

II

(Comunicações)

COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS
DA UNIÃO EUROPEIA

COMISSÃO EUROPEIA

Orientações relativas às restrições verticais

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2010/C 130/01)

ÍNDICE

	Pontos	Página
I. INTRODUÇÃO	1-7	3
1. Objectivo das Orientações	1-4	3
2. Aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais	5-7	3
II. ACORDOS VERTICAIS GERALMENTE NÃO ABRANGIDOS PELO ARTIGO 101.º, n.º 1	8-22	4
1. Acordos de pequena importância e PME	8-11	4
2. Acordos de agência	12-21	4
2.1. Definição de acordos de agência	12-17	4
2.2. Aplicação do artigo 101.º, n.º 1, aos acordos de agência	18-21	6
3. Acordos de subcontratação	22	6
III. APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA	23-73	7
1. Espaço de admissibilidade automática criado pelo Regulamento de Isenção por Categoria	23	7
2. Âmbito de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria	24-46	7
2.1. Definição de acordos de verticais	24-26	7
2.2. Acordos verticais entre concorrentes	27-28	8
2.3. Associações de retalhistas	29-30	9
2.4. Acordos verticais que incluem disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual (DPIs)	31-45	9
2.5. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria	46	11
3. Restrições graves no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	47-59	11
4. Casos individuais de restrições graves às vendas susceptíveis de não se enquadrarem no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 ou de preencherem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.	60-64	15
5. Restrições excluídas ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria	65-69	16

	Pontos	Página
6. Divisibilidade	70-71	17
7. Carteira de produtos distribuídos através do mesmo sistema de distribuição	72-73	17
IV. RETIRADA DA ISENÇÃO POR CATEGORIA E NÃO APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA	74-85	18
1. Procedimento de retirada	74-78	18
2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria	79-85	18
V. DEFINIÇÃO DO MERCADO E QUESTÕES RELATIVAS AO CÁLCULO DA QUOTA DE MERCADO	86-95	19
1. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante	86	19
2. O mercado relevante para efeitos do cálculo do limiar da quota de mercado de 30 % no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	87-92	19
3. Cálculo das quotas de mercado no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria	93-95	21
VI. POLÍTICA SEGUIDA NA APLICAÇÃO DOS CASOS INDIVIDUAIS	96-229	21
1. O enquadramento da análise	96-127	21
1.1. Efeitos negativos das restrições verticais	100-105	22
1.2. Efeitos positivos das restrições verticais	106-109	23
1.3. Metodologia da análise	110-127	25
1.3.1. Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1	111-121	25
1.3.2. Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3	122-127	27
2. Análise de restrições verticais específicas	128-229	28
2.1. Marca única	129-150	28
2.2. Distribuição exclusiva	151-167	31
2.3. Atribuição exclusiva de clientes	168-173	35
2.4. Distribuição selectiva	174-188	36
2.5. Acordos de franquia	189-191	39
2.6. Fornecimento exclusivo	192-202	40
2.7. Taxas de acesso pagas antecipadamente	203-208	42
2.8. Acordos de gestão por categoria	209-213	43
2.9. Subordinação	214-222	43
2.10. Restrições a nível dos preços de revenda	223-229	45

I. INTRODUÇÃO

1. Objectivo das Orientações

(1) As presentes Orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos verticais ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*) (a seguir designado «artigo 101.º») ⁽¹⁾. O artigo 1.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 abril 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 ⁽²⁾ (a seguir designado «Regulamento de Isenção por Categoria») (ver pontos 24 a 46) define a expressão «acordo vertical». As presentes Orientações não prejudicam a eventual aplicação paralela do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designado «artigo 102.º») aos acordos verticais. As Orientações estão estruturadas da seguinte forma:

- A Secção II (pontos 8 a 22) descreve os acordos verticais que, em geral, não são abrangidos pelo do artigo 101.º, n.º 1;
- A Secção III (pontos 23 a 73) clarifica as condições de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria;
- A Secção IV (pontos 74 a 85) descreve os princípios respeitantes à retirada da isenção por categoria e à não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria;
- A Secção V (pontos 86 a 95) fornece orientações sobre a definição de mercado relevante e o cálculo das quotas de mercado;
- A Secção VI (pontos 96 a 229) descreve o enquadramento geral de análise e a política de aplicação da Comissão em casos individuais no que diz respeito aos acordos verticais.

(2) Ao longo das presentes Orientações, a análise efectuada refere-se tanto aos bens como aos serviços, apesar de certas restrições verticais serem principalmente utilizadas na distribuição de bens. Do mesmo modo, podem ser concluídos acordos verticais em relação a bens e serviços intermédios e finais. Se nada for dito em contrário, a

análise e argumentos apresentados nas presentes Orientações são aplicáveis a todos os tipos de bens e serviços e a todos os estádios da actividade comercial. Por conseguinte, o termo «produtos» inclui bens e serviços. Os termos «fornecedor» e «comprador» são utilizados para todos os estádios da actividade comercial. Uma vez que o artigo 101.º se aplica exclusivamente aos acordos entre empresas, o Regulamento de Isenção por Categoria e as presentes Orientações não são aplicáveis aos acordos concluídos com consumidores finais, nos casos em que estes não sejam empresas.

- (3) Ao publicar as presentes Orientações, a Comissão pretende ajudar as empresas a efectuarem a sua própria apreciação dos acordos verticais à luz das regras da UE em matéria de concorrência. As regras estabelecidas nas presentes Orientações não podem ser aplicadas de uma forma mecânica, devendo, na sua aplicação, tomar-se devidamente em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. Cada caso deve ser apreciado de acordo com os factos que lhe são inerentes.
- (4) As presentes Orientações não prejudicam a jurisprudência do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação à aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais. A Comissão continuará a monitorizar o funcionamento do Regulamento de Excepção por Categoria com base em informação do mercado proveniente de agentes interessados e autoridades de competência nacionais pode, se adequado, proceder à revisão da presente comunicação, à luz dos desenvolvimentos futuros e da evolução dos conhecimentos na matéria.

2. Aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais

- (5) O artigo 101.º é aplicável aos acordos verticais susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros e que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência («restrições verticais») ⁽³⁾. O artigo 101.º proporciona um quadro jurídico apropriado para a apreciação das restrições verticais, que toma em consideração a distinção entre efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-concorrenciais. O artigo 101.º, n.º 1, proíbe os acordos que restrinjam ou falseiem significativamente a concorrência, enquanto o n.º 3 do mesmo artigo permite a isenção dos acordos que criem benefícios suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais ⁽⁴⁾.

(*) Com efeitos desde de 1 de Dezembro de 2009, os artigos 81º e 82º do Tratado CE passaram a ser, respectivamente, os artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os dois conjuntos de artigos são substancialmente idênticos. Para efeitos da presente decisão, as referências aos artigos 101º e 102º do TFUE devem entender-se, sempre que apropriado, como referências aos artigos 81º e 82º do Tratado CE. O TFUE introduziu igualmente algumas alterações de terminologia, tais como a substituição de «Comunidade» por «União» e de «mercado comum» por «mercado interno».

⁽¹⁾ As presentes orientações substituem a Comunicação da Comissão - Orientações relativas às restrições verticais, JO C 291 de 13.10.2000, p. 1.

⁽²⁾ JO L 102 de 23.4.2010, p. 1.

⁽³⁾ Ver, nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça nos processos apensos 56/64 e 58/64 *Grundig-Consten/Comissão*, Colectânea 1966, p. 299; Processo 56/65 *Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, Colectânea 1966, p. 235; e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-77/92 *Parker Pen Ltd/Comissão*, Colectânea 1994, p. II-549.

⁽⁴⁾ Ver Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97, no que se refere à metodologia geral e interpretação, pela Comissão, das condições de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e principalmente do artigo 101.º, n.º 3.

- (6) Em relação à maior parte das restrições verticais, só podem surgir problemas a nível da concorrência se existir uma concorrência insuficiente num ou vários estádios da actividade comercial, isto é, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou de ambos. As restrições verticais são em geral menos prejudiciais do que as restrições horizontais e poderão proporcionar uma margem significativa para ganhos de eficiência.
- (7) O artigo 101.º tem por objectivo garantir que as empresas não recorrem a acordos – neste contexto, a acordos verticais – para restringir a concorrência no mercado, em detrimento dos consumidores. A apreciação das restrições verticais é igualmente importante no contexto do objectivo mais amplo da realização de um mercado interno integrado. A integração do mercado reforça a concorrência na União Europeia. Não se deve permitir que as empresas criem obstáculos de natureza privada entre Estados-Membros, quando já foi possível eliminar com êxito os obstáculos estatais.

II. ACORDOS VERTICAIS GERALMENTE NÃO ABRANGIDOS PELO ARTIGO 101.º, N.º 1

1. Acordos de pequena importância e PME

- (8) Os acordos que não sejam susceptíveis de afectar significativamente o comércio entre Estados-Membros de restringir de forma considerável a concorrência não se enquadram no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. O Regulamento de Isenção por Categoria só é aplicável aos acordos abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. As presentes Orientações não prejudicam a aplicação da Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*) ⁽¹⁾ ou de uma eventual futura comunicação na matéria.
- (9) Sem prejuízo das condições estabelecidas na Comunicação *de minimis* relativas às restrições graves e aos efeitos cumulativos, os acordos verticais concluídos por empresas não concorrentes, cuja quota individual no mercado relevante não ultrapasse 15 %, são geralmente considerados como não abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1 ⁽²⁾. Não existe qualquer presunção de que os acordos verticais concluídos por empresas com uma quota de mer-

cado superior a 15 % infrinjam automaticamente do artigo 101.º, n.º 1. Mesmo os acordos entre empresas cuja quota de mercado ultrapasse o limiar de 15 % podem não ter um efeito considerável no comércio entre Estados-Membros ou podem não constituir uma restrição significativa da concorrência ⁽³⁾. Tais acordos necessitam de ser apreciados no seu contexto jurídico e económico. Os critérios para a apreciação dos acordos individuais são estabelecidos nos pontos 96 a 229.

- (10) No que diz respeito às restrições graves definidas na Comunicação *de minimis*, o artigo 101.º, o n.º 1, pode ser aplicável abaixo do limiar de 15 %, desde que exista um efeito considerável sobre o comércio entre Estados-Membros e sobre a concorrência. A jurisprudência aplicável do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral é relevante quanto a este aspecto ⁽⁴⁾. É feita igualmente referência à eventual necessidade de apreciar os efeitos positivos e negativos das restrições graves tal como descrito, em especial, no ponto 47 das presentes Orientações.
- (11) Por outro lado, a Comissão considera que, desde que estejam preenchidas as condições em matéria de efeitos cumulativos e de restrições graves, os acordos concluídos entre pequenas e médias empresas, tal como definidas no Anexo da Recomendação da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas ⁽⁵⁾, só raramente são susceptíveis de afectar significativamente o comércio entre Estados-Membros ou de restringir consideravelmente a concorrência, na acepção do artigo 101.º, n.º 1, e, por conseguinte, não caem normalmente sob a alçada dessa disposição. Nos casos em que tais acordos satisfazem, no entanto, as condições de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a Comissão evitará, em geral, dar início a processos devido à ausência de interesse suficiente para a União Europeia, excepto se as empresas, colectiva ou individualmente, detiverem uma posição dominante numa parte substancial do mercado interno.

2. Acordos de agência

2.1. Definição de acordos de agência

- (12) Um agente é uma pessoa singular ou colectiva incumbida de negociar e/ou celebrar contratos por conta de outra pessoa (o comitente), quer em nome do próprio agente, quer em nome do comitente, relativamente à:

— compra de bens ou serviços pelo comitente, ou

— venda de bens ou serviços fornecidos pelo comitente.

⁽¹⁾ JO C 368 de 22.12.2001, p. 13.

⁽²⁾ No que se refere aos acordos entre empresas concorrentes, o limiar da quota de mercado *de minimis* é fixado em 10%, no que diz respeito à sua quota de mercado colectiva em cada um dos mercados relevantes afectados.

⁽³⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-7/93, *Langnese-Iglo/Comissão*, n.º 98, Colectânea 1995, p. II-1533.

⁽⁴⁾ Ver acórdãos do Tribunal de Justiça no processo 5/69, *Völk/Vervaeke*, Colectânea 1969, p. 295, processo 1/71, *Cadillon/Höss*, Colectânea 1971, p. 351 e processo C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, n.ºs 16 e 17, Colectânea 1998, p. I-1983.

⁽⁵⁾ JO L 124 de 20.5.2003, p. 36.

- (13) O factor determinante na apreciação da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1, é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente⁽¹⁾. No que se refere a este aspecto, não é relevante, para efeitos de apreciação, saber se o agente age por conta de um ou mais comitentes. Não é também relevante para efeitos de apreciação saber qual a qualificação que as partes ou a legislação nacional atribuem ao acordo.
- (14) Existem três tipos de riscos financeiros ou comerciais que são relevantes para a definição de um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Em primeiro lugar, existem os riscos específicos a cada contrato, directamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo agente por conta do comitente, tais como o financiamento de existências. Em segundo lugar, existem os riscos específicos dos investimentos associados ao mercado em causa. Trata-se de investimentos exigidos especificamente pela actividade para a qual o agente foi nomeado pelo comitente, isto é, que são necessários para permitir que o agente celebre e/ou negocie este tipo de contratos. Tais investimentos são normalmente irrecuperáveis, o que significa que após o abandono desse domínio de actividade específico, o investimento não pode ser utilizado para outras actividades ou só pode ser vendido com prejuízos significativos. Em terceiro lugar, existem riscos relacionados com outras actividades desenvolvidas no mesmo mercado do produto, na medida em que o comitente solicite ao agente que desenvolva tais actividades, não na qualidade de agente por conta do comitente mas por sua própria conta.
- (15) Para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, o acordo será considerado como um acordo de agência se o agente não suportar quaisquer riscos ou suportar apenas riscos insignificantes em relação aos contratos celebrados e/ou negociados por conta do comitente, aos investimentos específicos ao mercado para esse domínio de actividade e a outras actividades exigidas pelo comitente a desenvolver no mesmo mercado do produto. Contudo, os riscos relacionados com a actividade de prestação de serviços de agência em geral, tais como o risco de as receitas do agente dependerem do seu êxito enquanto agente ou de investimentos gerais em, por exemplo, instalações ou pessoal, não são relevantes para esta apreciação.
- (16) Assim, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, um acordo será normalmente considerado um acordo de agência quando o agente não é proprietário dos bens contratuais vendidos ou adquiridos ou quando o próprio agente não fornece os serviços contratuais e também nos casos em que o agente:
- (a) não contribui para os custos relativos ao fornecimento/aquisição dos bens ou serviços contratuais, incluindo os custos de transporte dos bens. Tal não impede o agente de prestar o serviço de transporte, desde que os custos sejam cobertos pelo comitente;
 - (b) não mantém por sua conta e risco existências dos produtos contratuais, incluindo os custos de financiamento de existências e os custos de perda de existências, e pode devolver ao comitente produtos não vendidos sem qualquer pagamento, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis a fim de evitar a perda de existências);
 - (c) não assume responsabilidades face a terceiros pelos danos causados pelo produto vendido (responsabilidade pelo produto), a não ser que, na qualidade de agente, possa ser responsabilizado por negligência neste contexto;
 - (d) não assume responsabilidades pelo incumprimento do contrato por parte dos clientes, à excepção da perda da sua comissão, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis ou de medidas de prevenção do roubo ou incumprimento de medidas razoáveis para participar um roubo ao comitente ou à polícia ou para comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que tenha conhecimento sobre a solvabilidade financeira do cliente).
 - (e) não é, directa ou indirectamente, obrigado a fazer investimentos na promoção das vendas, como uma contribuição para orçamentos de publicidade do comitente;
 - (f) não efectua investimentos específicos ao mercado em equipamento, instalações ou formação de pessoal, como, por exemplo, os depósitos de armazenamento de gasolina, em caso de venda a retalho de gasolina, ou software específico para a venda de apólices de seguros, no caso de agentes de seguros, salvo se tais custos forem reembolsados na íntegra pelo comitente;
 - (g) não desenvolve outras actividades no mesmo mercado do produto exigidas pelo comitente, salvo se tais actividades forem reembolsadas na íntegra pelo comitente.

⁽¹⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-325/01 *Daimler Chrysler/Comissão*, Colectânea 2005, p. II-3319; acórdãos do Tribunal de Justiça no processo C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, Colectânea 2006, p. I-11987 e no processo C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, Colectânea 2008, p. I-6681.

- (17) Esta lista não é exaustiva. Contudo, quando o agente incorre num ou mais dos riscos ou custos referidos nos pontos 14, 15 e 16, o acordo entre o agente e o comitente não será considerado como um acordo de agência. A questão do risco deve ser apreciada caso a caso, à luz da realidade económica da situação, e não da sua forma jurídica. Por razões de ordem prática, a análise de risco pode ter início com a apreciação dos riscos específicos ao contrato. Se o agente incorrer em riscos específicos ao contrato, tal será suficiente para concluir que o agente é um distribuidor independente. Em contrapartida, se o agente não incorrer em riscos específicos ao contrato, será necessário prosseguir a análise, avaliando os riscos relacionados com os investimentos específicos ao mercado. Por último, se o agente não incorrer em riscos específicos ao contrato nem em riscos relacionados com investimentos específicos ao mercado, os riscos relativos a outras actividades exigidas no mesmo mercado do produto poderão ter de ser tomados em consideração.

2.2. Aplicação do artigo 101.º, n.º 1, aos acordos de agência

- (18) No caso dos contratos de agência definidos na secção 2.1., a função de venda ou de aquisição do agente faz parte integrante das actividades do comitente. Uma vez que o comitente suporta os riscos comerciais e financeiros relacionados com a venda e aquisição dos bens e serviços contratuais, as obrigações impostas ao agente relativamente aos contratos concluídos e/ou negociados por conta do comitente não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. As obrigações do agente a seguir referidas serão geralmente consideradas parte integrante de qualquer acordo de agência, uma vez que cada uma delas diz respeito à capacidade de o comitente fixar o âmbito de actividade do agente em relação aos bens ou serviços contratuais, o que é essencial quando o comitente assume todos os riscos e, por conseguinte, deve poder determinar a estratégia comercial:

- (a) limitações relativas ao território no qual o agente pode vender tais bens ou serviços;
- (b) limitações em relação aos clientes a quem o agente pode vender tais bens ou serviços;
- (c) os preços e as condições em que o agente deve vender ou adquirir tais bens ou serviços.

- (19) Para além de regular as condições da venda ou da aquisição de bens ou serviços contratuais que o agente efectua por conta do comitente, os acordos de agência incluem frequentemente disposições que dizem respeito à relação entre o agente e o comitente. Em especial, podem incluir uma disposição que impeça o comitente de nomear outros agentes relativamente a um determinado tipo de transacção, cliente ou território (disposições de agência exclusiva) e/ou uma disposição que impeça o agente de agir enquanto agente ou distribuidor de empresas concorrentes do comitente (disposições de marca única). Uma vez que o agente constitui uma empresa distinta do comitente, as disposições que dizem respeito

à relação entre o agente e o comitente são susceptíveis de infringir o artigo 101.º, n.º 1. As cláusulas de exclusividade nos acordos de agência não provocam, geralmente, efeitos anticoncorrenciais. No entanto, as cláusulas que impõem uma marca única, incluindo as disposições de não concorrência após o termo do contrato, dizem respeito à concorrência intermarcas e podem infringir o artigo 101.º, n.º 1, se conduzirem ou contribuírem para um efeito (cumulativo) de encerramento do mercado relevante em que os bens ou serviços contratuais são vendidos ou adquiridos (ver, em especial, secção VI.2.1). Tais disposições podem ser abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, em especial se se encontrarem preenchidas as condições do seu artigo 5.º. Podem igualmente, a título individual, ser justificadas devido a ganhos de eficiência, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, por exemplo como descrito nos pontos 144-148.

- (20) Um acordo de agência pode igualmente ser abarcado pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, mesmo que o comitente suporte todos os riscos financeiros e comerciais relevantes, no caso de facilitar uma colusão. Tal poderá, por exemplo, acontecer quando alguns comitentes utilizam os mesmos agentes, impedindo colectivamente outros de utilizarem estes agentes ou quando utilizam os agentes para uma colusão relativa à estratégia de *marketing* ou para trocar informações de mercado sensíveis entre os comitentes.
- (21) Quando o agente suporta um ou mais riscos relevantes, tal como descritos no ponto 16, o acordo concluído entre o agente e o comitente não constitui um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Neste caso, o agente será considerado uma empresa independente e o acordo concluído entre o agente e o comitente cairá sob a alçada do artigo 101.º, n.º 1, como qualquer outro acordo vertical.

3. Acordos de subcontratação

- (22) A subcontratação diz respeito ao fornecimento de tecnologia ou equipamento por um contratante a um subcontratante que se compromete a produzir determinados produtos com base nessa tecnologia ou equipamento (exclusivamente) para o contratante. A subcontratação é abrangida pela Comunicação da Comissão de 18 de Dezembro de 1978 relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado ⁽¹⁾ (doravante «Comunicação relativa à subcontratação»). Em conformidade com esta comunicação, que continua a ser aplicável, os acordos de subcontratação, por força dos quais o subcontratante se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o contratante, não são em geral abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, desde que a tecnologia ou equipamento sejam necessários para que o subcontratante produza os produtos. Contudo, outras restrições impostas ao subcontratante, como a obrigação de não realizar ou explorar actividades próprias de investigação e desenvolvimento ou de, em geral, não produzir para terceiros, podem ser abrangidas pelo artigo 101.º ⁽²⁾.

⁽¹⁾ JO C 1 de 3.1.1979, p. 2.

⁽²⁾ Ver o ponto 3 da Comunicação relativa à subcontratação.

III. APLICAÇÃO DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO POR CATEGORIA

1. Espaço de admissibilidade automática criado pelo Regulamento de Isenção por Categoria

- (23) Na maior parte das restrições verticais só poderão surgir problemas em matéria de concorrência se existir uma concorrência insuficiente num ou mais estádios da actividade comercial, ou seja, se existir um certo grau de poder de mercado a nível do fornecedor ou do comprador ou a ambos os níveis. Desde que não incluam distorções graves da concorrência, que constituem restrições da concorrência por objecto, o Regulamento de Isenção por Categoria cria uma presunção de legalidade relativamente aos acordos verticais, em função da quota de mercado do fornecedor e do comprador. Nos termos do artigo 3.º do Regulamento de Isenção por Categoria, é a quota do fornecedor no mercado em que vende os bens ou serviços contratuais e a quota do comprador no mercado ou mercados em que adquire os bens ou serviços contratuais que determinam a aplicação da isenção por categoria. Para que a isenção por categoria seja aplicável, as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não podem, cada uma delas, exceder o limiar de 30 %. A Secção V das presentes Orientações fornece indicações quanto à definição do mercado relevante e o cálculo das quotas de mercado. Acima do limiar da quota de mercado de 30 %, não existe qualquer presunção de que os acordos verticais sejam abrangidos pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfaçam as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo artigo, mas não existe também uma presunção de que os acordos verticais que não se enquadram no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, satisfaçam normalmente as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo artigo.

