade superior ao necessário ou a preços mais elevados impede os concorrentes de adquirirem as quantidades de que necessitam a um preço justo. Os termos imprecisos usados como fundamento desta decisão não permitem definir critérios claros de distinção entre estratégias predatórias e “legítimas” estratégias concorrenciais de mérito.

25 Trata-se de um efeito colateral em espiral, que estreitará progressivamente o mercado conduzindo, no limite, ao seu encerramento. Existe uma forte externalização das relações verticais com efeitos verticais e horizontais. Dobson & Inderst, 2007 e 2008; Inderst & Valletti, 2011.

dores procuram compensar as suas “perdas” através da elevação dos preços praticados junto dos retalhistas sem poder negocial<sup>26</sup>.

A descrição deste efeito em termos tão simplistas suscita, no entanto, a legítima dúvida de saber por que razão o fornecedor se conformava anteriormente com um dado preço quando teria possibilidade de praticar níveis mais altos de preços, ficando também por apurar em que medida uma eventual diminuição das quantidades procuradas – como resultado do aumento do preço – permitiria uma efetiva recuperação das perdas<sup>27</sup>. A explicação para a referida elevação dos preços pode, no entanto, radicar no facto de, no longo prazo, o mercado a montante se tornar mais concentrado em virtude da saída de alguns fornecedores ou da fusão entre empresas que ocupam este nível da cadeia vertical. O exercício de poder de mercado a jusante teria pois como consequência um reforço do poder de mercado a montante. Há ainda de considerar uma outra explicação, associada ao facto de os distribuidores mais pequenos, por transacionarem menores quantidades, passarem a ser progressivamente menos atrativos. A perda de valor enquanto canais alternativos de escoamento dos produtos torna a ameaça de mudança de fornecedor menos credível, o que se salda num enfraquecimento da posição negocial dos distribuidores de menores dimensões, isto é, numa maior vulnerabilidade que os conduz a terem de aceitar preços mais elevados.

Em suma, o exercício continuado do poder de compra dos grandes fornecedores gera um *efeito dinâmico* de sucessiva deterioração dos termos de troca<sup>28</sup>. Os retalhistas de menores dimensões verão a sua posição negocial progressivamente debilitada à medida que adquirem cada vez menores quantidades a preços mais elevados, enquanto que os poderosos retalhistas aumentam as quantidades adquiridas a preços mais baixos. Por seu turno, a pressão exercida sobre os fornecedores irá impeli-los a procurarem reforçar o respetivo poder negocial através, por exemplo, de fusões, ou forçá-los-á a saírem do mercado. Nesta medida, o “*waterbed effect*” tem como consequência uma

---

26 Pressupõe-se que o fornecedor tem capacidade para efetuar uma *discriminação* eficaz dos compradores, isto é, de praticar preços mais baixos aos grandes retalhistas e preços mais elevados aos retalhistas de menores dimensões.

27 Inderst & Mazzarotto, 2008.

28 Quando as condições de troca mais favoráveis são tornadas públicas, outros compradores com capacidade negocial idêntica à daquele que as obteve em primeiro lugar exigirão que as referidas condições também lhes sejam aplicadas, o que neutraliza o “*waterbed effect*”.

maior concentração dos mercados a montante e a jusante, os quais tenderão a apresentar-se como estruturas em oligopólio.

A presença deste efeito não afeta, no curto prazo, o bem-estar dos consumidores que beneficiarão de reduções de preços significativas em virtude da pressão competitiva reciprocamente exercida entre retalhistas. A longo prazo, os efeitos sobre a estrutura do mercado retalhista e sobre os consumidores dependerão do tipo e da natureza das estratégias que os rivais de menores dimensões venham a empreender, pois estes poderão, por exemplo, começar a comercializar outros produtos e com isso manter-se no mercado, beneficiando os consumidores por via do aumento de variedade.