2. Âmbito de aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria

2.1. Definição de acordos de verticais

- (24) O artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento de Isenção por Categoria define «acordo vertical» como «um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.»
- (25) Existem quatro elementos principais na definição de «acordo vertical» mencionada do ponto 24:
- (a) O Regulamento de Isenção por Categoria aplica-se a acordos e práticas concertadas. O Regulamento de Isenção por Categoria não se aplica ao comportamento unilateral das empresas em causa. Este comportamento unilateral pode ser abrangido pelo artigo 102.º, que proíbe o abuso de uma posição dominante. Para que exista um acordo na acepção do artigo 101.º é suficiente que as partes expressem a sua vontade comum de se comportarem no mer-

cado de uma determinada forma. A forma como essa intenção é expressa não é importante, desde que constitua a expressão fiel dessa intenção. No caso de não existir um acordo explícito que manifeste a concordância de vontades, a Comissão terá de provar que a política unilateral de uma das partes pressupõe a aceitação da outra. No âmbito dos acordos verticais, a aceitação de uma determinada política unilateral pode ser determinada de duas formas. Em primeiro lugar, a aceitação pode ser deduzida dos poderes conferidos às partes num acordo geral pré-estabelecido. Se as cláusulas de um acordo geral pré-estabelecido prevêm que uma parte adopte subsequentemente uma política unilateral específica vinculativa para a outra parte, ou a autorizam a fazê-lo, a aceitação dessa política pela outra parte pode ser estabelecida com base em tais cláusulas⁽¹⁾. Em segundo lugar, na ausência de tal aceitação explícita, a Comissão pode demonstrar a existência de uma aceitação tácita. Para tal, é necessário demonstrar, em primeiro lugar, que uma parte solicitou, explícita ou implicitamente, a cooperação da outra parte na aplicação da sua política unilateral e, em segundo, que esta última cumpriu tal exigência aplicando na prática a política unilateral⁽²⁾. Por exemplo, se na sequência de um anúncio de redução unilateral de fornecimentos por parte de um fornecedor a fim de impedir o comércio paralelo, os distribuidores reduzem imediatamente as suas encomendas e se abstêm de efectuar comércio paralelo, tais distribuidores aceitam tacitamente a política unilateral do fornecedor. Todavia, não se pode chegar a esta conclusão se os distribuidores continuarem a realizar actividades comerciais paralelas ou tentarem encontrar novas formas de realizar actividades comerciais paralelas. Da mesma forma, no âmbito dos acordos verticais, essa aceitação pode ser deduzida a partir do nível de coacção exercido por uma parte no sentido de impor a sua política unilateral à outra parte ou partes no acordo e também do número de distribuidores que efectivamente aplicam na prática a política unilateral do fornecedor. Por exemplo, um sistema de controlo e de sanções, criado por um fornecedor para penalizar os distribuidores que não cumprem a sua política unilateral, é indiciador de uma aceitação tácita da política unilateral do fornecedor se tal sistema permitir a este último aplicar na prática a sua política. As duas formas descritas no presente ponto de determinação da aceitação podem ser utilizadas em conjunto;

- (b) O acordo ou prática concertada deve envolver duas ou mais empresas. Os acordos verticais com clientes finais que não desenvolvem actividades como uma empresa não são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria. De forma mais geral, os acordos com consumidores finais não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, uma vez que esta disposição só é aplicável aos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas de empresas. Tal não prejudica a eventual aplicação do artigo 102.º;

⁽¹⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-74/04 P, *Comissão/Volkswagen AG*, Colectânea 2006, p. I-6585.

⁽²⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no Processo T-41/96, *Bayer AG/Comissão*, Colectânea 2000, p. II-3383.

(c) O acordo ou prática concertada deve envolver empresas que operam cada uma delas, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição. Isto significa, por exemplo, que uma empresa produz uma matéria-prima que a outra empresa utiliza como factor de produção, ou de que a primeira é um produtor, a segunda um grossista e a terceira um retalhista. Tal não exclui a possibilidade de uma empresa desenvolver as suas actividades em mais de um nível da produção ou da cadeia de distribuição.

(d) Os acordos ou práticas concertadas dizem respeito às condições em que as partes no acordo, ou seja, o fornecedor e o comprador, «podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços». Tal reflecte o objectivo do Regulamento de Isenção por Categoria de abranger os acordos de compra e de distribuição. Trata-se de acordos que dizem respeito às condições de aquisição, venda ou revenda de bens ou serviços fornecidos pelo fornecedor e/ou que dizem respeito às condições de venda, pelo comprador, dos bens ou serviços que integram aqueles bens ou serviços. Tanto os bens ou serviços fornecidos pelo fornecedor como os bens ou serviços deles resultantes, são considerados bens ou serviços contratuais para efeitos do Regulamento de Isenção por Categoria. Os acordos verticais relativos a todos os bens e serviços intermédios são abrangidos. A única excepção é o sector dos veículos automóveis, na medida em que este sector continue a ser abrangido por uma isenção por categoria específica como o Regulamento (CE) n.º 1400/2002 da Comissão de 31 de Julho de 2002, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel⁽¹⁾ ou outro que o venha a substituir. Os bens ou serviços fornecidos ou prestados pelo fornecedor podem ser revendidos pelo comprador ou podem ser utilizados como um factor de produção pelo comprador, a fim de fabricar os seus próprios bens ou prestar os seus próprios serviços.

(26) O Regulamento de Isenção por Categoria é igualmente aplicável aos bens vendidos e adquiridos para locação a terceiros. Contudo, os contratos de arrendamento e alugar enquanto tais não são abrangidos, uma vez que o fornecedor não está a vender ao comprador qualquer bem ou serviço. De uma forma mais geral, o Regulamento de Isenção por Categoria não abrange restrições ou obrigações que não estejam relacionadas com as condições de aquisição, venda e revenda, tais como uma obrigação que impeça as partes de realizar actividades de investigação e desenvolvimento independentes, que as partes podem incluir num acordo que, quanto ao resto, é um acordo vertical. Por outro lado, o artigo 2.º, n.ºs 2 a 5, Regulamento de Isenção por Categoria exclui, directa ou indirectamente, certos acordos verticais do âmbito de aplicação daquele regulamento.

2.2 Acordos verticais entre concorrentes

(27) O artigo 2.º, n.º 4, do Regulamento de Isenção por Categoria exclui expressamente do seu âmbito de aplica-

ção os «acordos verticais concluídos entre empresas concorrentes». Os acordos verticais entre concorrentes são tratados, no que respeita aos eventuais efeitos de colusão, nas Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal⁽²⁾. Contudo, os aspectos verticais desses acordos devem ser apreciados à luz das presentes Orientações. O artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria define uma empresa concorrente como «um concorrente real ou potencial». Duas empresas são consideradas concorrentes reais se desenvolverem actividades no mesmo mercado relevante. Uma empresa é considerada um concorrente potencial de uma outra empresa se, na ausência do acordo vertical, é susceptível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários dentro de um curto período de tempo, normalmente não superior a um ano, por forma a entrar no mercado relevante em que a outra empresa desenvolve actividades, em resposta a um aumento pequeno mas permanente dos preços relativos. Esta apreciação deve basear-se em factores realistas; a mera possibilidade teórica de entrada no mercado não é suficiente⁽³⁾. Um distribuidor que fornece especificações a um fabricante para a produção de determinados bens com a marca de distribuidor não deve ser considerado um fabricante destes bens.

(28) O artigo 2.º, n.º 4, do Regulamento de Isenção por categoria contém duas excepções à proibição geral dos acordos verticais entre concorrentes, as quais dizem respeito aos acordos não recíprocos. Os acordos não recíprocos entre concorrentes são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria no caso de (a) o fornecedor ser um fabricante e distribuidor de bens e o comprador ser apenas um distribuidor e não uma empresa concorrente a nível de fabrico, ou (b) o fornecedor ser um prestador de serviços em vários estádios da actividade comercial, enquanto o comprador fornece os seus bens ou serviços a nível retalhista e não é uma empresa concorrente no mesmo estádio da actividade comercial em que adquire os serviços contratuais. A primeira excepção abrange situações de dualidade de distribuição, isto é, situações em que o fabricante de determinados bens exerce igualmente actividades de distribuição desses bens, em concorrência com distribuidores independentes dos seus bens. Em caso de dualidade de distribuição, considera-se geralmente que qualquer efeito potencial na relação concorrencial entre o fabricante e o retalhista, no estádio do comércio a retalho, é menos importante do que o efeito potencial do acordo de fornecimento vertical, em geral, na concorrência a nível da produção ou a nível retalhista. A segunda excepção abrange situações semelhantes de dualidade de distribuição, mas neste caso em relação aos serviços, sempre que o fornecedor é também um fornecedor de produtos a nível retalhista em que o comprador desenvolve as suas actividades.

⁽²⁾ JO C 3 de 6.1.2001, p. 2. Está prevista para breve uma revisão dessas Orientações.

⁽³⁾ Ver Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 5, pontos 20 a 24, XIII Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão, ponto 55 e Decisão 90/410/CEE da Comissão relativa ao Processo IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*, JO L 209 de 8.8.1990, p. 15.

⁽¹⁾ JO L 203 de 1.8.2002, p. 30.

2.3. Associações de retalhistas

(29) O artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento de Isenção por Categoria abrange os acordos verticais concluídos por uma associação de empresas que satisfaça determinadas condições, sendo excluídos por conseguinte os acordos verticais concluídos por todas as outras associações. Os acordos verticais concluídos entre uma associação e os seus membros, ou entre uma associação e os seus fornecedores, só são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria se todos os seus membros se dedicarem ao comércio de bens a retalho (que não à prestação de serviços) e se cada membro individual da associação registar um volume de negócios que não ultrapasse 50 milhões de euros. Os retalhistas são distribuidores que revendem bens a clientes finais. Quando só um reduzido número dos membros da associação regista um volume de negócios que ultrapassa o limiar de 50 milhões de euros e quando estes membros, em conjunto, representam menos de 15 % do volume de negócios conjunto de todos os membros, tal não afectará, normalmente, a apreciação efectuada ao abrigo do artigo 101.º

(30) Uma associação de empresas pode implicar acordos horizontais e verticais. Os acordos horizontais devem ser apreciados segundo os princípios estabelecidos nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal⁽¹⁾. Se esta apreciação conduzir à conclusão de que uma cooperação entre empresas no domínio das aquisições ou das vendas é aceitável, será necessária uma nova apreciação para examinar os acordos verticais concluídos pela associação com os seus fornecedores ou os seus membros individuais. Esta última apreciação seguirá as regras do Regulamento de Isenção por Categoria bem como as presentes Orientações. Por exemplo, os acordos horizontais concluídos entre os membros da associação ou as decisões adoptadas pela associação, como a decisão de exigir que os membros efectuem as suas aquisições junto da associação ou a decisão de atribuir territórios exclusivos aos membros, devem ser apreciados, em primeiro lugar, enquanto acordos horizontais. Quando esta apreciação levar à conclusão que o acordo horizontal é aceitável, é necessária uma apreciação dos acordos verticais entre a associação e os membros individuais ou entre a associação e os fornecedores.

2.4. Acordos verticais que incluem disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual

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

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

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

(33) A primeira condição torna claro que o contexto em que os direitos de propriedade intelectual são concedidos é um acordo de compra ou de distribuição de bens ou um acordo de compra ou prestação de serviços e não um acordo relativo à atribuição ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual para o fabrico de bens, nem um puro acordo de licenciamento. O Regulamento de Isenção por Categoria não abrange por exemplo:

- (a) acordos em que uma parte fornece a outra parte uma receita e concede uma licença à outra parte para produzir uma bebida com base nesta receita;
- (b) acordos no âmbito dos quais uma parte fornece a outra um molde ou um exemplar original e concede uma licença à outra parte para produzir e distribuir cópias;
- (c) a licença pura de utilização de uma marca comercial ou insígnia para efeitos de comercialização;

⁽¹⁾ Ver ponto 27.

- (d) contratos de patrocínio relativos ao direito de fazer publicidade como patrocinador oficial de um acontecimento;
- (e) concessão de licenças de direitos de autor, como contratos de radiodifusão envolvendo o direito de registar e/ou de difundir um acontecimento.
- (34) A segunda condição torna claro que o Regulamento de Isenção por Categoria não é aplicável quando os direitos de propriedade intelectual são concedidos pelo comprador ao fornecedor, independentemente de dizerem respeito à forma de fabrico ou de distribuição. Um acordo relativo à transferência de direitos de propriedade intelectual para o fornecedor e que contenha eventuais restrições às vendas efectuadas pelo fornecedor não é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria. Tal significa em especial que, em matéria de subcontratação, a transferência de saber-fazer para um subcontratante⁽¹⁾ não é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria (ver também ponto 22 supra). Contudo, os acordos verticais segundo os quais o comprador apenas fornece ao fornecedor especificações que descrevem os bens ou os serviços a fornecer são abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria.
- (35) A terceira condição torna claro que, a fim de ser abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, o acordo não deve ter como principal objecto a atribuição ou a concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual. O principal objecto deve ser a compra, venda ou revenda de bens ou serviços e as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual devem servir para a aplicação do acordo vertical.
- (36) A quarta condição exige que as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual facilitem a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes. Os bens ou serviços para utilização ou revenda são normalmente fornecidos pelo licenciante, mas também podem ser adquiridos pelo licenciado a um terceiro fornecedor. As disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual dizem normalmente respeito à comercialização de bens ou serviços. É o que acontece, por exemplo, num acordo de franquia, em que o franqueador vende ao franqueado bens para revenda e concede ao franqueado uma licença para utilização da sua marca e do seu saber-fazer para comercializar os bens ou quando o fornecedor de um extracto concentrado concede uma licença ao comprador para o diluir e engarrafar antes de o vender como bebida.
- (37) A quinta condição chama a atenção para o facto de as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual não terem o mesmo objecto que qualquer das restrições graves indicadas no artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria ou que qualquer das restrições excluídas do âmbito de aplicação daquele regulamento pelo artigo 5.º (ver pontos n.ºs 47 a 69 das presentes orientações).

⁽¹⁾ Ver Comunicação sobre a subcontratação (mencionada no ponto 22).

- (38) Os direitos de propriedade intelectual relevantes para a aplicação dos acordos verticais, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento de Isenção por Categoria, dizem geralmente respeito a três áreas principais: marcas, direitos de autor e saber-fazer.

Marcas

- (39) A concessão de uma licença de utilização de uma marca a um distribuidor pode estar relacionada com a distribuição dos produtos do licenciante num determinado território. Se se tratar de uma licença exclusiva, o acordo equivale à distribuição exclusiva.

Direitos de autor

- (40) Os revendedores de bens protegidos por direitos de autor (livros, *software*, etc.) podem ser obrigados, pelo titular dos direitos de autor, a revender apenas na condição de o comprador, independentemente de ser um outro revendedor ou o utilizador final, não infringir os direitos de autor. Essas obrigações impostas ao revendedor, na medida em que sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, são cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria.
- (41) Os acordos no âmbito dos quais são fornecidas cópias de programas informáticos para revenda e em que o revendedor não adquire uma licença relativa a quaisquer direitos sobre esse programa informático, tendo apenas o direito de revender as cópias, devem ser considerados como acordos para o fornecimento de bens para revenda, nos termos do Regulamento de Isenção por Categoria. No âmbito desta forma de distribuição, a licença do programa informático só produz efeitos entre o proprietário dos direitos de autor e o utilizador do programa. Pode tratar-se de uma licença do tipo «shrink wrap», isto é, uma licença que estabelece um conjunto de condições incluídas na embalagem do suporte do programa, que se considera aceite pelo utilizador final ao abrir a embalagem.
- (42) Os compradores de equipamento informático que inclua programas protegidos por direitos de autor podem ser obrigados, pelo titular dos direitos de autor, a não infringir esses direitos, e não podem, assim, fazer cópias ou revender os programas informáticos nem fazer cópias ou utilizar tais programas informáticos em conjugação com outro equipamento. Essas restrições à utilização, na medida em que sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, são cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria.

Saber-fazer

- (43) Os acordos de franquia, à excepção dos acordos de franquia industrial, constituem o exemplo mais óbvio em que o saber-fazer para efeitos de comercialização é comunicado ao comprador⁽²⁾. Os acordos de franquia contêm licenças de direitos de propriedade intelectual relativos a marcas ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou a prestação de serviços. Para além

⁽²⁾ Os pontos 43-45 aplicam-se, por analogia, a outros tipos de acordos de distribuição que implicam a transferência de um saber-fazer significativo do fornecedor para o comprador.

da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador proporciona normalmente ao franqueado, durante a vigência do acordo, assistência comercial ou técnica, como serviços de aquisição, formação, conselhos no domínio imobiliário, planeamento financeiro, etc. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objecto da franquia.

(44) A concessão de licenças incluídas nos acordos de franquia é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, se as cinco condições indicadas no ponto (31) estiverem preenchidas. Estas condições estão normalmente preenchidas, uma vez que na maior parte dos acordos de franquia, incluindo os acordos de franquia principal, o franqueador fornece bens e/ou serviços, em especial serviços de assistência comercial ou técnica, ao franqueado. Os direitos de propriedade intelectual ajudam o franqueado a revender os produtos fornecidos pelo franqueador ou por um fornecedor por este designado ou a utilizar estes produtos e a vender os bens ou serviços daí resultantes. Quando o acordo de franquia envolve apenas ou principalmente a concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual, não é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, mas a Comissão aplicar-lhe-á, normalmente, os princípios estabelecidos nesse Regulamento de Isenção por Categoria e nas presentes Orientações.

(45) As seguintes obrigações relativas a direitos de propriedade intelectual são geralmente consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador e estão, se forem abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, igualmente cobertas pelo Regulamento de Isenção por Categoria. A obrigação de o franqueado:

- (a) não desenvolver, directa ou indirectamente, quaisquer actividades semelhantes;
- (b) não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente, de tal modo que esse facto lhe conferisse o poder de influenciar o comportamento económico dessa empresa;
- (c) não divulgar a terceiros o saber-fazer transmitido pelo franqueador, enquanto este saber-fazer não se tiver tornado do domínio público;
- (d) comunicar ao franqueador qualquer experiência adquirida na exploração da franquia e conceder-lhe, bem como a outros franqueados, uma licença não exclusiva para o saber-fazer resultante dessa experiência;
- (e) informar o franqueador de infracções aos direitos de propriedade intelectual licenciados, intentar procedimentos em justiça contra os infractores ou prestar assistência ao franqueador em quaisquer acções judiciais contra os infractores;

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

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

2.5. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria

(46) O artigo 2.º, n.º 5, estabelece que o Regulamento de Isenção por Categoria «não é aplicável aos acordos verticais cuja matéria seja abrangida pelo âmbito de aplicação de qualquer outro regulamento de isenção por categoria, salvo disposição em contrário desse outro regulamento». O Regulamento de Isenção por Categoria não é aplicável aos acordos verticais abrangidos pelo Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 27 de Abril de 2004, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia ⁽¹⁾, pelo Regulamento (CE) n.º 1400/2002, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel ⁽²⁾ ou pelos Regulamentos (CE) n.º 2658/2000 de 29 de Dezembro de 2000 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização ⁽³⁾ e (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento ⁽⁴⁾, de isenção dos acordos verticais concluídos em relação a acordos horizontais, nem por quaisquer regulamentos futuros do mesmo tipo, salvo disposição em contrário desse outro regulamento.

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

(47) O Regulamento de Isenção por Categoria inclui no seu artigo 4.º uma lista de restrições graves que levam à exclusão da totalidade de um acordo vertical do seu âmbito de aplicação ⁽⁵⁾. Quando uma destas restrições graves é incluída num acordo, presume-se que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Presume-se igualmente que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, não sendo assim aplicável a isenção por categoria. Contudo, as empresas podem,

⁽¹⁾ JO L 123 de 27.4.2004, p. 11.

⁽²⁾ Ver ponto 25.

⁽³⁾ JO L 304 de 5.12.2000, p. 3.

⁽⁴⁾ JO L 304 de 5.12.2000, p. 7.

⁽⁵⁾ Esta lista de restrições graves é aplicável aos acordos verticais relativos ao comércio no interior da União. Se os acordos verticais disserem respeito a exportações para fora da União ou a importações/reimportações provenientes do exterior da União, ver acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Colectânea 1998, p. I-1983. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou, no n.º 20 que: «não pode considerar-se que um acordo que engloba o compromisso, assumido pelo revendedor perante o produtor, de reservar a comercialização dos produtos contratuais a um mercado situado no exterior da Comunidade tenha por objectivo restringir de modo sensível a concorrência no interior do mercado comum, ou seja, susceptível de afectar, enquanto tal, o comércio entre os Estados-Membros».

num processo individual, demonstrar os efeitos pró-concorrenciais nos termos do artigo 101.º, n.º 3 ⁽¹⁾. Caso as empresas demonstrem que a inclusão da restrição grave no acordo irá provavelmente proporcionar ganhos de eficiência e que, em termos gerais, todas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas, a Comissão será solicitada a apreciar efectivamente o impacto negativo provável na concorrência antes de determinar, em última análise, se as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas ⁽²⁾.

- (48) A restrição grave constante referida no artigo 4.º, alínea a), do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito à imposição do preço de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar. No caso de disposições contratuais ou práticas concertadas que estabeleçam directamente os preços de revenda, a restrição é bem clara. Contudo, a imposição do preço de revenda pode ser igualmente alcançada através de meios indirectos. Exemplos destes últimos são os acordos de fixação da margem de distribuição, de fixação do nível máximo de descontos que o distribuidor pode conceder a partir de um determinado nível de preços estabelecido, a subordinação da concessão de reduções ou do reembolso dos custos promocionais por parte do fornecedor a um determinado nível de preços, a associação do preço de revenda estabelecido com os preços de revenda de concorrentes, ameaças, intimidações, avisos, sanções, atrasos ou suspensão das entregas ou cessação de contratos em função do cumprimento de um determinado nível de preços. Os meios directos ou indirectos para alcançar uma fixação de preços podem ser mais eficazes quando combinados com medidas para identificar os distribuidores que reduzem os preços, tais como a criação de um sistema de controlo dos preços ou a obrigação de os retalhistas denunciarem outros membros da rede de distribuição que se desviem do nível de preços comuns. Do mesmo modo, a fixação directa ou indirecta dos preços pode ser mais eficaz quando combinada com medidas susceptíveis de reduzir o incentivo do comprador para reduzir o preço de revenda, como, por exemplo, o fornecedor imprimir um preço de revenda recomendado no produto ou obrigar o comprador a aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido. Podem ser utilizados os mesmos meios indirectos e as mesmas medidas «de apoio» para fazer com que os preços recomendados ou máximos tenham o mesmo efeito do que a imposição do preço de revenda. No entanto, a utilização de uma medida de apoio específica ou o fornecimento de uma lista com preços recomendados ou preços máximos por parte do fornecedor ao comprador não é em si considerado como conducente à imposição do preço de revenda.

⁽¹⁾ Ver, em especial, pontos 106 a 109 que descrevem em termos gerais os eventuais ganhos de eficiência relacionados com restrições verticais e a Secção VI.2.10 relativa às restrições sobre os preços de revenda. Ver, para directrizes gerais, a Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

⁽²⁾ Embora se trate, em termos jurídicos, de duas fases distintas podem, na prática, consistir num processo interactivo em que as partes e a autoridade aperfeiçoam e melhoram, em diversas fases, os respectivos argumentos.

- (49) No caso de acordos de agência, é o comitente que normalmente estabelece os preços de venda, uma vez que o agente nunca se torna proprietário dos bens. Contudo, quando um acordo desse tipo não pode ser qualificado como um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 (ver pontos 12 a 21), uma obrigação que impeça ou restrinja o agente de partilhar a sua comissão, fixa ou variável, com o cliente será uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, alínea a), do Regulamento de Isenção por Categoria. A fim de evitar a inclusão desta restrição grave no acordo, o agente deverá ter a liberdade de reduzir o preço efectivamente pago pelo cliente sem diminuir as receitas do comitente ⁽³⁾.

- (50) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea b), do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que tenham directa ou indirectamente por objecto restringir as vendas realizadas por um comprador parte no acordo ou pelos seus clientes, na medida em que estas restrições se refiram ao território em que o comprador ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços contratuais ou incidam na clientela que podem visar. Esta restrição grave diz respeito à partilha do mercado por território ou por grupo de clientes, podendo resultar de obrigações directas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes em determinados territórios ou a obrigação de transferir as encomendas destes clientes para outros distribuidores. Pode resultar igualmente de medidas indirectas destinadas a induzir o distribuidor a não vender a esses clientes, como a recusa ou a redução de bónus ou descontos, a cessação do fornecimento, a redução das quantidades fornecidas ou a limitação das quantidades fornecidas e destinadas a satisfazer a procura no território atribuído ou do grupo de clientes, a ameaça de cessação do contrato, a exigência de um preço mais elevado para os produtos a exportar, a limitação da proporção das vendas que pode ser objecto de exportação ou as obrigações de repercussão dos lucros. Pode ainda resultar do facto de o fornecedor não prestar um serviço de garantia a nível da União, ao abrigo do qual todos os distribuidores são obrigados a fornecer o serviço de garantia, sendo reembolsados por este serviço pelo fornecedor, mesmo em relação a produtos vendidos por outros distribuidores no seu território ⁽⁴⁾. Estas práticas são ainda mais susceptíveis de serem consideradas uma restrição das vendas do comprador quando utilizadas em conjugação com a aplicação, por parte do fornecedor, de um

⁽³⁾ Ver, por exemplo, a Decisão 91/562/CEE da Comissão no Processo IV/32.737 - Eirpage, JO L 306 de 7.11.1991, p. 22, em especial o considerando (6).

⁽⁴⁾ Se o fornecedor decidir não reembolsar os seus distribuidores pelos serviços prestados ao abrigo da garantia a nível da União, pode chegar a acordo com esses distribuidores no sentido de que um distribuidor que efectue uma venda fora do território que lhe foi atribuído, pagará ao distribuidor designado no território de destino um encargo calculado com base no custo dos serviços (que serão) efectuados, incluindo uma margem de lucro razoável. Este tipo de acordo poderá não ser considerado uma restrição das vendas do distribuidor fora do seu território (ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-67/01, *JCB Service/Comissão*, Colectânea 2004, p. II-49, n.ºs 136 a 145).

sistema de controlo destinado a verificar o destino efectivo dos bens fornecidos, por exemplo, a utilização de rótulos diferenciados ou de números de série. Todavia, as obrigações impostas ao revendedor de expor as marcas do fornecedor também não são consideradas graves. Uma vez que o artigo 4.º, alínea b), diz apenas respeito às restrições às vendas por parte do comprador ou seus clientes, tal implica que as restrições às vendas do fornecedor não constituem também uma restrição grave, desde que se encontrem preenchidas as condições referidas no ponto (59) e que dizem respeito à venda de peças sobressalentes, no contexto do artigo 4.º, alínea e), do Regulamento de Isenção por Categoria. O artigo 4.º, alínea b), é aplicável sem prejuízo de uma eventual restrição relativa ao local de estabelecimento do comprador. Assim, se for acordado que o comprador limitará os seus estabelecimentos e armazéns de distribuição a um endereço, local ou território específicos, não cessará o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria.

- (51) Existem quatro excepções à restrição grave constante do artigo 4.º, alínea b), do Regulamento de Isenção por Categoria. A primeira excepção do artigo 4.º, alínea b), subalínea (i), permite que um fornecedor restrinja as vendas activas de um comprador parte no acordo a um território ou a um grupo de clientes que tenha sido atribuído de forma exclusiva a um outro comprador ou que o fornecedor tenha reservado para si próprio. Está-se perante uma atribuição exclusiva de um território ou de um grupo de clientes quando o fornecedor acorda em vender o seu produto a um único distribuidor para distribuição num território específico ou a um grupo de clientes específico e o distribuidor exclusivo está protegido contra as vendas activas no seu território ou ao seu grupo de clientes por todos os outros compradores do fornecedor na União, independentemente das vendas do fornecedor. O fornecedor pode combinar a atribuição de um território exclusivo e de um grupo de clientes exclusivo com, por exemplo, a designação de um distribuidor exclusivo para um determinado grupo de clientes num certo território. Esta protecção de territórios atribuídos de forma exclusiva permite as vendas passivas nesses territórios ou a esses grupos de clientes. Para efeitos de aplicação do artigo 4.º, alínea b), do Regulamento de Isenção por Categoria, a Comissão interpreta vendas «activas» e «passivas» da seguinte forma:

- Entende-se por vendas «activas», a abordagem activa de clientes individuais através de, por exemplo, publicidade por correio, incluindo o envio de correio electrónico não solicitado, ou visitas, ou a abordagem activa de um grupo de clientes específico ou de clientes num território específico através de publicidade nos meios de comunicação, na Internet ou outras promoções especificamente destinadas a esse grupo de clientes ou orientadas para clientes nesse território. Considera-se venda activa a um grupo de clientes específico ou a clientes num território específico, a publicidade ou a promoção que, sendo apenas

atraente para o comprador, (também) atinge esse grupo de clientes ou clientes nesse território.

- Entende-se por vendas «passivas» a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes. A publicidade de carácter geral ou a promoção que atinge clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores, mas que constitui uma forma razoável de atingir clientes fora desses territórios ou grupos de clientes, por exemplo, para atingir clientes no seu próprio território, são consideradas vendas passivas. Considera-se que a publicidade ou a promoção de carácter geral constitui uma forma razoável de atingir esses clientes se fosse interessante para o comprador realizar esses investimentos mesmo que não atingissem clientes nos territórios ou grupos de clientes (exclusivos) de outros distribuidores.
- (52) A Internet constitui um instrumento poderoso que permite chegar a um leque de clientes mais vasto e mais variado do que seria possível utilizando apenas métodos de vendas mais tradicionais, o que explica que determinadas restrições relativas à utilização da Internet sejam consideradas restrições em matéria de (re)venda. Em princípio, todos os distribuidores devem poder utilizar a Internet para vender produtos. O facto de um distribuidor utilizar um sítio Internet para vender produtos é considerado uma forma de venda passiva, uma vez que constitui uma forma razoável de permitir que os clientes cheguem ao distribuidor. A utilização de um sítio Internet pode ter efeitos que vão além do território ou grupo de clientes do distribuidor; porém, tais efeitos são o resultado da tecnologia, que permite acesso fácil a partir de qualquer ponto. Se um cliente visita um sítio Web de um distribuidor, contactando-o de seguida, e se este contacto conduz a uma venda, incluindo a entrega, tal é considerado uma venda passiva. O mesmo acontece se um cliente optar por ser mantido informado (automaticamente) pelo distribuidor e se esta opção levar a uma venda. O simples facto de oferecer diferentes opções linguísticas no sítio Internet não altera o carácter passivo da venda. Por conseguinte, a Comissão considera, a título de exemplo, que as seguintes restrições constituem restrições graves às vendas passivas, visto que são susceptíveis de limitar a possibilidade de o distribuidor chegar a um leque de clientes mais vasto e mais diversificado:

- (a) um acordo no sentido de o distribuidor (exclusivo) impedir que os clientes localizados num outro território (exclusivo) visualizem o seu sítio Web ou obrigar o distribuidor a prever um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios Web do fabricante ou de outros distribuidores (exclusivos). Tal não exclui um acordo no sentido de o sítio Web do distribuidor propor adicionalmente diversas ligações para os sítios Web de outros distribuidores e /ou do fornecedor;

- (b) um acordo no sentido de o distribuidor (exclusivo) pôr termo às transacções de consumidores na Internet quando as informações do cartão de crédito revelam que o endereço não se encontra no território (exclusivo) do distribuidor;
- (c) um acordo no sentido de o distribuidor limitar a percentagem das vendas globais realizadas na Internet. Tal não impede o fornecedor de exigir, sem limitar as vendas em linha do distribuidor, que o comprador venda pelo menos uma determinada quantidade absoluta (em termos de valor ou de volume) de produtos fora de linha, a fim de garantir o funcionamento eficiente do seu estabelecimento tradicional, nem impede o fornecedor de assegurar que a actividade em linha do distribuidor é coerente com o modelo de distribuição do fornecedor (ver pontos 54 e 56). Este volume absoluto exigido para as vendas fora de linha pode ser o mesmo para todos os compradores ou ser determinada individualmente para cada comprador com base em critérios objectivos, como a importância do comprador na rede ou a sua localização geográfica;
- (d) um acordo no sentido de o distribuidor pagar um preço mais elevado pelos produtos que se destinam a ser revendidos em linha pelo distribuidor do que pelos produtos que se destinam a ser revendidos de outra forma. Tal não impede que o fornecedor acorde com o comprador um encargo fixo (isto é, um encargo que não seja variável, em que o montante aumente proporcionalmente ao volume de negócios realizado fora de linha, uma vez que tal corresponderia, indirectamente, a uma dualidade em matéria de fixação de preços) para apoiar as actividades de venda em linha ou fora de linha do comprador.
- (53) Uma restrição à utilização da Internet imposta aos distribuidores parte de um acordo é compatível com o Regulamento de Isenção por Categoria na medida em que tal promoção na Internet ou utilização da Internet leve a uma venda activa, por exemplo, nos territórios ou aos grupos de clientes exclusivos de outro distribuidor. A Comissão considera que a publicidade em linha especificamente dirigida a determinados clientes constitui uma forma de venda activa a esses clientes. Por exemplo, as faixas publicitárias em função do território colocadas em sítios Web de terceiros constituem uma forma de venda activa no território onde tais faixas publicitárias são visualizadas. Em geral, as acções realizadas especificamente num determinado território ou destinadas a um determinado grupo de clientes constituem uma venda activa nesse território ou a esse grupo de clientes. Por exemplo, pagar a um motor de pesquisa ou a um fornecedor de publicidade em linha para divulgar publicidade especificamente junto de utilizadores de um território específico constitui uma venda activa nesse território.
- (54) Não obstante, fornecedor pode, ao abrigo da isenção por categoria, exigir normas de qualidade para a utilização do sítio Internet para revender os seus bens, tal como pode exigir normas de qualidade para um estabelecimento, para a venda por catálogo ou para a publicidade e promoção em geral. Tal pode ser particularmente relevante para a distribuição selectiva. Ao abrigo da isenção por categoria, o fornecedor pode, por exemplo, exigir que os

seus distribuidores disponham de um ou mais estabelecimentos tradicionais ou de salões de exposição como condição para se tornarem membros da sua rede de distribuição. Ao abrigo da isenção por categoria, são igualmente possíveis alterações subsequentes a esta condição, salvo se tais alterações tiverem por objecto limitar, directa ou indirectamente, as vendas em linha dos distribuidores. Da mesma forma, um fornecedor pode exigir que os seus distribuidores utilizem apenas plataformas de terceiros para distribuir os produtos contratuais em conformidade com as normas e condições acordadas entre o fornecedor e os seus distribuidores relativamente à utilização da Internet por parte dos destes. Por exemplo, no caso de o sítio Web do distribuidor ser acolhido numa plataforma de um terceiro, o fornecedor pode exigir que os clientes não visitem o sítio Web do distribuidor através de um sítio que mostre o nome ou logótipo da plataforma do terceiro.

- (55) Existem três excepções adicionais à restrição grave prevista no artigo 4.º, alínea b), do Regulamento de Isenção por Categoria. As três excepções permitem a restrição tanto das vendas activas como das vendas passivas. Ao abrigo da primeira excepção, é permitido impedir um grossista de vender a clientes finais, permitindo assim que o fornecedor mantenha uma separação entre o estádio grossista e o estádio retalhista. Esta excepção não exclui porém a possibilidade de o grossista vender a determinados utilizadores finais, como por exemplo utilizadores finais de maior dimensão, embora não lhe seja permitida a venda a (todos os) outros utilizadores finais. A segunda excepção autoriza um fornecedor a impedir um distribuidor designado num sistema de distribuição selectiva de vender, em qualquer estádio da actividade comercial, a distribuidores não autorizados situados em qualquer território em que esse sistema esteja a ser aplicado ou em que o fornecedor não vende ainda os produtos contratuais [referido como o «território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema» no artigo 4.º, alínea b), subalínea (iii)]. A terceira excepção permite que um fornecedor restrinja um comprador de componentes, fornecidas para incorporação, de as revender a concorrentes do fornecedor. O termo «componente» inclui quaisquer bens intermédios e o termo «incorporação» refere-se à utilização de qualquer produto intermédio para o fabrico de um bem.
- (56) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria exclui a restrição de vendas activas ou passivas a utilizadores finais, independentemente de serem utilizadores finais profissionais ou consumidores finais, por parte de membros de uma rede de distribuição selectiva, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro da rede de desenvolver actividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado. Assim, os distribuidores num sistema de distribuição selectiva, tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento de Isenção por Categoria, não podem ser objecto de restrições em relação à escolha dos utilizadores a quem podem vender ou dos agentes de compras que actuam em nome desses utilizadores, salvo para proteger um sistema de distribuição exclusiva que funcione noutro local (ver ponto 51). Num sistema de distribuição selectiva, o distribuidor deverá ter a liberdade

de vender, de forma activa ou passiva, a todos os utilizadores finais, inclusivamente através da Internet. Consequentemente, a Comissão considera que qualquer obrigação que dissuada os distribuidores designados de utilizarem a Internet para atingir um leque mais vasto e diversificado de clientes, através da imposição de condições para as vendas em linha não equivalentes, em termos globais, às impostas para as vendas num estabelecimento tradicional, constitui uma restrição grave. Tal não significa que as condições impostas às vendas em linha devam ser idênticas às aplicadas às restantes vendas, mas antes que devem ter os mesmos objectivos e alcançar resultados comparáveis e que as diferenças entre elas devem decorrer da diferente natureza destes dois modos de distribuição. Por exemplo, para impedir as vendas a distribuidores não autorizados, um fornecedor pode exigir que os seus distribuidores seleccionados limitem as vendas a cada utilizador individual a uma determinada quantidade dos produtos contratuais. Esta exigência pode ter de ser mais estrita para as vendas em linha se for mais fácil, para um distribuidor não autorizado, obter tais produtos recorrendo à Internet do que num estabelecimento tradicional. Da mesma forma, pode ter de ser mais estrita para as vendas não efectuadas em linha se for mais fácil obtê-los num estabelecimento tradicional. Para garantir a entrega atempada dos produtos contratuais nas vendas não efectuadas em linha, o fornecedor pode impor que os produtos sejam entregues imediatamente. Embora uma exigência deste tipo não possa ser imposta para as vendas em linha, o fornecedor pode especificar tempos de entrega exequíveis no que se refere a estas vendas. Podem ter de ser formulados requisitos específicos relativamente aos serviços de assistência pós-vendas em linha, a fim de cobrir os custos decorrentes da devolução do produto por parte dos clientes e da aplicação de sistemas de pagamento seguros.

(57) No território em que o fornecedor aplica a distribuição selectiva, este sistema não pode ser combinado com a distribuição exclusiva, uma vez que tal provocaria uma restrição das vendas activas ou passivas por parte dos distribuidores nos termos do artigo 4.º, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria, podendo no entanto ser impostas restrições à capacidade de o distribuidor escolher a localização das suas instalações comerciais. Alguns representantes seleccionados podem ser impedidos de prosseguir as suas actividades a partir de diferentes instalações ou de abrir um novo estabelecimento numa localização diferente. Neste contexto, o facto de um distribuidor utilizar o seu próprio sítio Web não pode ser assimilado à abertura de um novo estabelecimento numa localização diferente. Se o estabelecimento do comerciante for móvel pode ser definida uma área fora da qual o estabelecimento ambulante não pode funcionar. Além disso, o fornecedor pode comprometer-se a abastecer apenas um distribuidor ou um número limitado de distribuidores numa parte específica do território em que o sistema de distribuição selectiva é aplicado.

(58) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea d), do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito à restrição de fornecimentos cruzados entre distribuidores designados no âmbito de um sistema de distribuição selectiva. Tal significa que um acordo ou prática concertada não pode ter como objecto, directo ou indirecto, impedir ou restringir a venda activa ou passiva de pro-

ductos contratuais entre os distribuidores seleccionados. Estes devem continuar a poder adquirir os produtos contratuais a outros distribuidores designados no âmbito da rede, quer funcionem num mesmo estádio ou num estádio diferente da actividade comercial. Isto significa que a distribuição selectiva não pode ser combinada com restrições verticais destinadas a forçar os distribuidores a adquirirem os produtos contratuais exclusivamente junto de uma determinada fonte. Significa igualmente que, no âmbito de uma rede de distribuição selectiva, não podem ser impostas quaisquer restrições a grossistas designados, no que diz respeito às suas vendas do produto a retalhistas designados.

(59) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea e), do Regulamento de Isenção por Categoria diz respeito aos acordos que impedem ou restringem utilizadores finais, estabelecimentos de reparação e fornecedores de serviços de assistência independentes de terem acesso a peças sobressalentes directamente junto do respectivo fabricante. Um acordo entre um fabricante de peças sobressalentes e um comprador que incorpora estas peças nos seus próprios produtos (fabricante de equipamento de origem) não pode, quer directa quer indirectamente, impedir ou restringir as vendas destas peças sobressalentes pelo fabricante aos utilizadores finais, aos estabelecimentos de reparação ou aos prestadores de serviço de assistência independentes. Podem surgir restrições indirectas em especial quando são impostas restrições ao fornecedor das peças sobressalentes no que se refere ao fornecimento de informações técnicas e de equipamento especial necessários à utilização das peças sobressalentes por parte dos utilizadores, dos estabelecimentos de reparação ou dos prestadores de serviços de assistência independentes. Contudo, o acordo pode prever restrições no que diz respeito ao fornecimento de peças sobressalentes aos estabelecimentos de reparação ou aos prestadores de serviços a quem o fabricante do equipamento de origem confiou a reparação ou a prestação de serviços dos seus próprios bens. Por outras palavras, o fabricante de equipamento de origem pode exigir que a sua própria rede de reparação e de prestação de serviços de assistência lhe compre as peças sobressalentes.

4. Casos individuais de restrições graves às vendas susceptíveis de não se enquadrarem no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, ou de preencherem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3

(60) As restrições graves podem, em situações excepcionais, ser objectivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares⁽¹⁾, não sendo abrangidas pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1. Por exemplo, uma restrição grave pode ser necessária para assegurar o respeito de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a determinados clientes por razões de segurança ou saúde. Por outro lado, as empresas podem invocar ganhos de eficiência em sua defesa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, no âmbito de processos individuais. A presente secção fornece alguns exemplos no que se refere a restrições de (re)venda, sendo a imposição dos preços de revenda (IPR) abordada na secção VI.2.10.

⁽¹⁾ Ver ponto 18 da Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

- (61) Um distribuidor que é o primeiro a vender uma nova marca ou a vender uma marca existente num novo mercado, garantindo assim uma entrada genuína no mercado relevante, pode ter de efectuar investimentos significativos onde, anteriormente, não existia qualquer procura para esse tipo de produto em geral ou para esse tipo de produto desse fabricante. Trata-se muitas vezes de custos irreversíveis e, neste caso, pode acontecer que o distribuidor se recuse a concluir o acordo de distribuição sem um certo período de protecção contra as vendas (activas e) passivas no seu território ou ao seu grupo de clientes por parte de outros distribuidores. É o que se passa, por exemplo, quando um fabricante estabelecido num mercado nacional específico entra num outro mercado nacional e introduz os seus produtos através de um distribuidor exclusivo e quando esse distribuidor necessita de fazer investimentos para o lançamento e estabelecimento da marca no novo mercado. Por conseguinte, quando são necessários investimentos substanciais por parte do distribuidor para lançar e/ou desenvolver o novo mercado, as restrições impostas às vendas passivas de outros distribuidores nesse território ou a esse grupo de clientes, necessárias para que o distribuidor recupere tais investimentos, não são na generalidade abarcadas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, durante os primeiros dois anos em que esse distribuidor vende os produtos ou serviços contratuais nesse território ou a esse grupo de clientes, embora se presuma que este tipo de restrições graves é em geral abrangido por esta disposição.
- (62) No caso de um verdadeiro teste de um novo produto num território limitado ou junto de um grupo de clientes limitado e no caso de uma introdução progressiva de um novo produto, os distribuidores designados para vender o novo produto no mercado a ser testado ou para participar na(s) primeira(s) fase(s) da introdução progressiva, podem ser objecto de restrições no que se refere às vendas activas fora do mercado de teste ou do(s) mercado(s) em que o produto é pela primeira vez introduzido, sem que tais restrições sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, durante o período necessário à realização dos testes ou à introdução do produto.
- (63) No caso de um sistema de distribuição selectiva, os fornecimentos cruzados entre distribuidores designados devem, normalmente, continuar a ser possíveis (ver ponto 58). Todavia, se distribuidores designados em territórios diferentes forem obrigados a investir em actividades promocionais nos «seus» territórios para apoiar as vendas de retalhistas designados e se for difícil, em termos práticos, prever as actividades promocionais requeridas através de contrato, as restrições às vendas activas impostas pelos grossistas aos retalhistas designados nos territórios de outros grossistas, a fim de evitar eventuais fenómenos de «parasitismo», podem, em casos individuais, preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
- (64) Na generalidade, o acordo no sentido de que um distribuidor deve pagar um preço mais elevado por produtos destinados a serem revendidos em linha pelo distribuidor constitui uma restrição grave (ver ponto 52). Contudo, em certas circunstâncias específicas, um tal acordo é susceptível de preencher as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3. Estas circunstâncias podem estar presentes quando um fabricante acorda com os seus distri-

buidores no estabelecimento desta dualidade a nível da fixação de preços, porque as vendas em linha implicam custos substancialmente mais elevados para o fabricante do que as vendas não realizadas em linha. Por exemplo, quando as vendas não realizadas em linha incluem a instalação no domicílio efectuada pelo distribuidor, originando assim um maior número de reclamações dos clientes e de reclamações ao abrigo da garantia junto do fabricante. Neste caso, a Comissão avaliará igualmente em que medida a restrição é susceptível de limitar as vendas através da Internet e impedir que o distribuidor chegue a um leque mais vasto e mais diversificado de clientes.