### 3.2. Efeitos positivos

O poder negocial dos compradores pode gerar importantes *ganhos de eficiência*, sob a forma de redução de custos de transação em virtude da eliminação de intermediários, da criação de canais de compra específicos, da presença de estruturas organizacionais especializadas em recolher informação sobre os preços e as características dos produtos, da utilização de contratos-tipo, etc. Tais reduções de custos, bem como as reduções dos preços pagos aos fornecedores, podem repercutir-se em diminuições dos preços de venda praticados a jusante; no entanto, não é líquido que assim seja podendo o comprador apropriar-se desses benefícios sem que os transmita, não se gerando assim melhorias de bem-estar. No entanto, sempre se dirá que, tendencialmente, o exercício de poder de compra – mesmo em contextos pouco concorrenciais – permite diminuir o preço de aquisição e, em consequência, aumentar as quantidades transacionadas e reduzir os preços de venda, pelo que, no curto prazo não haverá perda de bem-estar dos consumidores. No longo prazo, tal exercício pode afetar a estrutura concorrencial mas mesmo assim, não deve existir uma presunção de perda de bem-estar dos consumidores, designadamente, porque eventuais elevações de preços resultantes da concentração dos mercados podem ser mais do que compensadas por ganhos associados a *melhorias de serviços conexos*, a *reduções de custos*, a *investimentos* e à *inovação*.

Com efeito, a saída de pequenos retalhistas do mercado, ou o facto de estes deixarem de comercializar determinados produtos, pode configurar uma ineficiência alocativa ao determinar maiores custos de deslocação por parte dos consumidores. Há, no entanto, de considerar que mesmo nestas circunstâncias podem verificar-se ganhos de eficiência ou melhorias de bem-estar – associadas à prestação de serviços de melhor qualidade ou de serviços conexos

por parte de retalhistas de maiores dimensões – superiores àqueles resultados ineficientes.

Por seu turno, e como se fez notar, a pressão exercida pela procura pode não se traduzir na saída do mercado dos retalhistas de menores dimensões mas sim a incentivos que os conduzam a procurar formas alternativas de organização que reforcem a sua capacidade negocial (por exemplo, fusões; grupos de compras), ou que tornem mais atrativa a sua presença no mercado (por exemplo, oferecendo serviços personalizados ou de maior qualidade). Nesta medida, o exercício de poder de compra poderá funcionar como um importante incentivo a eficientes reduções de custos e alternativas inovadoras.

Outros efeitos positivos associados ao poder de compra resultam da modelação dos incentivos à conduta dos fornecedores. Assim, a existência de compradores de grandes dimensões, ao possibilitar reduzir custos de transação e mitigar problemas de coordenação<sup>29</sup>, pode incentivar os fornecedores a aumentarem os níveis de investimento e de inovação<sup>30</sup>. Um fornecedor já instalado que pretenda desenvolver novos produtos terá de suportar importantes custos, esperando recuperá-los através da renegociação das condições contratuais com os seus distribuidores. Num contexto de atonicidade do mercado a jusante nenhum dos compradores terá capacidade e incentivos para partilhar, antecipadamente, aqueles custos. O risco de ficar cativo de investimentos específicos – e de consequente debilitação da posição negocial –, o risco de partilha de informação e os elevados custos de transação funcionam nestas circunstâncias como desincentivos ao investimento inovador. Inversamente, um comprador de grandes dimensões poderá estar disposto a partilhar os custos e riscos associados à inovação, por saber que também partilhará os respectivos benefícios. É também de considerar que, ao garantir o escoamento da sua produção junto de grandes compradores, os fornecedores têm incentivos para adquirir tecnologias produtivas mais eficientes que lhes permitam aumentar a produção e assegurar a regularidade dos fornecimentos, com evidentes benefícios para os consumidores. Nestes casos, a presença de restrições verticais constituirá uma condição indispensável à obtenção de ganhos de eficiência.