5. Restrições excluídas ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria

- (65) O artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria exclui determinadas obrigações do seu âmbito de aplicação, mesmo que o limiar da quota de mercado não seja ultrapassado. Todavia, o Regulamento de Isenção por Categoria continua a ser aplicável à restante parte do acordo vertical se essa parte puder ser separada das obrigações não isentadas.
- (66) A primeira exclusão está prevista no artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento de Isenção por Categoria e diz respeito a obrigações de não concorrência. As obrigações de não concorrência são acordos em que o comprador adquire ao fornecedor ou a outra empresa por ele designada mais de 80 % das suas compras totais de bens e serviços contratuais e respectivos substitutos, calculados com base nas compras do ano anterior (tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento de Isenção por Categoria), impedindo desta forma o comprador de adquirir bens ou serviços concorrentes ou limitando essas compras a menos de 20 % das compras totais. Se, no primeiro ano subsequente à celebração do contrato não se encontrarem disponíveis dados relevantes respeitantes às aquisições do comprador no ano anterior, podem ser utilizadas as melhores estimativas do comprador em relação às suas necessidades totais anuais. Estas obrigações de não concorrência não são abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a sua duração é indefinida ou ultrapassa cinco anos. As obrigações de não concorrência que são tacitamente renováveis para além de um período de cinco anos não são igualmente abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria (ver artigo 5.º, n.º 1, segundo parágrafo). Na generalidade, as obrigações de não concorrência são excluídas por aquele regulamento quando a sua duração se limita a cinco anos ou menos e quando não existem quaisquer obstáculos que impeçam o comprador de pôr efectivamente termo à obrigação de não concorrência no final do período de cinco anos. Se, por exemplo, o acordo prever uma obrigação de não concorrência por cinco anos e o fornecedor conceder um empréstimo ao comprador, o reembolso desse empréstimo não deve impedir o comprador de pôr efectivamente termo à obrigação de não concorrência no final do período de cinco

anos. Do mesmo modo, quando o fornecedor fornece ao comprador equipamento que não é específico à sua relação contratual, o comprador deve igualmente ter a possibilidade de adquirir esse equipamento ao preço de mercado no termo da obrigação de não concorrência.

(67) O prazo limite de cinco anos não é aplicável quando os bens ou serviços são revendidos pelo comprador «a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomados de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador». Nesses casos, a obrigação de não concorrência pode ter a mesma duração que o período de ocupação do ponto de venda por parte do comprador (artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento de Isenção por Categoria). Esta excepção justifica-se porque, normalmente, não será razoável esperar que um fornecedor permita que produtos concorrentes sejam vendidos a partir de instalações e terrenos da sua propriedade sem a sua autorização. Por analogia, aplicam-se os mesmos princípios quando o comprador desenvolve a sua actividade a partir de um estabelecimento móvel propriedade do fornecedor ou arrendado pelo fornecedor junto de terceiros não ligados ao comprador. Qualquer constituição artificial de direitos reais, como a transferência, por parte do distribuidor ao fornecedor, dos seus direitos de propriedade relativos ao terreno ou instalações apenas durante um período limitado, destinados a evitar o prazo máximo de cinco anos, não podem beneficiar desta excepção.

(68) A segunda exclusão do Regulamento de Isenção por Categoria está prevista no seu artigo 5.º, n.º 1, alínea b), e diz respeito a obrigações de não concorrência impostas ao comprador após o termo do acordo. Essas obrigações não são normalmente abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, a não ser que a obrigação seja indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador, seja limitada ao ponto de venda a partir do qual o comprador operou durante o período contratual e se limite a um período máximo de um ano (ver artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento de Isenção por Categoria). De acordo com a definição prevista no artigo 1.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento de Isenção por Categoria, o saber-fazer deve ser «substancial», entendendo-se enquanto tal «que o saber-fazer é significativo e útil ao comprador para efeitos de utilização, venda ou revenda dos bens ou serviços contratuais».

(69) A terceira exclusão do Regulamento de Isenção por Categoria está prevista no seu artigo 5.º, n.º 1, alínea c), e diz respeito à venda de bens concorrentes num sistema de distribuição selectiva. O Regulamento de Isenção por Categoria abrange a combinação da distribuição selectiva com uma obrigação de não concorrência, obrigando os distribuidores a não revenderem marcas concorrentes em geral. Contudo, se o fornecedor impedir os seus distribuidores designados, quer directa quer indirectamente, de comprarem produtos para revenda a determinados fornecedores concorrentes, essa obrigação não pode beneficiar do Regulamento de Isenção por Categoria. O objectivo da

exclusão desta obrigação consiste em evitar que alguns fornecedores, que utilizam os mesmos estabelecimentos de distribuição selectiva, impeçam um concorrente específico ou certos concorrentes específicos de utilizarem esses estabelecimentos para distribuírem os seus produtos (exclusão de um fornecedor concorrente que constituiria uma forma de boicote colectivo) ⁽¹⁾.

6. Divisibilidade

(70) O Regulamento de Isenção por Categoria isenta os acordos verticais desde que não incluam restrições graves, tal como estabelecidas no artigo 4.º daquele regulamento, nem dêem origem ao exercício de uma tal restrição. Se existir uma ou mais restrições graves, é excluído o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação à totalidade do acordo vertical. Não existe divisibilidade em relação às restrições graves.

(71) A regra da divisibilidade é contudo aplicável às restrições excluídas por força do artigo 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria. Por conseguinte, só é excluído o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação à parte do acordo vertical que não esteja em conformidade com as condições estabelecidas no seu artigo 5.º.

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

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

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

- (a) não existe qualquer isenção por categoria, mas também não existe qualquer presunção de ilegalidade;
- (b) perante uma infracção ao artigo 101.º, n.º 1, que não seja susceptível de isenção, poder-se-á ponderar se existem soluções adequadas para resolver o problema de concorrência no âmbito do sistema de distribuição existente;
- (c) caso não existam soluções apropriadas, o fornecedor em causa terá de concluir outros acordos de distribuição.

Esta situação pode igualmente surgir nos casos em que é aplicável o artigo 102.º em relação a alguns produtos, embora não o seja em relação a outros.

⁽¹⁾ Um exemplo de medidas indirectas com tais efeitos de exclusão consta da Decisão 92/428/CEE da Comissão no Processo IV/33.542, *Parfum Givenchy*, JO L 236 de 19.8.1992, p. 11.

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

1. Procedimento de retirada

- (74) A presunção de legalidade conferida pelo Regulamento de Isenção por Categoria pode ser retirada se o acordo vertical, considerado quer isoladamente quer em conjunto com acordos semelhantes aplicados por fornecedores ou compradores concorrentes, for abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, e não satisfizer todas as condições do artigo 101.º, n.º 3.
- (75) As condições para uma isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, podem, em particular, não estar satisfeitas quando o acesso ao mercado relevante ou a concorrência nesse mercado forem significativamente restringidos pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos verticais semelhantes, concluídos por fornecedores ou compradores concorrentes. As redes paralelas de acordos verticais devem ser consideradas semelhantes quando incluírem restrições que produzam efeitos semelhantes no mercado. Uma situação deste tipo pode surgir, por exemplo, quando num determinado mercado certos fornecedores praticam uma distribuição selectiva puramente qualitativa enquanto outros fornecedores praticam uma distribuição selectiva quantitativa. Pode igualmente acontecer quando, num determinado mercado, a utilização cumulativa de critérios qualitativos provoca um efeito de evicção nos distribuidores mais eficientes. Nestas circunstâncias, a apreciação deve tomar em consideração os efeitos anticoncorrenciais imputáveis a cada rede de acordos individual. Se for caso disso, a retirada pode dizer respeito apenas a um critério qualitativo específico ou apenas às limitações quantitativas impostas ao número de distribuidores autorizados.
- (76) A responsabilidade por um efeito cumulativo anticoncorrencial só pode ser atribuída a empresas que para ele tenham contribuído de forma significativa. Os acordos concluídos por empresas cujo contributo para o efeito cumulativo seja insignificante não são abrangidos pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, ⁽¹⁾ e não estão por conseguinte sujeitos ao mecanismo de retirada. A apreciação dessa contribuição será efectuada de acordo com os critérios estabelecidos nos pontos 128 a 229.
- (77) Sempre que for aplicado o mecanismo de retirada, é à Comissão que cabe o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, e de que não satisfaz uma ou mais das condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3. Uma decisão de retirada só pode ter efeitos *ex nunc*, o que significa que o estatuto de isenção dos acordos em causa não será afectado até à data em que a retirada produzir efeitos.

- (78) Tal como referido no décimo quarto considerando do Regulamento de Isenção por Categoria, a autoridade competente de um Estado-membro pode retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria em relação a acordos verticais cujos efeitos anticoncorrenciais se façam sentir no território do Estado-Membro em causa ou numa parte dele, desde que esse território possua todas as características de um mercado geográfico distinto. A Comissão tem competência exclusiva para retirar o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria no que diz respeito a acordos verticais que restrinjam a concorrência num mercado geográfico relevante que seja mais vasto do que o território de um único Estado-Membro. Sempre que o território de um único Estado-Membro, ou parte deste, constitua o mercado geográfico relevante, a Comissão e o Estado-Membro em causa têm competências paralelas no que diz respeito à retirada.

2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria

- (79) O artigo 6.º do Regulamento de Isenção por Categoria permite à Comissão excluir do seu âmbito, mediante regulamento, as redes paralelas de restrições verticais idênticas, se representarem mais de 50 % de um mercado relevante. Tal medida não se destina a empresas individuais, dizendo antes respeito a todas as empresas cujos acordos estejam definidos num tal regulamento de inaplicabilidade.
- (80) Embora a retirada do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria implique a adopção de uma decisão que estabeleça uma infracção ao artigo 101.º por parte de uma determinada empresa, o efeito de um regulamento nos termos do artigo 6.º é meramente o de suprimir, em relação às restrições e aos mercados em causa, o benefício da aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria e restabelecer a plena aplicação do artigo 101.º, n.os 1 e 3. Na sequência da adopção de um regulamento que declare o Regulamento de Isenção por Categoria inaplicável relativamente a determinadas restrições verticais num mercado específico, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral e por comunicações e decisões anteriores adoptadas pela Comissão orientarão a aplicação do artigo 101.º a acordos individuais. Se for caso disso, a Comissão adoptará decisões relativas a casos individuais, fornecendo orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.
- (81) Para efeitos do cálculo do rácio de cobertura do mercado de 50 %, deve ser tomada em consideração cada rede individual de acordos verticais que incluam restrições, ou respectivas combinações, e que produzam efeitos idênticos no mercado. O artigo 6.º do Regulamento de Isenção por Categoria não implica, para a Comissão, uma obrigação de agir sempre que o rácio de cobertura de 50 % seja ultrapassado. Em geral, a inaplicabilidade é apropriada quando existem probabilidades de o acesso ao

⁽¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991 no processo C-234/89, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, Colectânea 1991, p. I-935.

mercado relevante ou a concorrência nesse mercado serem restringidos de forma significativa. Tal pode acontecer em especial quando redes paralelas de distribuição selectiva, que representem mais de 50 % de um mercado, sejam susceptíveis de encerrar o acesso a esse mercado, através da utilização de critérios de selecção que não são exigidos pela natureza dos produtos relevantes ou de uma discriminação relativamente a certas formas de distribuição através das quais possam ser vendidos esses produtos.

(82) Ao avaliar a necessidade de aplicação do artigo 6.º do Regulamento de Isenção por Categoria, a Comissão tomará em consideração a possibilidade de a retirada individual constituir uma solução mais apropriada. Tal pode depender, em especial, do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo no mercado ou do número dos mercados geográficos afectados na União.

(83) Qualquer regulamento mencionado no artigo 6.º do Regulamento de Isenção por Categoria deve estabelecer claramente o seu âmbito de aplicação. Como tal, a Comissão deve, em primeiro lugar, definir o(s) mercado(s) do produto e geográfico(s) relevante(s) e, em segundo lugar, identificar o tipo de restrição vertical relativamente à qual deixa de ser aplicável o Regulamento de Isenção por Categoria. No que respeita a este último aspecto, a Comissão pode adaptar o âmbito do seu regulamento em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos do tipo marca única devam ser tomadas em consideração, a fim de estabelecer o rácio de cobertura do mercado de 50 %, a Comissão pode, no entanto, restringir o âmbito de um regulamento de não aplicação apenas às obrigações de não concorrência que excedam um determinado período de tempo. Deste modo, podem não ser afectados os acordos que tenham uma duração menor ou que sejam menos restritivos, tendo em consideração o menor grau de encerramento imputável a essas restrições. Da mesma forma, quando num determinado mercado é praticada uma distribuição selectiva em conjugação com restrições adicionais, tais como obrigações de não concorrência ou de aquisição de determinadas quantidades por parte do comprador, o regulamento que determina a inaplicabilidade pode dizer apenas respeito a essas restrições adicionais. Se for caso disso, a Comissão poderá igualmente fornecer orientações, especificando o nível da quota de mercado que, no contexto do mercado específico, pode ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa individual contribui de forma significativa para o efeito cumulativo.

(84) Por força do Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas⁽¹⁾, a Comissão terá de estabelecer um período transitório não inferior a seis meses para que um regulamento de não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria possa ser aplicado. Tal deverá

permitir às empresas em causa adaptarem os seus acordos a fim de terem em conta o disposto no regulamento de não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria.

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

V. DEFINIÇÃO DO MERCADO E CÁLCULO DA QUOTA DE MERCADO

1. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante

(86) A Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência⁽²⁾ fornece orientações sobre as regras, critérios e elementos comprovativos que a Comissão utiliza quando analisa questões relativas à definição do mercado. Essa Comunicação não será objecto de uma explicação pormenorizada nas presentes Orientações e deverá servir de base para as questões de definição do mercado. As presentes Orientações tratarão apenas de questões específicas que surgem no contexto das restrições verticais e que não são tratadas naquela comunicação.

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

(87) Nos termos do artigo 3.º do Regulamento de Isenção por Categoria, as quotas de mercado tanto do fornecedor como do comprador são decisivas para estabelecer se a isenção por categoria é aplicável. Para que tal se verifique, tanto a quota de mercado do fornecedor, no mercado em que vende os produtos contratuais ao comprador, como a quota de mercado do comprador, no mercado em que compra os produtos contratuais, não podem, cada uma delas, ultrapassar 30 %. No que se refere aos acordos entre pequenas e médias empresas não é em geral necessário calcular as quotas de mercado (ver ponto 11).

(88) A fim de calcular a quota de mercado de uma empresa, é necessário determinar o mercado relevante em que essa empresa vende ou adquire os produtos contratuais. Para este efeito, têm que ser definidos o mercado do produto relevante e o mercado geográfico relevante. O mercado do produto relevante inclui quaisquer bens ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelos compradores devido às suas características, preço e utilização pretendida. O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem e adquirem os bens ou serviços relevantes, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que pode distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido, em especial, ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

⁽¹⁾ JO 36 de 6.3.1965, pp.533/65. Edição especial portuguesa: Capítulo 08, Fascículo 1, p. 85.

⁽²⁾ JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

- (89) A definição do mercado do produto depende sobretudo da substituíbilidade na perspectiva dos compradores. Quando o produto fornecido é utilizado como um factor de produção para fabricar outros produtos e não é geralmente reconhecível no produto final, o mercado do produto é normalmente definido pelas preferências dos compradores directos. Os clientes dos compradores não terão normalmente uma preferência acentuada relativamente aos factores de produção utilizados pelos compradores. Normalmente, as restrições verticais acordadas entre o fornecedor e o comprador do factor de produção dizem apenas respeito à venda e compra do produto intermédio e não à venda do produto resultante. No caso da distribuição de bens finais, o facto de serem substituíveis para os compradores directos será normalmente influenciado ou determinado pelas preferências dos consumidores finais. Um distribuidor, enquanto revendedor, não pode ignorar as preferências dos consumidores finais quando compra bens finais. Por outro lado, ao nível da distribuição, normalmente as restrições verticais não dizem apenas respeito à venda de produtos entre o fornecedor e o comprador, mas igualmente à sua revenda. Uma vez que, normalmente, diferentes modelos de distribuição concorrem entre si, os mercados não são em geral definidos pela forma de distribuição aplicável. Nos casos em que os fornecedores vendem em geral uma gama de produtos, a gama no seu todo pode determinar o mercado do produto quando as gamas de produtos em si, e não os produtos tomados individualmente, são consideradas substitutos pelos compradores. Uma vez que os distribuidores são compradores profissionais, o mercado geográfico grossista é normalmente mais vasto do que o mercado retalhista, em que o produto é revendido a consumidores finais. Muitas vezes, tal conduzirá à definição de mercados grossistas nacionais ou mais vastos. No entanto, os mercados retalhistas podem também ser mais vastos do que a área de procura do consumidor final, caso se verifiquem condições de mercado homogêneas e exista uma sobreposição das zonas locais ou regionais de atracção de clientes.
- (90) No caso de um acordo vertical envolver três partes, presentes em diferentes estádios da actividade comercial, a quota de mercado de cada parte não pode ultrapassar 30 %, para que seja aplicável a isenção por categoria. Tal como especificado no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Isenção por categoria, se, no âmbito de um acordo multilateral, uma empresa comprar os bens ou serviços contratuais a uma empresa parte no acordo e os vender a outra empresa parte no acordo, a isenção por categoria só é aplicável se a sua quota de mercado não ultrapassar o limiar de 30 %, tanto na qualidade de comprador como de vendedor. Por exemplo, quando num acordo entre um fabricante, um grossista (ou uma associação de retalhistas) e um retalhista é acordada uma obrigação de não concorrência, as quotas de mercado do fabricante e do grossista (ou da associação de retalhistas) não podem ultrapassar 30 % nos respectivos mercados a jusante e as quotas de mercado do grossista (ou associação de retalhistas) e do retalhista não podem ultrapassar 30 % nos respectivos mercados de aquisição, a fim de poder beneficiar da isenção por categoria.
- (91) Quando um fornecedor fabrica equipamento original e peças de reparação e substituição para esse equipamento, o fornecedor será frequentemente o único ou o principal fornecedor nos mercados pós-venda das peças de reparação e substituição. Tal pode igualmente acontecer quando o fornecedor (fornecedor do equipamento de origem) subcontrata o fabrico das peças de reparação e substituição. O mercado relevante para efeitos da aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria pode ser o mercado do equipamento de origem, incluindo as peças sobressalentes, ou um mercado distinto do equipamento de origem e dos serviços pós-venda, consoante as circunstâncias do caso, tais como os efeitos das restrições envolvidas, a duração do equipamento e a importância dos custos de reparação ou substituição⁽¹⁾. Na prática, a questão é a de saber se uma parte significativa de compradores fazem a sua escolha tomando em consideração os custos durante toda a vida do produto. Em caso afirmativo, tal indica que existe apenas um mercado para o equipamento original e as peças de substituição, em conjunto.
- (92) Quando o acordo vertical, para além do fornecimento dos bens contratuais, inclui igualmente disposições relativas a direitos de propriedade intelectual - como uma disposição relativa à utilização da marca do fornecedor - que ajudam o comprador a comercializar os bens contratuais, a quota de mercado do fornecedor no mercado em que este vende os bens contratuais é decisiva para a aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria. Quando um franqueador não fornece bens para serem revendidos, mas fornece um conjunto de serviços e bens combinados com disposições em matéria de direitos de propriedade intelectual que, em conjunto, constituem o método comercial a ser franqueado, o franqueador deve tomar em consideração a sua quota de mercado enquanto fornecedor de um método comercial. Para esse efeito, o franqueador deve calcular a sua quota no mercado em que o método comercial é explorado, o qual corresponde ao mercado em que os franqueados exploram esse método comercial para fornecer bens ou serviços a utilizadores finais. O franqueador tem que basear a sua quota de mercado no valor dos bens ou serviços fornecidos pelos seus franqueados neste mercado. Num mercado deste tipo, os concorrentes podem ser fornecedores de outros métodos comerciais franqueados, mas igualmente fornecedores de bens ou serviços substituíveis que não são objecto de um acordo de franquia. Por exemplo, sem prejuízo da definição de tal mercado, se existisse um mercado de serviços de refeições rápidas, um franqueador que operasse nesse mercado teria de calcular a sua quota de mercado com base nos valores de vendas relevantes dos seus franqueados neste mercado.

⁽¹⁾ Ver, por exemplo, *Pelikan/Kyocera* no XXV Relatório sobre a Política de Concorrência, (1995), COM(96) 126, (não publicado), ponto 87 e Decisão 91/595/CEE da Comissão no processo IV/M.12 - *Varta/Bosch*, JO L 320 de 22.11.1991, p. 26, Decisão da Comissão no processo IV/M.1094 - *Caterpillar/Perkins Engines*, JO C 94 de 28.3.1998, p. 23 e Decisão da Comissão no processo IV/M.768 *Lucas/Varity*, JO C 266 de 13.9.1996, p. 6. Ver igualmente o ponto 56 da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (ver ponto 86).

3. Cálculo das quotas de mercado no âmbito do Regulamento de Isenção por Categoria

- (93) O cálculo das quotas de mercado deve basear-se, em princípio, em dados quantitativos. Se tais dados não se encontrarem disponíveis, podem ser utilizadas estimativas devidamente fundamentadas. Essas estimativas podem basear-se noutras informações de mercado fiáveis, tais como dados sobre os volumes transaccionados [ver artigo 7.º, alínea a), do Regulamento de Isenção por Categoria].
- (94) A produção própria, ou seja, o fabrico de um produto intermédio para uso próprio, pode revestir grande importância numa análise em termos de concorrência, podendo corresponder a uma das limitações da concorrência ou acentuar a posição de uma empresa no mercado. Contudo, para efeitos de definição do mercado e de cálculo da quota de mercado em relação aos bens e serviços intermédios, a produção própria não será tomada em consideração.
- (95) Contudo, no caso de dualidade na distribuição de bens finais, ou seja, quando um fabricante de bens finais age igualmente enquanto distribuidor no mercado, a definição de mercado e o cálculo da quota de mercado devem incluir as vendas dos seus próprios bens, efectuadas pelos produtores através dos seus distribuidores e agentes integrados verticalmente [ver artigo 7.º, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria]. Os «distribuidores integrados» são empresas ligadas na acepção do artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento de Isenção por Categoria ⁽¹⁾.

VI. POLÍTICA SEGUIDA NA APLICAÇÃO DOS CASOS INDIVIDUAIS

1. O enquadramento da análise

- (96) Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante examinar se, no caso em apreço, o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se estão preenchidas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Desde que tenham por objecto a imposição de restrições da concorrência e não incluam, em especial, restrições graves da concorrência, não existe qualquer presunção de que os acordos verticais, que não são abrangidos pela isenção por categoria, devido ao facto de ultrapassarem o limiar da quota de mercado, sejam abrangidos pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfaçam as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo artigo. É necessária uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo. As empresas são incentivadas a efectuar a sua própria apreciação. Os acordos que não

restringam a concorrência na acepção do artigo 101.º, n.º 1, ou que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, são válidos e oponíveis a terceiros. Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado ⁽²⁾, não é necessária uma notificação para beneficiar de uma isenção individual ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. No caso de uma análise individual pela Comissão, é a esta que cabe o ónus da prova de que o acordo em questão infringe o artigo 101.º, n.º 1. Em contrapartida, incumbe à parte que invoca o benefício do disposto no artigo 101.º, n.º 3, apresentar prova do preenchimento das condições previstas nesse número. Quando for demonstrado que o acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais, as empresas podem apresentar razões associadas a ganhos de eficiência devidamente justificadas e explicar por que motivo um certo sistema de distribuição é indispensável para obter benefícios para os consumidores, sem eliminar a concorrência, antes de a Comissão decidir se o acordo satisfaz as condições do artigo 101.º, n.º 3.

- (97) Para determinar se um acordo vertical tem por efeito restringir a concorrência, será estabelecida uma comparação entre a situação efectiva ou a situação futura provável no mercado relevante no caso de estarem em vigor as restrições verticais e a situação que se verificaria na ausência de restrições verticais no acordo. Na apreciação de casos individuais, a Comissão tomará em consideração tanto os efeitos reais como os efeitos prováveis, consoante os casos. Para que os acordos verticais tenham como efeito uma restrição da concorrência, devem afectar a concorrência real ou potencial numa medida tal que seja de prever, com um grau de probabilidade razoável, que produzirão efeitos negativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a variedade ou a qualidade dos bens e dos serviços no mercado relevante. Os prováveis efeitos negativos na concorrência devem ser significativos ⁽³⁾. Um acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos quando pelo menos uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem esse poder de mercado. O poder de mercado é a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis concorrenciais durante um período de tempo não desprezável. O grau de poder de mercado normalmente exigível para concluir pela existência de uma infracção nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 102.º.

⁽¹⁾ Para efeitos de definição dos mercados e de cálculo da quota de mercado não é relevante saber se o distribuidor integrado vende, adicionalmente, produtos de concorrentes.

⁽²⁾ JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁽³⁾ Ver secção II.1.

- (98) As restrições verticais são em geral menos prejudiciais do que as restrições horizontais. A principal razão para a maior preocupação com as restrições horizontais reside no facto de estas poderem dizer respeito a um acordo entre concorrentes que fabricam bens ou serviços idênticos ou substituíveis. Nessas relações horizontais, o exercício do poder de mercado por uma empresa (preços mais elevados para o seu produto) pode beneficiar os seus concorrentes. Tal pode constituir um incentivo para os concorrentes se comportarem de forma anticoncorrencial entre si. Em relações verticais, o produto de uma parte constitui um *input* da outra. Por outras palavras, as actividades das partes no acordo são complementares entre si. Assim, o exercício do poder de mercado, quer pela empresa a montante quer pela empresa a jusante, prejudicará normalmente a procura do produto da outra empresa. Por conseguinte, as empresas envolvidas no acordo têm normalmente um incentivo para impedir o exercício do poder de mercado da outra empresa.
- (99) Todavia, este carácter de auto-restrição não deve ser sobrestimado. Quando uma empresa não tem qualquer poder de mercado, só pode tentar aumentar os seus lucros optimizando os seus processos de fabrico e distribuição, com ou sem a ajuda de restrições verticais. Em termos mais gerais, dado o papel complementar das partes num acordo vertical para introduzir um produto no mercado, as restrições verticais podem proporcionar uma margem significativa para ganhos de eficiência. Contudo, quando uma empresa detém poder de mercado, pode igualmente tentar aumentar os seus lucros à custa dos seus concorrentes directos, através do aumento dos custos desses concorrentes à custa dos seus próprios compradores e em última análise dos consumidores, tentando apropriar-se de uma parte dos respectivos excedentes. Tal pode acontecer quando a empresa a montante e a empresa a jusante partilham os lucros suplementares ou quando uma das duas empresas utiliza restrições verticais para se apropriar da totalidade dos lucros suplementares.
- 1.1. *Efeitos negativos das restrições verticais*
- (100) Os efeitos negativos no mercado que podem resultar de restrições verticais e que a legislação da UE em matéria de concorrência pretende impedir, são os seguintes:
- (a) exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores ou de outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada ou à expansão;
 - (b) abrandamento da concorrência entre o fornecedor e os seus concorrentes e/ou maior possibilidade de colusão entre esses fornecedores, efeitos frequentemente designados por redução da concorrência intermarcas ⁽¹⁾;
 - (c) abrandamento da concorrência entre o comprador e os seus concorrentes e/ou maior possibilidade de colusão entre esses concorrentes, efeitos frequentemente designados por redução da concorrência intramarcas se disser respeito à concorrência entre distribuidores a nível da marca ou produto do mesmo fornecedor;
- (d) criação de obstáculos à integração do mercado, incluindo, principalmente, limitações às possibilidades de os consumidores adquirirem bens ou serviços em qualquer Estado-Membro da sua escolha.
- (101) O encerramento do mercado, o abrandamento da concorrência e a colusão a nível dos fabricantes são susceptíveis de prejudicar os consumidores, em especial através de um aumento dos preços por grosso dos produtos, de uma diminuição da sua qualidade ou de uma redução do nível de inovação do produto. O encerramento do mercado, o abrandamento da concorrência e a colusão a nível dos distribuidores são susceptíveis de prejudicar os consumidores, em especial através de um aumento dos preços de venda a retalho dos produtos, de uma limitação da escolha de combinações preço-produto e formatos de distribuição, de uma diminuição da disponibilidade e da qualidade dos serviços a retalho e de uma redução do grau de inovação da distribuição.
- (102) Num mercado em que cada distribuidor individual distribui a marca ou marcas de apenas um fornecedor, uma redução da concorrência entre os distribuidores da mesma marca provocará uma redução da concorrência intramarcas entre esses distribuidores, mas não poderá ter um efeito negativo na concorrência entre os distribuidores na generalidade. Neste caso, se a concorrência intermarcas for intensa, é pouco provável que uma redução da concorrência intramarcas tenha efeitos negativos para os consumidores.
- (103) Os acordos exclusivos são geralmente mais anticoncorrenciais do que os acordos não exclusivos. Os acordos exclusivos, através das próprias condições contratuais ou dos seus efeitos práticos, têm como resultado que uma parte se abasteça na totalidade ou praticamente na totalidade junto da outra parte. Por exemplo, no âmbito de uma obrigação de não concorrência, o comprador adquire apenas uma marca. A obrigação de aquisição de determinadas quantidades, por outro lado, deixa ao comprador alguma margem para comprar bens concorrentes, podendo, por conseguinte, ser menor o grau de encerramento.
- (104) As restrições verticais acordadas para bens e serviços sem marca são em geral menos prejudiciais do que as restrições que afectam a distribuição de bens e serviços de marca. As marcas tendem a aumentar a diferenciação dos produtos e a reduzir a sua substituíbilidade, conduzindo a uma menor elasticidade da procura e a uma maior possibilidade de aumento dos preços. A distinção entre bens ou serviços com e sem marca coincide frequentemente com a distinção entre bens e serviços intermédios e bens e serviços finais.

⁽¹⁾ Por colusão entende-se tanto a colusão explícita como a colusão tácita (comportamento paralelo consciente).

- (105) Em geral, a combinação de restrições verticais agrava os seus efeitos negativos individuais. Contudo, certas combinações de restrições verticais são menos anticoncorrenciais do que se forem aplicadas isoladamente. Por exemplo, num sistema de distribuição exclusiva, o distribuidor pode ser tentado a aumentar os preços dos produtos, uma vez que a concorrência intramarcas foi reduzida. A utilização da obrigação de compra de determinadas quantidades ou a fixação de preços de revenda máximos pode limitar esses aumentos de preços. Os eventuais efeitos negativos das restrições verticais são agravados quando vários fornecedores e os seus compradores organizam as suas actividades comerciais de forma semelhante, o que leva aos denominados efeitos cumulativos.

1.2. Efeitos positivos das restrições verticais

- (106) É importante reconhecer que as restrições verticais podem ter efeitos positivos, em especial pelo facto de promoverem outros tipos de concorrência que não a nível dos preços e melhorarem a qualidade dos serviços. Quando uma empresa não tem qualquer poder de mercado, apenas pode tentar aumentar os seus lucros otimizando os seus processos de fabrico ou de distribuição. Em diversas situações, as restrições verticais podem ser úteis neste contexto, uma vez que as transacções habituais em condições de concorrência entre fornecedor e comprador, que determinam apenas o preço e a quantidade de uma determinada transacção, podem conduzir a um nível subotimizado de investimentos e vendas.
- (107) Embora tentando apresentar uma panorâmica adequada das várias justificações para as restrições verticais, as presentes Orientações não pretendem ser completas nem exaustivas. As razões que se seguem podem justificar a aplicação de certas restrições verticais:
- (a) «Solucionar um problema do “parasitismo” (“free rider”)». Um distribuidor pode aproveitar-se das actividades de um outro, beneficiando gratuitamente dos esforços de promoção deste último. Este tipo de problema é mais comum a nível grossista e retalhista. A distribuição exclusiva ou restrições semelhantes podem ser úteis para evitar este tipo de comportamento. Pode igualmente verificar-se «parasitismo» entre fornecedores, por exemplo, quando um investe na promoção das instalações do comprador, em geral a nível retalhista, o que pode igualmente atrair clientes para os seus concorrentes. As restrições de tipo não concorrência podem ajudar a ultrapassar o «parasitismo»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ O facto de os consumidores beneficiarem efectivamente, em termos globais, de acções promocionais suplementares depende de tais acções informarem e convencerem e, por conseguinte, beneficiarem um elevado número de novos clientes, ou atingirem principalmente clientes que já sabem o que pretendem comprar e para os quais as acções de promoção suplementares representam principal ou exclusivamente um aumento do preço.

Para que constitua um problema, é necessário que exista uma verdadeira situação de «parasitismo». O «parasitismo» entre compradores pode apenas ocorrer em serviços pré-venda e a nível de outras actividades promocionais, mas não em serviços pós-venda, relativamente aos quais o distribuidor pode facturar os clientes individualmente. O produto necessita normalmente de ser relativamente novo ou tecnicamente complexo, ou a sua reputação deve constituir uma determinante fundamental da procura, uma vez que de outra forma o cliente pode saber perfeitamente o que pretende a partir de compras anteriores. O produto deve também ter um valor razoavelmente elevado, uma vez que de outra forma não será atractivo para um cliente deslocar-se a um estabelecimento para pedir informações e a um outro para comprar. Por último, não pode ser praticável para o fornecedor impor contratualmente a todos os compradores obrigações efectivas de promoção ou de prestação de serviços.

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

- (b) «Abrir novos mercados ou entrar em novos mercados». Quando um fabricante pretende entrar num novo mercado geográfico, por exemplo, exportando pela primeira vez para outro país, tal pode envolver «investimentos iniciais» especiais por parte do distribuidor, a fim de implantar a marca no mercado. Para convencer um distribuidor local a realizar estes investimentos, pode ser necessário proporcionar-lhe protecção territorial, de forma a que possa recuperar estes investimentos cobrando temporariamente um preço mais elevado. Os distribuidores sedeados noutros mercados devem neste caso ser impedidos, por um período limitado, de vender no novo mercado (ver igualmente Secção III.4, ponto 61). É o que acontece especialmente nos problemas de «parasitismo» descritos no ponto 1.
- (c) «O reconhecimento da questão do “parasitismo”». Em alguns sectores, certos retalhistas têm a reputação de armazenarem apenas os produtos «de qualidade». Nesse caso, a venda através destes retalhistas pode revelar-se vital para a introdução de um novo produto. Se o fabricante não puder inicialmente limitar as suas vendas aos estabelecimentos de qualidade, corre o risco de ver os seus produtos eliminados da gama dos distribuidores e a introdução do produto pode falhar. Tal significa que pode justificar-se permitir, durante um período limitado, a vigência de uma restrição como a distribuição exclusiva ou a distribuição selectiva. Deve ser suficiente para garantir a introdução do novo produto, mas não demasiado longa, por forma a impedir a sua divulgação em grande escala. Estes benefícios ocorrerão mais provavelmente com os produtos «de experiência» ou com produtos complexos que representam uma aquisição relativamente importante para o consumidor final.

- (d) O denominado problema da «captividade» (*hold-up*). Por vezes, existem investimentos específicos a um cliente, efectuados quer pelo fornecedor quer pelo comprador, tais como equipamento especial ou formação. Por exemplo, um fabricante de componentes que tem de construir máquinas e equipamento novos a fim de satisfazer uma determinada exigência de um dos seus clientes. O investidor pode não realizar os investimentos necessários antes da conclusão de acordos específicos de fornecimento.

Contudo, tal como nos outros exemplos de «parasitismo», existem algumas condições que devem encontrar-se preenchidas para que o risco de subinvestimento seja real ou significativo. Em primeiro lugar, o investimento deve ser específico a uma relação contratual. Um investimento realizado pelo fornecedor é considerado específico a uma relação contratual quando, após o termo do contrato, não pode ser utilizado pelo fornecedor para abastecer outros clientes e só pode ser vendido com um prejuízo significativo. Um investimento efectuado pelo comprador é considerado específico à relação contratual quando, após o termo do contrato, não pode ser utilizado pelo comprador para adquirir e/ou utilizar produtos fornecidos por outros fornecedores e só pode ser vendido com um prejuízo significativo. Portanto, um investimento é específico a uma relação contratual quando, por exemplo, só pode ser utilizado para fabricar uma componente de marca específica ou para armazenar uma marca específica e não pode, pois, ser utilizado de forma rentável para a produção ou revenda de produtos alternativos. Em segundo lugar, deve ser um investimento a longo prazo que não seja recuperado a curto prazo. E terceiro lugar, o investimento deve ser assimétrico, isto é, uma parte no contrato investe mais do que a outra. Quando estas condições se encontram reunidas, existe normalmente um motivo válido para impor uma restrição vertical em relação ao período de amortização do investimento. A restrição vertical adequada será do tipo de não concorrência ou de obrigação de aquisição de determinadas quantidades quando o investimento é realizado pelo fornecedor e do tipo de distribuição exclusiva, de atribuição exclusiva de clientes ou de fornecimento exclusivo quando o investimento é realizado pelo comprador.

- (e) O «problema específico da “captividade” que pode surgir em caso de transferência de saber-fazer substancial». Após o fornecimento do saber-fazer, este não pode ser retirado e o fornecedor do saber-fazer pode pretender que não seja utilizado pelos seus concorrentes. Na medida em que o saber-fazer não se encontre directamente à disposição do comprador e seja essencial e indispensável para o funcionamento do acordo, essa transferência pode justificar uma restrição do tipo não concorrência, que, normalmente, não será abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1.

- (f) O problema das «externalidades verticais». Um retalhista poderá não usufruir de todos os benefícios das acções que levou a cabo para aumentar as vendas, podendo alguns deles ser transferidos para o fabricante. Por cada unidade suplementar que um retalhista vende devido à diminuição do preço a retalho ou ao reforço das suas acções de promoção das vendas, o fabricante beneficia se o seu preço por grosso exceder os seus custos de produção marginais. Consequentemente, o fabricante poderá beneficiar de uma externalidade positiva decorrente das acções do retalhista. Em contrapartida, do ponto de vista do fabricante, o retalhista pode estar a fixar preços demasiado elevados e/ou a não desenvolver actividades suficientes de promoção das vendas. A externalidade negativa provocada pela fixação de preços demasiado elevados por parte do retalhista é por vezes denominada «problema da aplicação de uma dupla margem» e pode ser evitada através da imposição ao retalhista de um preço máximo de revenda. A distribuição selectiva, a distribuição exclusiva ou restrições semelhantes poderão revelar-se úteis para reforçar as acções de promoção das vendas do retalhista ⁽¹⁾.

- (g) «Economias de escala a nível da distribuição». A fim de explorar as economias de escala e desta forma conseguir um preço de retalho inferior para o seu produto, o fabricante pode pretender concentrar a revenda dos seus produtos num número limitado de distribuidores. Para tal, pode recorrer à distribuição exclusiva, à obrigação de aquisição de determinadas quantidades sob a forma de uma exigência de compra mínima, à distribuição selectiva com um requisito desse tipo ou à obrigação de abastecimento exclusivo.

- (h) «Imperfeições do mercado de capitais». Os fornecedores tradicionais de capital (bancos, mercados de capitais, etc.) podem fornecer capital de forma suboptimizada quando dispõem de informações incompletas sobre a qualidade do mutuário ou quando as garantias associadas ao empréstimo não são adequadas. O comprador ou fornecedor pode dispor de melhores informações e conseguir, através de uma relação exclusiva, obter garantias suplementares para o seu investimento. A concessão de um empréstimo pelo fornecedor ao comprador, pode conduzir a uma obrigação de não concorrência ou à obrigação imposta ao comprador, de adquirir determinadas quantidades. A concessão de um empréstimo pelo comprador ao fornecedor, pode conduzir a uma obrigação de fornecimento exclusivo ou uma obrigação de o fornecedor vender determinadas quantidades.

- (i) «Uniformidade e normalização da qualidade». Uma restrição vertical pode ajudar a criar uma imagem de marca, através da imposição de uma certa uniformidade e da normalização da qualidade a nível dos distribuidores, melhorando desta forma o carácter atractivo de um produto para os consumidores finais e provocando um aumento das vendas. É o que se verifica, por exemplo, na distribuição selectiva e nos acordos de franquia.

⁽¹⁾ Ver, não obstante, a nota precedente.

(108) As nove situações listadas no ponto 107 tornam bem claro que, em certas condições, os acordos verticais são susceptíveis de contribuir para a obtenção de ganhos de eficiência e para o desenvolvimento de novos mercados, o que pode compensar os seus eventuais efeitos negativos. É o que acontece sobretudo nas restrições verticais de duração limitada, que contribuem para a introdução de novos produtos complexos ou protegem investimentos específicos a uma relação contratual. Uma restrição vertical é por vezes necessária durante o tempo em que o fornecedor vende o seu produto ao comprador [ver, em especial, as situações descritas no ponto 107, alíneas a), e), f), g) e i)].

(109) Verifica-se um elevado grau de substituíbilidade entre as diferentes restrições verticais. Tal significa que o mesmo problema de ineficiência pode ser solucionado através de diferentes restrições verticais. Por exemplo, podem provavelmente ser alcançadas economias de escala na distribuição através da utilização da distribuição exclusiva, da distribuição selectiva, da obrigação de aquisição de determinadas quantidades ou do abastecimento exclusivo. Porém, os efeitos negativos sobre a concorrência podem ser diferentes consoante as várias restrições verticais, o que constitui um elemento determinante quando o carácter indispensável das restrições verticais é apreciada ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3.

1.3. Metodologia da análise

(110) A avaliação de uma restrição vertical envolve em geral as seguintes quatro fases ⁽¹⁾:

- a) Em primeiro lugar, as empresas em causa têm de determinar as quotas de mercado do fornecedor e do comprador nos mercados em que, respectivamente, vendem e compram os produtos contratuais.
- b) Se as quotas do mercado relevante do fornecedor e do comprador não excederem, cada uma delas, o limiar de 30 %, o acordo vertical é abrangido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, sem prejuízo da aplicação das disposições em matéria de restrições graves e das condições excluídas estabelecidas no referido regulamento.
- c) Se a quota de mercado relevante for superior ao limiar de 30 %, é necessário avaliar se o acordo vertical é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1.
- d) Se o acordo vertical for abrangido pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, é necessário examinar se preenche as condições de isenção previstas no artigo 101.º, n.º 3.

1.3.1. Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1

(111) Ao avaliar os casos em que se verifique a ultrapassagem do limiar de quota de mercado de 30 %, a Comissão

procederá a uma análise completa da situação concorrencial. Os factores que se seguem são particularmente relevantes para determinar se um acordo vertical implica uma restrição significativa da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1:

- (a) Natureza do acordo;
- (b) Posição das partes no mercado;
- (c) Posição dos concorrentes no mercado;
- (d) Posição dos compradores dos produtos contratuais no mercado;
- (e) Obstáculos à entrada no mercado;
- (f) Maturidade do mercado;
- (g) Estádio da actividade comercial;
- (h) Natureza do produto;
- (i) Outros factores.

(112) A importância de cada factor pode variar consoante os casos e depende de todos os outros factores. Por exemplo, o facto de as partes deterem uma elevada quota de mercado constitui geralmente um bom indício do seu poder de mercado, salvo quando os obstáculos à entrada são reduzidos. Por conseguinte, não é possível estabelecer regras rigorosas sobre a importância respectiva destes diferentes factores.

(113) Os acordos verticais podem assumir vários cambiantes e formas. Por essa razão, afigura-se importante analisar a natureza do acordo na perspectiva das restrições que contém, da sua duração e da percentagem das vendas totais no mercado afectado pelas restrições. Poderá revelar-se necessário ir mais longe do que as condições expressas do acordo. A forma como o acordo é aplicado pelas partes e os incentivos a elas proporcionados podem indicar a existência de restrições implícitas.