É igualmente de levar em conta que os incentivos ao investimento e inovação por parte dos fornecedores poderão ainda resultar do facto de estes

---

29 Chen, 2003; Battigalli, Fumagalli & Polo, 2006; Inderst & Wey, 2007a.

30 Inderst & Wey, 2007a.

pretenderem “libertar-se” da dependência económica em que se encontram face a grandes compradores, quer através da diversificação de produtos e dos respetivos canais de escoamento, quer ao tornar os compradores de maiores dimensões mais dependentes de produtos de maior valor ou com características únicas.

#### **4. APLICABILIDADE DO CRITÉRIO DO BALANÇO ECONÓMICO ÀS RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA**

Através da análise precedente procurou clarificar-se o conceito de poder de compra e os efeitos associados ao seu exercício atentando, em particular, ao facto de que aquele poder se expressar, frequentemente, através da imposição de restrições verticais.

Do que ficou dito resulta que ao exercício de poder de compra estão, com frequência, associados efeitos simultaneamente positivos e negativos pelo que o apuramento dos efeitos sobre o bem-estar total dos consumidores parece remeter para a uma ponderação entre ganhos e perdas.

O regime jurídico da União Europeia estabelece a presunção de que os acordos verticais restritivos celebrados por um comprador com uma quota de mercado inferior a 30%, preenchem as condições previstas no artigo 101.º n.º 3 do TFUE, beneficiando por isso da isenção por categoria estabelecida no *Regulamento 330/2010*. No entanto, acima do limiar de quota de mercado de 30% não pode presumir-se que os acordos verticais, que se subsumam à previsão do artigo 101.º n.º 1 do TFUE, não possam preencher as condições do artigo 101.º n.º 3. Será pois relativamente a estes que ganha relevância a aplicabilidade do critério do balanço económico entre ganhos eficiência e perdas de concorrência.

As dificuldades associadas à aplicação deste critério são conhecidas e decorrem sobretudo do facto de remeter para uma ponderação entre factores de natureza muito distinta e de elevado grau de complexidade. No que respeita à análise das restrições verticais determinadas pela procura é possível concluir que os efeitos negativos a elas associados se reconduzem ao encerramento do mercado, bem como ao efeito de distorção das condições concorrenciais. Por seu turno, os efeitos positivos podem consubstanciar-se em reduções de preços e aumento das quantidades transacionadas, assim como em incentivos ao investimento e à inovação.

É também de considerar que, nalgumas situações, quando o limiar de quota de mercado de 30% for ultrapassado a apreciação das condutas de mer-

cado sob o prisma do *abuso de posição dominante* tenderá a prevalecer. Nesta medida, compreendem-se as orientações da política de defesa da concorrência tendentes a prevenir o surgimento ou o aumento do poder de compra, designadamente, através do controlo prévio das operações de concentração<sup>31</sup>. Embora não se esgotando nele, é ainda em estreita conexão com o prisma analítico do abuso de posição dominante que deve ser perspectivada a *imposição* de restrições verticais a fornecedores. Esta imposição traduz-se no facto de um fornecedor em *dependência económica* se ver obrigado a aceitar termos de troca abusivos, tais como, reduções retrospectivas de preços, atrasos de pagamentos, alterações unilaterais e injustificadas de especificações contratuais.

Para além dos contextos acima equacionados há que considerar as situações em que, não existindo dependência económica do fornecedor, um comprador com poder negocial obtém condições de troca mais favoráveis. Tais condições – relativas ao preço ou a outros aspectos essenciais da troca – representam, por definição, uma discriminação positiva do comprador com poder negocial face aos seus concorrentes. Como é sabido, os ordenamentos jurídicos europeu e nacional, no artigo 101.º, n.º 1, al. *d*), do TFUE e no artigo 4.º, n.º 1, al. *e*), da Lei n.º 18/2003, proibem a aplicação de condições desiguais relativamente a prestações equivalentes<sup>32</sup> mas, tal como ocorre relativamente às demais restrições verticais previstas naquelas normas, a diferenciação dos termos de troca pode considerar-se justificada quando gere efeitos globalmente positivos.