(114) A posição das partes no mercado dá uma indicação do grau de poder de mercado que o fornecedor, o comprador ou ambos eventualmente possuem. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, mais elevado será, provavelmente o seu poder de mercado. É o que sucede, nomeadamente, quando a quota de mercado traduz as vantagens em matéria de custos ou outras vantagens concorrenciais das partes face aos seus concorrentes. Tais vantagens concorrenciais podem, por exemplo, decorrer de uma vantagem de antecipação (ter a melhor localização, etc.), de possuir patentes essenciais, de possuir uma tecnologia superior, de ser o líder da marca ou de possuir uma carteira mais importante.

⁽¹⁾ Não se pretende que estas fases apresentem uma fundamentação jurídica que a Comissão deva utilizar por esta ordem no processo de tomada de decisões.

- (115) Aqueles indicadores, nomeadamente a quota de mercado e eventuais vantagens concorrenciais, são utilizados para apreciar a posição dos concorrentes no mercado. Quanto mais fortes e numerosos forem os concorrentes, menor será o risco de as partes poderem exercer individualmente poder de mercado, encerrar o mercado ou provocar um abrandamento da concorrência. É também relevante verificar se é provável que os concorrentes apliquem contra-estratégias eficazes e atempadas. Contudo, se o número de concorrentes for bastante reduzido e a sua posição no mercado (dimensão, custos, potencial de I&D, etc.) for relativamente semelhante, trata-se de uma estrutura de mercado que é susceptível de aumentar o risco de colusão. Quotas de mercado flutuantes ou que mudam rapidamente são, em geral, uma indicação de que existe uma intensa concorrência.
- (116) A posição dos clientes das partes no mercado proporciona uma indicação quanto ao facto de um ou vários clientes possuírem ou não poder negocial enquanto compradores. O primeiro indicador do poder negocial enquanto comprador é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta quota reflecte a importância da sua procura para os eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do cliente no seu mercado de revenda, incluindo características tais como o âmbito da cobertura geográfica dos seus estabelecimentos, as marcas próprias, incluindo as marcas de distribuidor e a sua imagem de marca junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder do comprador pode impedir as partes de exercerem o seu poder no mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É nomeadamente o que acontece quando clientes poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de fornecimento no mercado, em caso de um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos. Quando os clientes fortes obtêm simplesmente condições favoráveis para si próprios ou se contentam em repercutir cada aumento de preços nos seus clientes, a posição que detêm não impede as partes de exercerem o seu poder de mercado.
- (117) Os obstáculos à entrada são avaliados através da capacidade de as empresas presentes no mercado aumentarem os seus preços para além do nível concorrencial sem atrair a entrada no mercado de novas empresas. Na ausência de obstáculos à entrada, a possibilidade de uma entrada fácil e rápida tornaria tais aumentos não rentáveis. Quando é provável que possam ocorrer entradas efectivas que impeçam ou limitem o exercício do poder de mercado num prazo de um ou dois anos, considera-se geralmente que os obstáculos à entrada são reduzidos. Os obstáculos à entrada podem dever-se a uma grande diversidade de factores, tais como, economias de escala e de gama, legislação, nomeadamente quando são estabelecidos direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual, propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado, por exemplo, por razões naturais ⁽¹⁾, equipamentos essenciais, uma vantagem de antecipação no mercado e a fidelidade à marca por parte dos consumidores, criada por campanhas publicitárias importantes durante um determinado período de tempo. As restrições verticais e a integração vertical podem igualmente funcionar como um obstáculo à entrada, dificultando o acesso e excluindo concorrentes (potenciais). Os obstáculos à entrada podem existir apenas a nível dos fornecedores ou dos compradores ou a ambos os níveis. A questão de saber se alguns destes factores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de implicarem ou não custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são os que têm de ser suportados para entrar ou desenvolver actividades no mercado, mas que são perdidos aquando da saída do mercado. Os custos de publicidade para criar a fidelidade do consumidor são normalmente custos irrecuperáveis a não ser que uma empresa que saia do mercado consiga vender a sua marca ou utilizá-la noutra domínio sem sofrer prejuízos. Quanto maiores forem os custos irrecuperáveis, mais os operadores potenciais irão pesar os riscos de entrada no mercado e mais credíveis serão as ameaças dos operadores estabelecidos de fazerem face a esta nova concorrência, na medida em que os custos irrecuperáveis tornarão onerosa qualquer saída do mercado por parte dos operadores estabelecidos. Se, por exemplo, os distribuidores estiverem vinculados a um fabricante através de uma obrigação de não concorrência, o efeito de encerramento será mais significativo se a criação de distribuidores próprios implicar custos irrecuperáveis ao potencial candidato. Em geral, a entrada no mercado exige custos irrecuperáveis, por vezes reduzidos, mas consideráveis noutras circunstâncias. Por conseguinte, uma concorrência efectiva é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.
- (118) Um mercado que atingiu a fase de maturidade é um mercado que existe já há algum tempo, em que a tecnologia utilizada é bem conhecida e disseminada e não regista grandes alterações, em que não existem inovações significativas a nível das marcas e em que a procura é relativamente estável ou em declínio. É mais provável que surjam efeitos negativos num mercado desse tipo do que em mercados mais dinâmicos.
- (119) O estágio da actividade comercial está associado à distinção entre bens e serviços intermédios e finais. Os bens e serviços intermédios são vendidos a empresas para utilização como factor de produção para fabricar outros bens ou serviços e não são geralmente reconhecíveis nos bens ou serviços finais. Os compradores de produtos intermédios são normalmente clientes bem informados, capazes de avaliar a qualidade e, por conseguinte, menos dependentes da marca e da imagem. Os bens finais são, directa ou indirectamente, vendidos a consumidores finais que frequentemente atribuem mais importância à marca e à imagem. Como os distribuidores (retalhistas, grossistas) têm de responder à procura dos consumidores finais, a concorrência pode ser mais prejudicada quando os distribuidores são impedidos de venderem uma ou algumas marcas do que quando os compradores de produtos intermédios são impedidos de comprar produtos concorrentes junto de certas fontes de abastecimento.

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

(120) A natureza do produto é importante, principalmente no que diz respeito aos produtos finais, para apreciar tanto os eventuais efeitos negativos como os eventuais efeitos positivos. Ao apreciar os eventuais efeitos negativos, é importante saber se os produtos no mercado são mais homogêneos ou heterogêneos, se o produto é dispendioso, consumindo uma grande parte do orçamento do consumidor, ou se não é dispendioso e se o produto é adquirido uma única vez ou repetidamente. Em geral, quando o produto é mais heterogêneo, menos dispendioso e é mais susceptível de ser adquirido uma única vez, as restrições verticais poderão produzir mais efeitos negativos.

(121) Na apreciação de restrições específicas podem ter de ser tomados em consideração outros factores, entre os quais o efeito cumulativo, isto é, a cobertura do mercado por acordos semelhantes concluídos entre outras partes, se o acordo é «imposto» (é sobretudo uma das partes que está sujeita a restrições ou obrigações) ou «voluntário» (ambas as partes aceitam restrições ou obrigações), o quadro e o comportamento regulamentar que podem indicar ou facilitar uma colusão (liderança a nível dos preços, alterações de preços previamente anunciadas e discussões sobre o preço «certo», rigidez dos preços em resposta a capacidade excedentária, discriminação a nível dos preços e anterior comportamento colusivo).

1.3.2. Factores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3

(122) Os acordos verticais restritivos podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais, sob a forma de ganhos de eficiência, susceptíveis de compensar os seus efeitos anti-concorrenciais. A apreciação é efectuada ao abrigo do artigo 101º, n.º 3, que prevê uma derrogação à regra de proibição constante do artigo 101º, n.º 1. Para que esta derrogação seja aplicável, o acordo vertical deve apresentar vantagens económicas objectivas, as restrições da concorrência devem ser indispensáveis para atingir esses ganhos de eficiência, os consumidores devem obter uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e o acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa ⁽¹⁾.

(123) A apreciação dos acordos restritivos à luz do artigo 101.º, n.º 3, é efectuada tendo em conta o contexto efectivo em que tais acordos são concluídos ⁽²⁾ e

com base nos factos existentes num dado momento. A apreciação é sensível a alterações materiais dos factos. A excepção prevista no artigo 101.º, n.º 3, é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal deixar de se verificar ⁽³⁾. Ao aplicar o artigo 101.º, n.º 3, à luz destes princípios é necessário ter em consideração os investimentos efectuados por qualquer uma das partes, bem como o tempo e as limitações necessárias para realizar e recuperar um investimento destinado a aumentar a eficiência.

(124) A primeira condição estabelecida no artigo 101.º, n.º 3, exige uma apreciação dos benefícios objectivos em termos dos ganhos de eficiência produzidos pelo acordo. Neste contexto, os acordos verticais são frequentemente susceptíveis de contribuir para os ganhos de eficiência, tal como explicado na Secção 1.2, melhorando a forma como as partes conduzem as suas actividades complementares.

(125) Para se assegurar que as restrições são indispensáveis, tal como exigido no artigo 101.º, n.º 3, a Comissão examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a produção, aquisição e/ou (re)venda dos produtos contratuais de forma mais eficiente do que aconteceria na ausência da restrição. Nesta apreciação, devem ser tomadas em consideração as condições e a realidade do mercado com que as partes se confrontam. Não é necessário que as empresas que invocam o benefício do artigo 101.º, n.º 3, tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Devem, contudo, explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restritivas seriam significativamente menos eficientes. Se o recurso a uma alternativa que se afigure comercialmente realista e menos restritiva desse origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa seria considerada indispensável.

(126) A condição de que os consumidores devem receber uma parte equitativa dos benefícios significa que os consumidores dos produtos adquiridos e ou (re)vendidos no quadro dos acordos verticais devem beneficiar de compensações pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo ⁽⁴⁾. Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo nos preços, produção e outros factores relevantes.

⁽¹⁾ Ver Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

⁽²⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça nos processos apensos 25/84 e 26/84, *Ford*, Colectânea 1985, p. 2725.

⁽³⁾ A este propósito, ver, por exemplo, a decisão da Comissão 1999/242/EC (processo No IV/36.237 – *TPS*), JO L 90 de 2.4.1999, p. 6. Do mesmo modo, a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, também só é aplicável se o acordo tiver um objecto ou efeitos restritivos.

⁽⁴⁾ Ver ponto 85 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado, citadas na nota 4.

(127) A última condição enunciada no artigo 101.º, n.º 3, segundo a qual um acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, pressupõe uma análise das pressões concorrenciais que subsistem no mercado e do impacto do acordo sobre essas fontes de concorrência. Na aplicação da última condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, é conveniente ter em conta a relação entre o artigo 101.º, n.º 3, e o artigo 102.º. Segundo jurisprudência estabelecida, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não pode impedir a aplicação do artigo 102.º⁽¹⁾. Além disso, como os artigos 101.º e 102.º se destinam ambos a manter a concorrência efectiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o artigo 101.º, n.º 3, seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante⁽²⁾. O acordo vertical não pode eliminar a concorrência efectiva, suprimindo a totalidade ou a maior parte das fontes de concorrência real ou potencial. A rivalidade entre empresas constitui um vector indispensável da eficiência económica, incluindo eficiências dinâmicas sob a forma de inovação. Na sua ausência, a empresa em posição dominante não terá os incentivos adequados para continuar a criar e a repercutir ganhos de eficiência. Quando não existe concorrência residual nem uma ameaça previsível de entrada no mercado, a protecção da rivalidade e do processo de concorrência sobrepor-se a possíveis ganhos de eficiência. Um acordo restritivo que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode normalmente ser justificado devido ao facto de criar também ganhos de eficiência.

2. Análise de restrições verticais específicas

(128) As restrições verticais e respectivas combinações mais comuns são analisadas no restante das presentes Orientações com a ajuda do quadro de análise desenvolvido nos pontos 96 a 127. Existem outras restrições e respectivas combinações relativamente às quais não é dada qualquer orientação nas presentes Orientações. Serão todavia tratadas segundo os mesmos princípios, sendo dada particular importância ao seu efeito no mercado.

2.1. Marca única

(129) Sob a designação de «marca única» incluem-se os acordos que têm como principal elemento o facto de o compra-

dor ser obrigado ou induzido a concentrar as suas encomendas num determinado tipo de produto junto de um único fornecedor. Esta componente pode ser encontrada, nomeadamente, em disposições de não concorrência e de obrigação de aquisição de determinadas quantidades impostas ao comprador. Um acordo de não concorrência baseia-se numa obrigação ou num regime de incentivos que leva o comprador a adquirir mais de 80 % das suas necessidades num determinado mercado junto de um único fornecedor. Tal não significa que o comprador só possa comprar directamente ao fornecedor, mas que o comprador não comprará, não revenderá ou não incorporará bens ou serviços concorrentes. A obrigação de compra de uma determinada quantidade, imposta ao comprador, é uma forma mais fraca de não concorrência, em que os incentivos ou as obrigações acordadas entre o fornecedor e o comprador fazem com que este último concentre as suas compras em grande medida num único fornecedor. Esta obrigação pode, por exemplo, assumir a forma de exigências mínimas de compra, exigências de armazenagem ou fixação não linear de preços, tais como sistemas de descontos condicionais, ou tabelas com duas componentes (uma taxa fixa mais um preço por unidade). Uma cláusula do tipo «cláusula inglesa», que exige que o comprador comunique qualquer oferta melhor, só lhe permitindo aceitar essa oferta quando o fornecedor não a acompanhar, pode vir a ter o mesmo efeito do que uma obrigação de não concorrência, especialmente quando o comprador tem de revelar o nome de quem apresenta a melhor oferta.

(130) Os eventuais riscos da marca única para a concorrência são o encerramento do mercado a fornecedores concorrentes e potenciais, o abrandamento da concorrência e a maior possibilidade de colusão entre fornecedores no caso de utilização cumulativa e, quando o comprador é um retalhista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas a nível do estabelecimento comercial. Estes efeitos restritivos têm um impacto directo na concorrência intermarcas.

(131) Os acordos de marca única são isentos ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassam, cada uma delas, 30 % e estão limitados a um período de cinco anos no que se refere à obrigação de não concorrência. O restante da presente secção fornece orientações para a apreciação de casos individuais acima do limiar da quota de mercado ou para além do limite de cinco anos.

(132) A possibilidade de as obrigações de marca única de um fornecedor específico resultarem num encerramento anti-concorrencial, surge sobretudo quando, na sua ausência, seria exercida uma pressão concorrencial significativa pelos concorrentes que ainda não estão presentes no mercado aquando da celebração desses acordos, ou que não se encontram em posição de concorrer para o fornecimento integral dos clientes. As empresas concorrentes

⁽¹⁾ Ver processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, n.º 130, Colectânea 2000, p. I-1365. Do mesmo modo, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não impede a aplicação das regras do Tratado relativas à livre circulação das mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas disposições são, em determinadas circunstâncias, aplicáveis aos acordos, decisões e práticas concertadas na acepção do artigo 101.º, n.º 1. Ver, neste contexto, acórdão do Tribunal de Justiça no Processo C-309/99 *Wouters*, n.º 120, Colectânea 2002, p. II-1577.

⁽²⁾ Ver, relativamente a este aspecto, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Colectânea 1990, p. II-309. Ver igualmente o ponto 106 da Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

podem não ter capacidade para entrar em concorrência para o conjunto da procura de um cliente porque o fornecedor é um parceiro comercial incontornável para, pelo menos, parte da procura existente no mercado devido, por exemplo, ao facto de a sua marca ser um «produto incontornável» preferido por numerosos consumidores finais ou ao facto de as restrições de capacidade sobre os outros fornecedores serem de tal ordem que uma parte da procura só pode ser satisfeita pelo fornecedor em causa ⁽¹⁾. A «posição de mercado do fornecedor» é de grande importância para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais das obrigações de não concorrência.

(133) Se os concorrentes puderem concorrer em condições de igualdade para o conjunto da procura de um cliente, é normalmente improvável que as obrigações de marca única de um fornecedor específico possam ser um entrave a uma concorrência efectiva, a menos que a mudança de fornecedor pelos clientes seja dificultada devido à duração e à cobertura do mercado das obrigações de marca única. Quanto mais elevada for a quota de mercado subordinada, isto é, a parte da sua quota de mercado vendida sob uma obrigação de marca única, mais significativo será provavelmente o efeito de encerramento do mercado. Do mesmo modo, quanto maior for a duração das obrigações de marca única, mais significativo será provavelmente o encerramento. Não se considera, em geral, que as obrigações de marca única de duração inferior a um ano, impostas por empresas que não detêm uma posição dominante, dão origem a efeitos anticoncorrenciais consideráveis ou a efeitos líquidos negativos. As obrigações de marca única com duração entre um e cinco anos impostas por empresas que não detêm uma posição dominante, exigem normalmente um equilíbrio adequado entre os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, enquanto as obrigações de marca única que ultrapassam cinco anos não são, relativamente à maior parte dos tipos de investimento, consideradas necessárias para alcançar os alegados ganhos de eficiência ou estes ganhos não são suficientes para compensar o seu efeito de encerramento. É mais provável que as obrigações de marca única provoquem um encerramento anticoncorrencial quando são impostas por empresas em posição dominante.

(134) Para apreciar o poder de mercado do fornecedor é importante a posição dos seus concorrentes no mercado. Desde que os concorrentes sejam suficientemente numerosos e fortes não são de esperar quaisquer efeitos anticoncorrenciais significativos. Não é muito provável que se verifique a exclusão de concorrentes, quando estes têm posições semelhantes no mercado e podem oferecer produtos igualmente atractivos. Nesse caso, poder-se-á contudo verificar uma exclusão de potenciais candidatos quando diversos fornecedores importantes concluem contratos de marca única com um número significativo de compradores no mercado relevante (situação de efeito cumulativo). Trata-se igualmente de uma situação em

que os acordos de marca única podem facilitar a colusão entre fornecedores concorrentes. Se, individualmente, tais fornecedores forem abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria, pode ser necessário retirar-lhes esse benefício, a fim de fazer face a esta situação de efeito cumulativo negativo. Não se considera, em geral, que uma quota de mercado subordinada inferior a 5 % contribui de forma significativa para esse efeito de encerramento cumulativo.

(135) Nos casos em que a quota de mercado do maior fornecedor for inferior a 30 % e a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores for inferior a 50 %, é pouco provável que se verifique uma situação de efeito anticoncorrencial único ou cumulativo. Se um candidato potencial não puder entrar no mercado de forma rentável, tal dever-se-á provavelmente a factores que não as obrigações de marca única, como as preferências dos consumidores.

(136) Os obstáculos à entrada são importantes para estabelecer se existe um encerramento anticoncorrencial. Sempre que for relativamente fácil para os fornecedores concorrentes encontrarem novos compradores ou compradores alternativos para o seu produto, é pouco provável que o encerramento constitua um verdadeiro problema. Todavia, existem frequentemente obstáculos à entrada, quer a nível da produção quer a nível da distribuição.

(137) O poder de compensação é relevante, uma vez que os compradores importantes não permitirão facilmente que os impeçam de se abastecerem com bens ou serviços concorrentes. Em termos mais gerais, com o objectivo de convencer os clientes a aceitarem os acordos de marca única, o fornecedor pode ter de os indemnizar, no todo ou em parte, pela perda de concorrência resultante da exclusividade. Sempre que for concedida tal indemnização, pode ser do interesse do cliente celebrar um acordo de marca única com o fornecedor. No entanto, seria incorrecto concluir de forma automática, com base no atrás exposto, que todas as obrigações de marca única, analisadas no seu conjunto, são em última análise benéficas para os clientes no mercado em causa e para os consumidores finais. Será particularmente improvável que todos os consumidores beneficiem se existirem muitos clientes e se as obrigações de marca única, no seu conjunto, tiverem por efeito impedir a entrada ou a expansão de empresas concorrentes.

(138) Por último, «o estágio da actividade comercial» é relevante. O encerramento anticoncorrencial é menos provável no caso de um produto intermédio. Quando o fornecedor de um produto intermédio não se encontra em posição dominante, os fornecedores concorrentes dispõem ainda uma parte substancial da procura «livre». No entanto, numa situação de efeitos cumulativos, pode verificar-se um encerramento anticoncorrencial abaixo do nível de posição dominante. É pouco provável que surja um efeito cumulativo anticoncorrencial enquanto menos de 50 % do mercado for subordinado.

⁽¹⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no Processo T-65/98, *Van den Bergh Foods /Comissão*, n.ºs 104 e 156, Colectânea 2003, p. II-4653.