É certo que uma solução liminar de proibição de práticas de desconto, designadamente a um nível intermédio, colocaria todos os retalhistas em paridade, permitindo-lhes concorrer entre si sem desvantagens apriorísticas. Também a fixação de obrigações de revelação de informação sobre os fornecedores relativa aos descontos que atribuem teria a vantagem de evitar a colusão entre eles com vista a aumentarem os respetivos preços. No entanto, soluções deste tipo tenderiam a ser globalmente ineficientes uma vez que representam a negação das vantagens competitivas inerentes ao processo con-

31 No âmbito da apreciação de projetos de concentração, a Comissão considerou a criação ou o reforço de poder de compra em diversas decisões: Decisões da Comissão Europeia nos Processos IV/M. 784 – Kesko/Tuko, de 19.2.1997; 890 – Blokker/Toys “R” Us, de 26.6.1997; 833 – The Coca-Cola Company/ Carlsberg A/S, de 11.9.1997; 938 – Guinness/Grand Metropolitan, de 15.10.1997; 1221 – REWE/Meinl, de 3.2.1999; COMP/M. 1684 – Carrefour/Promodes, de 25.1.2000; 1245- VALEO/ITT Industries, de 30.7.1998.

32 Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE: “*d*) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.” Artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, 11/7: “*e*) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preços ou outras relativamente a prestações equivalentes.”

correncial e a assunção de que delas não decorrem acréscimos de bem-estar do consumidor, nomeadamente, sob a forma de reduções de preços. Não é esta a orientação normativa consagrada nos ordenamentos jurídicos em análise os quais prevêem a admissibilidade das restrições verticais determinadas pela procura, quer por via legal através de regulamentos de isenção por categoria, quer por via casuística<sup>33</sup>, assente numa lógica de balanço económico.

Com efeito, as práticas verticais originadas na detenção de poder de compra podem aumentar a eficiência na distribuição e constituir, em determinadas circunstâncias, incentivos essenciais a investimentos ao nível da produção. Para além da verificação destes ganhos de eficiência produtiva, a admissibilidade daquelas práticas dependerá ainda da demonstração de que ocorra um aumento do bem-estar dos consumidores e de que não se verifique uma eliminação substancial da concorrência. Quanto ao primeiro destes aspetos sempre se dirá que a avaliação da condição de benefício do consumidor em face de restrições verticais determinadas pela procura, em particular por segmentos do retalho, afigura-se ser mais fácil do que a apreciação daqueles benefícios associados a práticas restritivas determinadas pela oferta. As maiores dificuldades na aplicação da análise de balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura parecem estar associadas à apreciação da condição de preservação da concorrência. Como se fez notar, a doutrina tem evidenciado os efeitos colaterais, tanto verticais como horizontais, gerados a partir daquele tipo de práticas contratuais restritivas (“*waterbed effect*”); no entanto, se é certo que nestes casos as externalidades negativas criadas a partir de um comportamento bilateral podem assumir características específicas, não é menos certo que todos os tipos de restrições verticais são sempre externalizadores de uma multiplicidade de efeitos mais ou menos difusos e dificilmente computáveis. É por isso, em geral, a apreciação deste critério que merece a maior cautela e representa o maior desafio.

---

33 A qual tem como base jurídica o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e o artigo 5.º da Lei n.º 18/2003.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUNADA, Benito

2000 “The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers”, in *Revue d’Economie Industrielle*, 92, pp. 277-296.

BLAIR, Roger D. & LOPATKA, John E.

2008 “Predatory Buying and the Antitrust Laws”, in *Utah Law Review*, pp. 415-469.

BATTIGALLI, Pierpaolo, FUMAGALLI Chiara & POLO, Michele

2006 *Buyer Power and Quality Improvements*, disponível em: [http://www.csef.it/2nd\\_C6/Battigalli\\_Fumagalli\\_Poli.pdf](http://www.csef.it/2nd_C6/Battigalli_Fumagalli_Poli.pdf) [consultado em 6.9.2011].

CHEN, Zhiqi

2003 *Countervailing Power and Product Diversity*, disponível em <http://repec.org/esNAWM04/up.22575.1049049134.pdf> [consultado em: 12.9.2011].

2007 “Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy”, in *Research in Law and Economics*, 22, pp. 17-40.

2008 *Defining Buyer Power*, disponível em: <http://http-server.carleton.ca/~zchen/Defining%20Buyer%20Power%20Revised.pdf> [consultado em 6.9.2011].

DOBSON, Paul W.

2008 “Buyer-Driven Vertical Restraints” in *The Pros and Cons of Vertical Restraints*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, Bromma, pp. 102-134.

DOBSON, Paul & INDERST, Roman

2008 “The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together”, in *Wisconsin Law Review*, 2, pp. 331-357.

2007 “Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 393-400.

DOYLE, Chris & INDERST Roman

2007 “Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 210-219.

GALBRAITH, John Kenneth

1993 *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power* (1ª ed. 1952), Oxford: Basil Blackwell.

1954 “Countervailing Power”, in *American Economic Review*, 44, 2, pp. 1-6.

INDERST, Roman & MAZZAROTTO, Nicola

2008 “Buyer Power in Distribution”, in *ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law and Policy*, Chicago: W.D. Collins, Joseph Angland (eds.), Chap. XX, pp. 1-31.

INDERST, Roman & VALLETI, Tommaso M.

2007 “A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 84-91.

2009 “Price Discrimination in Input Markets” in *Rand Journal of Economics*, 40, pp. 1-19.

2011 “Buyer Power and the “Waterbed Effect” in *Journal of Industrial Economics*, 59, 1, pp. 1-20.

INDERST, Roman & CHRISTIAN, Wey

2007a *Countervailing Power and Dynamic Efficiency*, disponível em: [http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition\\_Policy/countervailing\\_power\\_07.pdf](http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/countervailing_power_07.pdf) [consultado em 18.9.2011].

2007b “Buyer Power and Supplier Incentives”, in *European Economic Review*, 51, pp. 647-667.

MARX, Leslie M. & SHAFFER, Greg

2009 *Slotting Allowances and Scarce Shelf Space*, CCP Working Paper 10-14 disponível em: [http://www.uea.ac.uk/polopoly\\_fs/1.172462!ccp10-14.pdf](http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.172462!ccp10-14.pdf) [consultado em 6.9.2011].

NOLL, Roger G.

2005 “Buyer Power’ and Economic Policy”, in *Antitrust Law Journal*, 72, pp. 589-624.

REY, Patrick, THAL, Jeanine & VERGE, Thibaud

2006 *Slotting Allowances and Conditional Payments*, disponível em: <http://idei.fr/doc/by/rey/slotting.pdf> [consultado em 18.9.2011].

SALOP, Steven

2005 “Anticompetitive Overbuying by Power Buyers”, in *Antitrust Law Journal*, 72, 2, pp. 669-715.

SHEELINGS, Richard & WRIGHT, Joshua D.

2006 “‘Sui Generis’?: An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union”, in *Akron Law Review*, 39, pp. 207-243.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2009 *Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores*, Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de

Mercados, Relatório Preliminar, disponível em: [http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio\\_Preliminar\\_GrandeDistribuicao\\_Jan2010.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio_Preliminar_GrandeDistribuicao_Jan2010.pdf) [consultado em 14.9.2011].

#### OCDE

2009 *Monopsony and Buyer Power*, Competition Committee, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf> [consultado em 14.9.2011].

#### UNIÃO EUROPEIA

2011 *The Impact of Private Labels on the Competitiveness of European Food Supply Chain*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, disponível em: [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study\\_privlab04042011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study_privlab04042011_en.pdf) [consultado em 5.09.2011].

#### UK COMPETITION COMMISSION

2008 *The Supply of Groceries in the UK Market*, disponível em: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf) [consultado em 5.9.2011].