- (139) Quando o acordo diz respeito ao fornecimento de um produto final no estágio grossista, o eventual aparecimento de um problema a nível da concorrência abaixo do nível da posição dominante depende em grande medida do tipo de comércio grossista e dos obstáculos à entrada a nível grossista. Não existe qualquer risco real de encerramento anticoncorrencial se os fabricantes concorrentes puderem criar facilmente o seu próprio sistema grossista. O facto de os obstáculos à entrada serem reduzidos depende em parte do tipo de comércio grossista, isto é, se os grossistas podem ou não desenvolver eficazmente as suas actividades apenas com o produto abrangido pelo acordo (por exemplo, gelado) ou se é mais eficiente comercializarem toda uma gama de produtos (por exemplo, produtos alimentares congelados). Neste último caso, não é eficiente para um produtor que vende apenas um produto criar o seu próprio sistema grossista. Neste caso, podem surgir efeitos anticoncorrenciais. Também podem surgir problemas de efeitos cumulativos se vários concorrentes subordinarem a maior parte dos grossistas disponíveis.
- (140) No que diz respeito aos produtos finais é em geral mais provável que se verifique um encerramento a nível retalhista devido à existência de obstáculos significativos à entrada no mercado para a maior parte dos fabricantes, se quiserem abrir estabelecimentos retalhistas apenas para os seus próprios produtos. Além disso, é a nível retalhista que os acordos de marca única podem conduzir a uma redução da concorrência intermarcas no estabelecimento. É por estas razões que, em relação aos produtos finais no estágio retalhista, podem começar a surgir efeitos anticoncorrenciais significativos, tomando em consideração todos os outros factores relevantes, se um fornecedor não dominante subordinar 30 % ou mais do mercado relevante. Para uma empresa em posição dominante, mesmo uma modesta quota de mercado subordinada é já susceptível de conduzir a efeitos anticoncorrenciais significativos.
- (141) A nível retalhista poderá igualmente surgir um efeito cumulativo de encerramento. Quando todos os fornecedores detêm quotas de mercado inferiores a 30 %, é pouco provável que se verifique um efeito cumulativo de encerramento anticoncorrencial se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 40 %, sendo, por conseguinte, pouco provável a retirada da isenção por categoria. Este valor pode ser mais elevado quando são tomados em consideração outros factores, como o número de concorrentes, os obstáculos à entrada, etc. Quando nem todas as empresas detêm quotas de mercado inferiores ao limiar previsto no Regulamento de Isenção por Categoria, mas nenhuma ocupa uma posição dominante, é pouco provável um efeito cumulativo de encerramento anticoncorrencial se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 30 %.
- (142) Quando o comprador desenvolve as suas actividades a partir de instalações e terrenos pertencentes ao fornecedor ou que este arrendou a um terceiro não ligado ao comprador, a possibilidade de impor soluções efectivas em caso de um eventual efeito de encerramento será limitada. Nesse caso, é pouco provável uma intervenção da Comissão abaixo do nível de posição dominante.
- (143) Em certos sectores, a venda de mais de uma marca a partir de um único local poderá revelar-se difícil e, nesse caso, o problema de encerramento pode ser solucionado de forma mais adequada através da limitação da duração efectiva dos contratos.
- (144) Quando é estabelecida a existência de efeitos anticoncorrenciais consideráveis, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. Em relação às obrigações de não concorrência podem ser especialmente relevantes os ganhos de eficiência descritos no ponto 107, alíneas a) (parasitismo entre fornecedores), d), e), (problemas de captividade) e h) (imperfeições do mercado de capitais).
- (145) No caso de ganhos de eficiência tal como os descritos no ponto 107, alíneas a), d) e h), a obrigação, imposta ao comprador, de compra de uma determinada quantidade pode eventualmente constituir uma alternativa menos restritiva. Uma obrigação de não concorrência pode ser a única forma viável de alcançar um ganho de eficiência, tal como o descrito no ponto 107, n.º 5 (problema de captividade relacionado com a transferência de saber-fazer).
- (146) No caso de um investimento específico a uma relação contratual realizado pelo fornecedor (ver ponto 107, alínea d), um acordo de não concorrência ou de obrigação de compra de determinadas quantidades durante o período de amortização do investimento preencherá, em geral, as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em caso de elevados investimentos específicos a uma relação contratual, pode justificar-se uma obrigação de não concorrência por um período superior a 5 anos. Um investimento específico a uma relação contratual poderá, por exemplo, ser a instalação ou adaptação de equipamento por parte do fornecedor, quando este equipamento apenas puder ser utilizado posteriormente para produzir componentes para um determinado comprador. Os investimentos de carácter geral ou específicos ao mercado em capacidade (adicional) são normalmente investimentos não específicos a uma relação contratual. Contudo, sempre que um fornecedor cria novas capacidades especificamente associadas às actividades de um determinado comprador como será, por exemplo, o caso de uma empresa que produz recipientes metálicos e que instala novas capacidades para fabricar esses recipientes nas instalações ou próximo das instalações de acondicionamento de um produtor de produtos alimentares, as novas capacidades só podem ser economicamente viáveis quando a produção se destinar a este cliente específico e, neste caso, o investimento seria considerado específico a uma relação contratual.
- (147) Caso o fornecedor conceda um empréstimo ao comprador ou lhe forneça equipamento que não é específico a uma relação contratual, esta situação, em si mesma, não é normalmente suficiente para justificar a isenção relativa a um efeito de encerramento anticoncorrencial no mercado. No caso de se verificar uma imperfeição do mercado de capitais, poderá ser mais eficiente que o empréstimo seja concedido pelo fornecedor de um produto e não por um banco [ver ponto 107, alínea h)]. Todavia, neste caso, o empréstimo deve ser concedido da forma menos restritiva possível e, em geral, o comprador não deve ser impedido de pôr termo à obrigação e de reembolsar o remanescente do empréstimo a qualquer momento e sem o pagamento de qualquer penalidade financeira.

(148) A transferência de um saber-fazer substancial [ponto 107, alínea e)] justifica normalmente uma obrigação de não concorrência durante todo o período de vigência do acordo de fornecimento, tal como, por exemplo, no contexto dos acordos de franquia.

(149) Exemplo de obrigação de não concorrência

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

O resultado no mercado é que, no total, 46 % (36 % + 10 %) do mercado estão encerrados a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não tenham estabelecimentos subordinados. Os candidatos potenciais têm ainda maiores dificuldades em penetrar nas áreas densamente povoadas, em que o encerramento é ainda mais acentuado, apesar de ser aí que prefeririam entrar no mercado. Por outro lado, devido à forte diferenciação em termos de marca e de produto e aos elevados custos de pesquisa proporcionalmente ao preço do produto, a ausência de concorrência intermarcas nos estabelecimentos conduz a uma diminuição suplementar do bem-estar para os consumidores. As eventuais eficiências da exclusividade do estabelecimento que, segundo o líder de mercado, têm origem nos custos de transporte reduzidos e num eventual problema de «captividade» relativamente aos móveis de armazenagem, são limitadas e não compensam os efeitos negativos sobre a concorrência. As eficiências são limitadas, uma vez que os custos de transporte se encontram associados à quantidade e não à exclusividade e os móveis de armazenagem não implicam um saber-fazer especial e não são específicos da marca. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(150) Exemplo da obrigação de compra de uma determinada quantidade

Um produtor X, com uma quota de mercado de 40 %, vende 80 % dos seus produtos através de contratos que especificam que o revendedor deve adquirir pelo menos 75 % das suas necessidades desse tipo de produto a X. Por seu lado, X oferece financiamento e equipamento a taxas favoráveis. Os contratos têm um período de vigência de 5 anos, em que se prevê o reembolso do empréstimo em fracções iguais. Todavia, após os 2 primeiros

anos os compradores têm a possibilidade de pôr termo ao contrato com um pré-aviso de seis meses se reembolsarem a parte do empréstimo não amortizada e comprarem o equipamento ao seu valor de mercado. No termo do período de 5 anos, o equipamento passa a ser propriedade do comprador. A maior parte dos fabricantes são pequenos concorrentes, doze no total, tendo o maior uma quota de mercado de 20 % e concluem contratos semelhantes com diferentes períodos de vigência. Os produtores com quotas de mercado inferiores a 10 % têm frequentemente contratos com uma maior duração e com cláusulas menos vantajosas no que se refere à sua rescisão. Os contratos do fabricante X deixam 25 % das necessidades livres para serem fornecidas por concorrentes. Nos últimos três anos dois novos produtores entraram no mercado e conquistaram uma quota de mercado combinada de cerca de 8 %, em parte retomando os empréstimos de alguns revendedores em troca de contratos com eles celebrados.

A quota de mercado subordinada do fabricante X é de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 0,40$ %). A quota de mercado subordinada dos outros fabricantes é de cerca de 25 %. Por conseguinte, no total, cerca de 49 % do mercado está encerrado a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não possuam estabelecimentos vinculados durante, pelo menos, os dois primeiros anos dos contratos de fornecimento. O mercado revela que os revendedores têm frequentemente dificuldade em obter empréstimos junto dos bancos e são em geral demasiado pequenos para obterem capital através de outros meios, como a emissão de acções. Para além disso, o produtor X consegue demonstrar que uma concentração das suas vendas num número limitado de revendedores lhe permite melhor planear as suas vendas e obter economias a nível dos custos de transporte. À luz, por um lado, dos ganhos de eficiência e, por outro, da quota não subordinada de 25 % nos contratos do produtor X, da possibilidade real da rescisão antecipada do contrato, da recente entrada de novos produtores e do facto de cerca de metade dos revendedores não estarem vinculados, a obrigação de adquirir uma quantidade de 75 % aplicada pelo produtor X é susceptível de satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3.

2.2. Distribuição exclusiva

(151) Num acordo de distribuição exclusiva, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda num determinado território. Simultaneamente, o distribuidor tem normalmente limitações a nível das suas vendas activas noutros territórios (atribuídos em exclusividade). Os eventuais riscos em termos de concorrência são principalmente uma redução da concorrência intramarcas e a partilha do mercado, que podem em especial facilitar a discriminação através dos preços. Quando a maior parte ou a totalidade dos fornecedores utiliza a distribuição exclusiva, esta situação é susceptível de abrandar a concorrência e facilitar a colusão, quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores. Por último, a distribuição exclusiva pode provocar a evicção de outros distribuidores e, por conseguinte, reduzir a concorrência a este nível.

- (152) A distribuição exclusiva beneficia da isenção por categoria quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassam, cada uma delas, 30 %, mesmo se combinada com outras restrições verticais que não sejam restrições graves, como uma obrigação de não concorrência limitada a 5 anos, uma obrigação de compra de uma determinada quantidade ou a compra exclusiva. Uma combinação da distribuição exclusiva e da distribuição selectiva só é isenta pelo Regulamento de Isenção por Categoria se as vendas activas noutros territórios não forem restringidas. O restante da presente secção fornece orientações para apreciação da distribuição exclusiva em casos individuais acima do limiar da quota de mercado de 30 %.
- (153) A posição do fornecedor e dos seus concorrentes no mercado tem grande importância, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas só pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais forte for a «posição do fornecedor», mais grave é a perda da concorrência intramarcas. Acima do limiar da quota de mercado de 30 %, pode existir um risco de uma redução significativa da concorrência intramarcas. Para preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3, a eliminação da concorrência intramarcas deve ser compensada por ganhos de eficiência reais.
- (154) A posição dos concorrentes pode ter um duplo significado. A existência de concorrentes fortes significará em geral que a redução da concorrência intramarcas é mais do que compensada por uma concorrência intermarcas suficiente. Contudo, se o número de concorrentes se tornar bastante reduzido e se a sua posição no mercado for bastante semelhante em termos de quota de mercado, capacidade e rede de distribuição, existe um risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência. A eliminação da concorrência intramarcas pode aumentar este risco, especialmente quando vários fornecedores utilizam sistemas de distribuição semelhantes. A distribuição exclusiva múltipla, isto é, quando diferentes fornecedores nomeiam o mesmo distribuidor exclusivo num determinado território, pode aumentar ainda mais o risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência. Se for concedido a um distribuidor o direito exclusivo de distribuir dois ou mais produtos concorrentes importantes no mesmo território, é provável que a concorrência intermarcas seja substancialmente restringida em relação a essas marcas. Quanto mais elevada for a quota de mercado cumulativa das marcas distribuídas pelos distribuidores exclusivos de múltiplas marcas, mais elevado será o risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência e de redução da concorrência intermarcas. Se um retalhista for o distribuidor exclusivo para diversas marcas, poderá acontecer que, se um produtor reduzir o preço por grosso da sua marca, o retalhista exclusivo não estará disposto a repercutir esta redução de preço no consumidor final, uma vez que reduziria as suas vendas e os lucros obtidos com as outras marcas. Por conseguinte, em comparação com a situação de inexistência de distribuidores exclusivos múltiplos, os produtores têm pouco interesse em entrar em concorrência entre si a nível dos preços. Estas situações de efeito cumulativo podem constituir uma razão para a retirada do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria, quando as quotas de mercado dos fornecedores e dos compradores são inferiores ao limiar previsto no Regulamento de Isenção por Categoria.
- (155) Os obstáculos à entrada, que podem impedir que os fornecedores designem novos distribuidores ou procurem distribuidores alternativos, são menos importantes na apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva. A exclusão de outros fornecedores não ocorrerá desde que a distribuição exclusiva não seja combinada com uma marca única.
- (156) A exclusão de outros distribuidores não constitui um problema se o fornecedor que utiliza o sistema de distribuição exclusiva designar um elevado número de distribuidores exclusivos no mesmo mercado e se as vendas destes distribuidores exclusivos a outros distribuidores não designados não forem objecto de restrições. A exclusão de outros distribuidores pode, contudo, tornar-se um problema quando existe «poder de compra» e poder de mercado a jusante, em especial, no caso de territórios muito vastos em que o distribuidor exclusivo se torna o comprador exclusivo para a totalidade de um mercado. Um exemplo seria uma cadeia de supermercados que se torna o único distribuidor de uma marca líder num mercado retalhista nacional de produtos alimentares. A exclusão de outros distribuidores pode ser agravada no caso de representantes exclusivos múltiplos.
- (157) «O poder de compra» pode igualmente aumentar o risco de colusão por parte dos compradores, quando os acordos de distribuição exclusiva são impostos por compradores importantes, possivelmente situados em diferentes territórios, a um ou a vários fornecedores.
- (158) «A maturidade do mercado» é importante, uma vez que a redução da concorrência intramarcas e a discriminação a nível dos preços podem constituir um problema grave num mercado que atingiu a fase de maturidade, mas podem ser menos relevantes num mercado com uma procura crescente, com tecnologias em mudança e com posições de mercado que se alteram.
- (159) «O estágio da actividade comercial» é importante, uma vez que os eventuais efeitos negativos podem divergir entre o estágio grossista e o estágio retalhista. A distribuição exclusiva é principalmente utilizada na distribuição de bens e serviços finais. Uma redução da concorrência intramarcas é em especial susceptível de ocorrer a nível retalhista se associada a vastos territórios, uma vez que os consumidores finais podem ver-se confrontados, em relação a uma marca importante, com reduzidas possibilidades de escolha entre um distribuidor que propõe um preço elevado associado a um serviço de alta qualidade e outro com um preço mais baixo associado a um serviço reduzido.

- (160) Um fabricante que escolhe um grossista para seu distribuidor exclusivo fá-lo-á normalmente para um território mais vasto como a totalidade de um Estado-Membro. Desde que o grossista possa vender os produtos sem limitações a retalhistas a jusante, não é provável que surjam efeitos anticoncorrenciais significativos. Uma eventual redução da concorrência intramarcas a nível grossista pode ser facilmente compensada por eficiências obtidas a nível da logística, das promoções, etc., em especial quando o fabricante está situado num país diferente. Os eventuais riscos, para a concorrência intermarcas, de representantes exclusivos múltiplos são contudo mais elevados a nível grossista do que a nível retalhista. Se um grossista se tornar o distribuidor exclusivo para um número significativo de fornecedores, este facto é susceptível não só de reduzir a concorrência entre essas marcas, mas também de provocar um encerramento do mercado no estágio grossista.
- (161) Tal como referido no ponto 155, a exclusão de outros fornecedores não ocorrerá, desde que a distribuição exclusiva não seja combinada com uma marca única. Mas mesmo nesse caso, a exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores é improvável, excepto possivelmente no caso de a marca única ser aplicada a uma rede densa de distribuidores exclusivos com pequenos territórios ou no caso de um efeito cumulativo. Esta situação pode exigir a aplicação dos princípios respeitantes à marca única estabelecidos na secção 2.1. Contudo, quando não conduz a um encerramento significativo, a combinação da distribuição exclusiva com a marca única pode ser pró-concorrencial, aumentando o incentivo para o distribuidor exclusivo centrar os seus esforços numa determinada marca. Por conseguinte, na ausência desse efeito de encerramento, é muito provável que a combinação da distribuição exclusiva com a obrigação de não concorrência satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, em todo o período de vigência do acordo, em especial a nível grossista.
- (162) A combinação de distribuição exclusiva com o abastecimento exclusivo aumenta os eventuais riscos de redução da concorrência intramarcas e de partilha do mercado, podendo em especial facilitar a discriminação a nível dos preços. A distribuição exclusiva já limita a escolha por parte dos clientes, uma vez que limita o número de distribuidores e normalmente restringe também a capacidade de os distribuidores efectuarem vendas activas. O abastecimento exclusivo, que exige que os distribuidores exclusivos adquiram os seus fornecimentos relativamente a uma determinada marca directamente junto do fabricante, elimina para além disso uma eventual escolha por parte dos distribuidores exclusivos, que são impedidos de comprar a outros distribuidores no sistema. Tal aumenta a possibilidade de o fornecedor limitar a concorrência intramarcas, aplicando simultaneamente condições de venda diferentes em detrimento dos consumidores, a não ser que a combinação permita gerar ganhos de eficiência que conduzam à redução dos preços aplicados a todos os consumidores finais.
- (163) A natureza do produto não é particularmente relevante para a avaliação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva. É contudo relevante para a avaliação de eventuais ganhos de eficiência, ou seja, depois de ter sido estabelecido um efeito anticoncorrencial significativo.
- (164) A distribuição exclusiva pode conduzir a ganhos de eficiência, especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca. Em geral, o argumento dos ganhos de eficiência é mais convincente em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos cujas qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou cujas qualidades são ainda difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). Além disso, a distribuição exclusiva pode conduzir a poupanças em termos de custos logísticos devido a economias de escala no transporte e na distribuição.
- (165) Exemplo de distribuição exclusiva a nível grossista
- No mercado de um produto de consumo duradouro, A é o líder de mercado. A vende o seu produto através de grossistas exclusivos. Os territórios dos grossistas correspondem à totalidade de um Estado-Membro no que diz respeito a pequenos Estados-membros e a uma região no que respeita a Estados-Membros maiores. Estes distribuidores exclusivos ocupam-se das vendas a todos os retalhistas nos seus territórios. Não vendem a consumidores finais. Os grossistas têm a seu cargo a promoção nos seus mercados, o que inclui o patrocínio de eventos locais, mas igualmente a explicação e promoção dos novos produtos aos retalhistas dos seus territórios. A tecnologia e a inovação dos produtos estão a evoluir de forma bastante rápida neste mercado, e o serviço pré-venda a retalhistas e a consumidores finais desempenha um papel importante. Os grossistas não são obrigados a realizar todas as suas aquisições com produtos da marca do fornecedor A junto do próprio fabricante, e os grossistas ou retalhistas têm na prática possibilidade de escolha devido ao facto de os custos de transporte serem relativamente reduzidos em comparação com o valor do produto. Os grossistas não estão abrangidos por uma obrigação de não concorrência. Os retalhistas vendem igualmente uma série de marcas de fornecedores concorrentes e não existem quaisquer acordos de distribuição exclusiva ou de distribuição selectiva a nível retalhista. No mercado da UE das vendas aos grossistas, A detém uma quota de mercado de cerca de 50 %. A sua quota nos vários mercados retalhistas nacionais varia entre 40 % e 60 %. A tem entre 6 e 10 concorrentes em cada mercado nacional: B, C e D são os maiores concorrentes, que se encontram igualmente presentes em cada um dos mercados nacionais, com quotas de mercado que variam entre 5 % e 20 %. Os restantes produtores são produtores nacionais, com quotas de mercado mais pequenas. B, C e D têm redes de distribuição idênticas, enquanto os produtores locais têm tendência para vender os seus produtos directamente aos retalhistas.

No mercado grossista descrito neste exemplo, o risco de uma redução da concorrência intramarcas e de discriminação a nível dos preços é reduzido. A livre escolha não é impedida e a ausência de concorrência intramarcas não é muito relevante a nível grossista. A nível retalhista, não é impedida a concorrência intramarcas nem a concorrência intermarcas. Além disso, a concorrência intermarcas não é, em grande medida, afectada por acordos exclusivos a nível grossista. Assim, é provável, mesmo se existirem efeitos anticoncorrenciais, que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(166) Exemplo de distribuição exclusiva múltipla num mercado oligopolista

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

Num mercado oligopolista deste tipo, existe um risco de colusão entre os quatro líderes de mercado. Este risco é aumentado através da distribuição exclusiva múltipla. A concorrência intramarcas é limitada pela exclusividade territorial. A concorrência entre as quatro marcas que lideram o mercado é reduzida a nível retalhista, uma vez que um retalhista fixa o preço das quatro marcas em cada território. A distribuição exclusiva múltipla implica que, se um produtor reduzir o preço da sua marca, o retalhista não estará disposto a repercutir esta redução de preço no consumidor final, uma vez que reduziria as suas vendas e os lucros obtidos com as outras marcas. Por conseguinte, os produtores têm pouco interesse em entrar em concorrência a nível dos preços entre si. A concorrência intermarcas a nível dos preços existe principalmente a nível dos produtos com uma fraca imagem dos produtores marginais. Os eventuais argumentos em termos de ganho de eficiência no que diz respeito aos

distribuidores exclusivos (comuns) são limitados, uma vez que o produto é relativamente simples, a revenda não exige quaisquer investimentos específicos ou formação e a publicidade é principalmente efectuada a nível dos produtores.

Ainda que cada um dos líderes de mercado tenha uma quota de mercado inferior ao limiar, as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, podem não estar preenchidas e ser necessária a retirada da isenção por categoria no que se refere aos acordos concluídos com distribuidores cuja quota no mercado dos concursos públicos seja inferior a 30 %.

(167) Exemplo de distribuição exclusiva combinada com abastecimento exclusivo

O fabricante A é o líder europeu do mercado no que diz respeito a um bem de consumo duradouro volumoso, com uma quota de mercado entre 40 % e 60 % na maior parte dos mercados retalhistas nacionais. Nos Estados-Membros em que detém uma quota de mercado elevada tem menos concorrentes, com quotas de mercado muito mais reduzidas. Estes concorrentes estão presentes em apenas um ou dois mercados nacionais. A empresa A tem seguido, desde há longa data, uma política de venda do seu produto através das suas filiais nacionais a distribuidores exclusivos a nível retalhista, que não são autorizados a praticar vendas activas nos territórios uns dos outros. Estes distribuidores têm por conseguinte um incentivo para promover o produto e prestar serviços pré-venda. Recentemente, os retalhistas começaram também a ser obrigados a abastecer-se dos produtos do fabricante A exclusivamente junto da filial nacional do fabricante A no seu próprio país. Os retalhistas que vendem a marca do fabricante A são os principais revendedores desse tipo de produto no seu território. Vendem marcas concorrentes mas com um êxito e empenho diferentes. Desde a introdução do abastecimento exclusivo, a empresa A aplica diferenças de preços, que variam entre 10 e 15 %, entre os mercados com preços mais elevados e aqueles em que enfrenta um menor grau de concorrência. Os mercados são relativamente estáveis tanto do lado da procura como do lado da oferta e não existem quaisquer alterações tecnológicas significativas.

Nos mercados em que os preços são elevados, a eliminação da concorrência intramarcas resulta não só da exclusividade territorial a nível retalhista, mas é agravada pela obrigação de abastecimento exclusivo imposta aos retalhistas. A obrigação de abastecimento exclusivo contribui igualmente para manter os mercados e os territórios segmentados, impossibilitando a escolha entre retalhistas exclusivos, que são os principais revendedores desse tipo de produto. Os retalhistas exclusivos também não podem praticar vendas activas nos territórios uns dos outros e, na prática, têm tendência para evitar as entregas fora dos seus próprios territórios. Esta situação possibilitou a discriminação em matéria de preços, sem levar a um aumento significativo das vendas totais. A livre escolha por parte dos consumidores ou comerciantes independentes é limitada devido ao carácter volumoso do produto.

Embora os eventuais argumentos em termos de ganhos de eficiência a favor da designação de distribuidores exclusivos possam ser convincentes, em especial devido ao incentivo dos retalhistas, os eventuais argumentos em termos de ganhos de eficiência a favor da combinação da distribuição exclusiva e do abastecimento exclusivo e, em especial, os eventuais argumentos em termos de ganhos de eficiência a favor do abastecimento exclusivo, associados principalmente a economias de escala no transporte, não são susceptíveis de compensar os efeitos negativos da discriminação a nível dos preços e da redução da concorrência intramarcas. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

2.3. Atribuição exclusiva de clientes

(168) Num acordo de atribuição exclusiva de clientes, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda a um determinado grupo de clientes. Simultaneamente, o distribuidor deve normalmente observar limitações a nível das suas vendas activas a outros grupos de clientes (atribuídos em regime de exclusividade). O Regulamento de Isenção por Categoria não estabelece limites quanto à definição de um grupo exclusivo de clientes; pode, por exemplo, tratar-se de um tipo específico de clientes definido em função da sua actividade profissional, mas também de uma lista de clientes específicos seleccionados em função de um ou vários critérios objectivos. Os eventuais riscos em termos de concorrência são principalmente uma redução da concorrência intramarcas e a partilha do mercado, que podem facilitar em especial a discriminação através dos preços. Quando a maior parte ou a totalidade dos fornecedores recorre à atribuição de clientes exclusivos, a concorrência pode ser abrandada e a colusão, quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores pode ser facilitada. Por último, a atribuição exclusiva de clientes pode provocar a evicção de outros distribuidores e, por conseguinte, reduzir a concorrência a este nível.

(169) A atribuição exclusiva de clientes beneficia da isenção por categoria quando a quota de mercado tanto do fornecedor como do comprador não ultrapassa o limiar de quota de mercado de 30 %, ainda que combinada com outras restrições verticais não graves, como a obrigação de não concorrência, uma obrigação de compra de determinadas quantidades ou o abastecimento exclusivo. Uma combinação da atribuição exclusiva de clientes com a distribuição selectiva é normalmente uma restrição grave, uma vez que as vendas activas a utilizadores finais por parte de distribuidores designados são habitualmente restringidas. Acima do limiar da quota de mercado de 30 %, as orientações fornecidas nos pontos 151 a 167 são igualmente aplicáveis à apreciação da atribuição exclusiva de clientes, sujeita às seguintes observações constantes do restante da presente secção.

(170) Normalmente, a atribuição de clientes dificulta ainda mais a escolha por parte de tais clientes. Por outro lado, uma vez que cada distribuidor designado tem a sua própria categoria de clientes, os distribuidores não designados, que não sejam abrangidos por essa categoria, podem ter dificuldades em obter o produto. Em consequência,

a possibilidade de escolha por parte de distribuidores não designados será reduzida.

(171) A atribuição exclusiva de clientes é principalmente aplicada a produtos intermédios e, no estágio grossista, quando diz respeito aos produtos finais, em que é possível distinguir os grupos de clientes com diferentes necessidades específicas em relação ao produto.

(172) A atribuição exclusiva de clientes pode conduzir a ganhos de eficiência, em especial quando se exige que os distribuidores realizem investimentos em, por exemplo, equipamento específico, qualificações ou saber-fazer para se adaptarem às necessidades do seu grupo de clientes. O período de amortização destes investimentos indica o período em que se justifica um sistema de atribuição exclusiva de clientes. Em geral, o sistema é mais defensável em relação a novos produtos ou a produtos complexos e em relação a produtos que exigem uma adaptação às necessidades do cliente individual. É mais provável que surjam necessidades diferenciadas identificáveis em relação a produtos intermédios, ou seja, produtos vendidos a diferentes categorias de compradores profissionais. É pouco provável que a atribuição de clientes finais conduza a ganhos de eficiência.

(173) Exemplo de atribuição exclusiva de clientes

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

Uma vez que a exclusividade é de duração limitada e ajuda a garantir que os distribuidores possam recuperar os seus investimentos e concentrar inicialmente os seus esforços de vendas numa determinada categoria de clientes, a fim de se familiarizarem com o negócio, e, uma vez que os eventuais efeitos anticoncorrenciais parecem limitados num mercado dinâmico, é provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem preenchidas.

2.4. Distribuição selectiva

- (174) Os acordos de distribuição selectiva, assim como os acordos de distribuição exclusiva, restringem, por um lado, o número de distribuidores autorizados e, por outro, as possibilidades de revenda. A diferença em relação à distribuição exclusiva reside no facto de a restrição do número de distribuidores não depender do número de territórios, mas dos critérios de selecção associados em primeiro lugar à natureza do produto. Uma outra diferença em relação à distribuição exclusiva consiste no facto de a restrição de revenda não constituir uma restrição em relação às vendas activas num território, mas sim uma restrição em relação a quaisquer vendas activas a distribuidores não autorizados, deixando apenas como eventuais compradores os representantes designados e os clientes finais. A distribuição selectiva é quase sempre utilizada para assegurar a distribuição de produtos finais de marca.
- (175) Os eventuais riscos concorrenciais são uma redução da concorrência intramarcas e, em especial no caso de efeito cumulativo, a exclusão de certo(s) tipo(s) de distribuidores, o abrandamento da concorrência e as maiores probabilidades de colusão entre fornecedores ou compradores. Para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição selectiva nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é necessário estabelecer uma distinção entre distribuição selectiva puramente qualitativa e distribuição selectiva quantitativa. A distribuição selectiva puramente qualitativa selecciona representantes apenas com base em critérios objectivos, exigidos pela natureza do produto, como a formação do pessoal de vendas, os serviços fornecidos no ponto de venda, uma certa gama de produtos a serem vendidos, etc. ⁽¹⁾ A aplicação desses critérios não limita directamente o número de distribuidores autorizados. Considera-se em geral que a distribuição selectiva puramente qualitativa não é abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, devido à ausência de efeitos anticoncorrenciais, desde que sejam satisfeitas três condições. Em primeiro lugar, a natureza do produto em causa deve exigir um sistema de distribuição selectiva, ou seja, esse sistema constitui um requisito legítimo, tendo em conta a natureza do produto em causa, a fim de manter a sua qualidade e garantir o seu uso adequado. Em segundo lugar, os revendedores devem ser escolhidos com base em critérios objectivos de natureza qualitativa que são estabelecidos uniformemente e disponibilizados a todos os revendedores potenciais e não são aplicados de forma discriminatória. Em terceiro lugar, os critérios estabelecidos não devem ir para além do necessário ⁽²⁾. A distribuição selectiva quantitativa acrescenta outros critérios para a selecção, que limitam mais directamente o número potencial de distribuidores, por exemplo, exigindo vendas mínimas ou máximas, fixando o número de distribuidores, etc.

⁽¹⁾ Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Primeira Instância no Processo T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc/ Comissão*, Colectânea 1996, p. II-1961.

⁽²⁾ Ver acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos 31/80, *L'Oréal/PVBA*, n.ºs 15 e 16, Colectânea 1980, p. 3775; 26/76, *Metro I*, n.ºs 20 e 21, Colectânea 1977, p. 1875; 107/82, *AEG*, n.º 35, Colectânea 1983, p. 3151, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-19/91 *Vichy/Comissão*, n.º 65, Colectânea 1992, p. II-415.

- (176) A distribuição selectiva qualitativa e quantitativa é isenta pelo Regulamento de Isenção por Categoria desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem, cada uma delas, 30 %, mesmo que combinadas com outras restrições verticais não graves, tais como uma obrigação de não concorrência ou a distribuição exclusiva, desde que as vendas activas por parte de distribuidores autorizados, entre si e a utilizadores finais, não seja restringida. O Regulamento de Isenção por Categoria isenta a distribuição selectiva, independentemente da natureza do produto em causa e da natureza dos critérios de selecção. Contudo, no caso de as características do produto ⁽³⁾ não exigirem a distribuição selectiva ou não exigir os critérios aplicados, como, por exemplo, a exigência imposta aos distribuidores de possuírem um ou vários estabelecimentos tradicionais, tal sistema de distribuição não cria, em geral, efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas. Se ocorrerem efeitos anticoncorrenciais importantes, o benefício do Regulamento de Isenção por Categoria é susceptível de ser retirado. Por outro lado, o restante da presente secção contém orientações aplicáveis à apreciação da distribuição selectiva em casos individuais não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria ou no caso de efeitos cumulativos resultantes de redes paralelas de distribuição selectiva.

- (177) A posição do fornecedor e dos seus concorrentes no mercado tem uma importância capital para avaliar os eventuais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas apenas pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais forte for a posição do fornecedor, mais problemática é a eliminação da concorrência intramarcas. Um outro factor importante é o número de redes de distribuição selectiva presentes no mesmo mercado. Quando a distribuição selectiva é aplicada apenas por um fornecedor no mercado, a distribuição selectiva quantitativa não cria normalmente efeitos negativos líquidos, desde que os bens contratuais, tendo em conta a sua natureza, exijam o uso de um sistema de distribuição selectiva e na condição de os critérios de selecção aplicados serem necessários para garantir uma distribuição eficaz dos bens em questão. Na realidade, contudo, parece que a distribuição selectiva é frequentemente aplicada por alguns fornecedores num determinado mercado.

- (178) A posição dos concorrentes pode ter um duplo significado e é especialmente determinante em caso de efeito cumulativo. A existência de concorrentes fortes significará em geral que a redução da concorrência intramarcas é facilmente compensada por uma concorrência intermarcas suficiente. No entanto, quando a maior parte dos principais fornecedores utiliza a distribuição selectiva,

⁽³⁾ Ver, a título de exemplo, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância nos processos T-19/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc v Commission*, n.ºs 112 a 123, Colectânea 1996, p. II-1851 e T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc v Commission*, n.ºs 106 a 117, Colectânea 1996, p. II-1961, bem como a jurisprudência referida na nota de pé-de-página precedente.

verificar-se-á uma eliminação significativa da concorrência intramarcas e uma eventual exclusão de certos tipos de distribuidores, bem como um maior risco de colusão entre os principais fornecedores. O risco de exclusão de distribuidores mais eficientes foi sempre mais importante na distribuição selectiva do que na distribuição exclusiva, devido à restrição das vendas aos distribuidores não autorizados na distribuição selectiva. Esta restrição destina-se a conferir aos sistemas de distribuição selectiva um carácter mais fechado, impossibilitando os distribuidores não autorizados de obterem fornecimentos. Desta forma, a distribuição selectiva é particularmente bem adaptada para evitar pressões por parte dos que praticam reduções de preços (distribuidores que desenvolvam actividades em linha ou não) sobre as margens do fabricante e sobre as margens dos distribuidores autorizados. O encerramento a nível destes formatos de distribuição, resultantes quer da aplicação cumulativa da distribuição selectiva quer da aplicação por um único fornecedor com uma quota de mercado superior a 30 %, reduz as possibilidades de os consumidores tirarem partido das vantagens específicas oferecidas por estes formatos, como preços mais baixos, uma maior transparência e um acesso mais amplo.

(179) Sempre que o Regulamento de Isenção por Categoria seja aplicável a redes individuais de distribuição selectiva, poderá ser tomada em consideração a retirada da isenção por categoria ou a não aplicação do Regulamento de Isenção por Categoria em caso de efeitos cumulativos. No entanto, é pouco provável que ocorra um problema de efeito cumulativo, quando a quota do mercado abrangido pela distribuição selectiva for inferior a 50 %. Do mesmo modo, não é provável que surja qualquer problema quando o rácio de cobertura (RC) do mercado ultrapassar 50 %, mas a quota de mercado combinada dos cinco maiores fornecedores (RC5) for inferior a 50 %. Sempre que tanto o RC5 como a quota do mercado abrangida pela distribuição selectiva ultrapassarem 50 %, a apreciação pode variar consoante os cinco maiores fornecedores apliquem ou não a distribuição selectiva. Quanto mais forte for a posição dos concorrentes que não aplicam a distribuição selectiva, menos provável é a exclusão de outros distribuidores. Se os cinco maiores fornecedores aplicarem a distribuição selectiva, podem em especial surgir preocupações em matéria de concorrência no que diz respeito aos acordos que aplicam critérios de selecção quantitativos através da limitação directa do número de distribuidores autorizados ou que aplicam critérios qualitativos, como a exigência de possuir um ou vários estabelecimentos tradicionais ou de fornecer serviços específicos, o que provoca um efeito de encerramento a nível de determinados formatos de distribuição. É em geral pouco provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, sejam satisfeitas se os sistemas de distribuição selectiva em questão impedirem o acesso ao mercado a novos distribuidores capazes de venderem os produtos em questão de forma adequada, especialmente os que praticam reduções ou os distribuidores que apenas desenvolvem actividades em linha e que oferecem baixos preços aos consumidores, limitando

desta forma a distribuição em benefício de certos canais existentes e em detrimento dos consumidores finais. Formas mais indirectas de distribuição selectiva quantitativa, resultantes por exemplo da combinação de critérios de selecção puramente qualitativos com o requisito imposto aos distribuidores autorizados de atingirem um montante mínimo de compras anuais, são menos susceptíveis de produzirem efeitos líquidos negativos se tal montante não representar uma parte significativa do volume de negócios total que o distribuidor alcançou com o tipo de produtos em questão e não ultrapassar o necessário para que o fornecedor recupere os seus investimentos específicos a uma relação contratual e/ou realize economias de escala na distribuição. Quanto às contribuições individuais, não se considera em geral que um fornecedor com uma quota de mercado inferior a 5 % contribua significativamente para um efeito cumulativo.

(180) Os obstáculos à entrada são particularmente importantes no caso de encerramento do mercado aos distribuidores não autorizados. Em geral, os obstáculos à entrada serão significativos, uma vez que a distribuição selectiva é normalmente aplicada por fabricantes de produtos de marca. Levará em geral algum tempo e envolverá investimentos consideráveis até que os retalhistas excluídos lancem as suas próprias marcas ou obtenham fornecimentos alternativos em condições concorrenciais.

(181) O poder de compra pode aumentar o risco de colusão entre distribuidores, alterando assim de uma forma considerável a análise dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição selectiva. A exclusão dos retalhistas mais eficientes do mercado pode em especial resultar nos casos em que uma forte organização de distribuidores autorizados impõe critérios de selecção ao fornecedor destinados a limitar a distribuição em proveito dos seus membros.

(182) O artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria estabelece que o fornecedor não pode impor uma obrigação aos distribuidores autorizados que os impeça, directa ou indirectamente, de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes. Esta condição destina-se especificamente a evitar uma colusão horizontal, a fim de excluir determinadas marcas através da criação de um clube selectivo de marcas por parte de fornecedores líderes. É pouco provável que este tipo de obrigação beneficie de isenção, quando o RC5 for igual ou superior a 50 %, a menos que nenhum dos fornecedores que impõe uma obrigação desse tipo pertença aos cinco maiores fornecedores do mercado.

(183) A exclusão de outros fornecedores não constitui normalmente um problema, desde que possam utilizar os mesmos distribuidores, ou seja, desde que o sistema de distribuição selectiva não seja combinado com a marca

única. No caso de uma rede densa de distribuidores autorizados ou no caso de um efeito cumulativo, a combinação de distribuição selectiva com uma obrigação de não concorrência pode colocar um risco de exclusão de outros fornecedores. Neste caso, aplicam-se os princípios estabelecidos na secção 2.1. em matéria de marca única. No caso de a distribuição selectiva não ser combinada com uma obrigação de não concorrência, a exclusão de fornecedores concorrentes do mercado pode continuar a constituir um problema, se os fornecedores líderes aplicarem não só critérios de selecção puramente qualitativos, mas também impuserem aos seus representantes certas obrigações adicionais, tais como a obrigação de reservar um espaço de prateleira mínimo para os seus produtos ou de garantir que as vendas dos seus produtos pelo distribuidor atinjam uma percentagem mínima do seu volume de negócios total. É pouco provável que tal problema se coloque se a quota do mercado abrangida pela distribuição selectiva for inferior a 50 % ou, no caso de este rácio de cobertura ser ultrapassado, se a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores for inferior a 50 %.

- (184) A maturidade do mercado é importante, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas e uma eventual exclusão de fornecedores ou distribuidores podem constituir um grave problema num mercado que atingiu a maturidade, mas é menos relevante num mercado caracterizado por uma procura crescente, mudanças tecnológicas e variações das posições de mercado.
- (185) A distribuição selectiva pode ser eficiente quando conduz a poupanças nos custos logísticos devido a economias de escala no transporte e tal pode acontecer independentemente da natureza do produto [ponto 107 alínea g)]. Contudo, os ganhos de eficiência são normalmente marginais nos sistemas de distribuição selectiva. Para ajudar a resolver o problema do «parasitismo» entre os distribuidores [ponto 107 alínea a)] ou para ajudar a criar uma imagem de marca [ponto 107 alínea i)] a natureza do produto é muito relevante. Em geral, estes ganhos de eficiência são mais defensáveis em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos em que as qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou a produtos em que as qualidades continuam a ser difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). A combinação da distribuição selectiva com uma cláusula de localização, que protege um distribuidor designado em relação à possibilidade de outros distribuidores designados abrirem um estabelecimento nas proximidades, pode, em especial, satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se for indispensável para proteger investimentos substanciais e específicos de uma relação contratual realizados pelo representante autorizado [ponto 107, alínea d)].
- (186) Para garantir que é escolhida a restrição menos anticoncorrencial, é importante verificar se os mesmos ganhos de eficiência podem ser obtidos com custos comparáveis, mediante, por exemplo, meras obrigações ao nível dos serviços de assistência.
- (187) Exemplo de distribuição selectiva quantitativa
- Num mercado de produtos de consumo duradouros, o líder de mercado (marca A), com uma quota de mercado de 35 %, vende o seu produto aos consumidores finais através de uma rede de distribuição selectiva. Existem vários critérios para a admissão na rede: o estabelecimento deve empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-venda, deve existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do produto e produtos de alta tecnologia semelhantes e o estabelecimento deve vender uma vasta gama de modelos do fornecedor e dispô-los de uma forma atractiva. Além disso, o número de retalhistas admissíveis na rede é directamente limitado através da fixação de um número máximo de retalhistas por número de habitantes em cada província ou zona urbana. O produtor A tem seis concorrentes neste mercado. Os seus maiores concorrentes, B, C e D têm quotas de mercado de respectivamente, 25 %, 15 % e 10 %, enquanto os outros produtores têm quotas de mercado inferiores. A é o único produtor a utilizar a distribuição selectiva. Em todos os casos, os distribuidores selectivos da marca A representam também algumas marcas concorrentes. Contudo, as marcas concorrentes são também amplamente vendidas em estabelecimentos não membros da rede de distribuição selectiva de A. Os canais de distribuição são vários: por exemplo, as marcas B e C são vendidas na maior parte dos estabelecimentos seleccionados de A, mas igualmente noutros estabelecimentos que fornecem um serviço de elevada qualidade e em hipermercados. A marca D é principalmente vendida em estabelecimentos com uma elevada qualidade de serviço. A tecnologia está a evoluir de forma bastante rápida neste mercado e os principais fornecedores mantêm uma forte imagem de qualidade em relação aos seus produtos, através da publicidade.
- Neste mercado, o rácio de cobertura da distribuição selectiva é de 35 %. A concorrência intermarcas não é directamente afectada pelo sistema de distribuição selectiva de A. A concorrência intramarcas em relação à marca A pode ser reduzida, mas os consumidores têm acesso aos retalhistas com um serviço reduzido/preços reduzidos para as marcas B e C, que têm uma imagem de qualidade comparável à da marca A. Por outro lado, o acesso a retalhistas de outras marcas com uma elevada qualidade de serviço não está encerrado, uma vez que não existe qualquer limite na capacidade de os distribuidores seleccionados venderem marcas concorrentes e uma vez que a limitação quantitativa do número de retalhistas da marca A permite a outros retalhistas com uma elevada qualidade de serviço distribuírem marcas concorrentes. Neste caso, tendo em conta os requisitos a nível do serviço e os ganhos de eficiência que estes poderão proporcionar, bem como o efeito limitado na concorrência intramarcas, são susceptíveis de estarem satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(188) Exemplo de distribuição selectiva com efeitos cumulativos:

Num mercado de um determinado artigo desportivo, existem sete fabricantes, cujas quotas de mercado são: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % e 7 %, respectivamente. Os cinco principais fabricantes distribuem os seus produtos através da distribuição selectiva quantitativa, embora os dois mais pequenos utilizem sistemas de distribuição diferentes, o que dá origem a um rácio de cobertura da distribuição selectiva de 85 %. Os critérios para admissão nas redes de distribuição selectiva são significativamente uniformes entre os fabricantes: os distribuidores são obrigados a possuir um ou vários estabelecimentos tradicionais, estes estabelecimentos devem empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-venda, deve existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do artigo e é especificada a dimensão mínima desta zona. O estabelecimento deve vender uma vasta gama da marca em questão e dispor o artigo de forma atractiva, deve estar situado numa rua comercial, e este tipo de artigo deve representar pelo menos 30 % do volume de negócios total do estabelecimento. Em geral, o mesmo revendedor é designado distribuidor selectivo para as cinco marcas. As duas marcas que não utilizam a distribuição selectiva vendem normalmente os seus produtos através de retalhistas menos especializados com níveis de serviço inferiores. O mercado é estável, quer a nível da oferta quer a nível da procura, e existe uma forte imagem de marca e diferenciação do produto. Os cinco líderes de mercado têm imagens de marca fortes, adquiridas através da publicidade e do patrocínio, enquanto os dois fabricantes mais pequenos têm uma estratégia de produtos mais baratos, sem qualquer imagem de marca forte.

Neste mercado, é negado o acesso às cinco marcas líder por parte dos estabelecimentos que praticam descontos e por distribuidores que apenas desenvolvem actividades em linha. Na realidade, a exigência de que a venda deste tipo de artigos represente pelo menos 30 % da actividade dos representantes e os critérios relativos à apresentação do produto e à prestação de serviços pré-venda excluem da rede de representantes autorizados a maior parte dos que praticam descontos. A exigência no sentido de possuir um ou vários estabelecimentos tradicionais exclui da rede os distribuidores que apenas desenvolvem actividades em linha. Por conseguinte, os consumidores não têm qualquer outra opção se não comprar as cinco marcas líder em estabelecimentos com um elevado serviço/elevado preço. Esta situação conduz a uma redução da concorrência intermarcas entre as cinco marcas líder. O facto de as duas marcas mais pequenas poderem ser compradas em estabelecimentos com um serviço inferior/preço reduzido não compensa completamente esta situação, devido ao facto de a imagem de marca dos cinco líderes de mercado ser muito superior. A concorrência intermarcas é igualmente limitada pelos acordos múltiplos de distribuição. Apesar de existir um certo grau de concorrência intramarcas e do número de retalhistas não ser directamente limitado, os critérios de admissão são suficientemente restritos para apenas permitirem um pequeno nú-

mero de retalhistas das cinco marcas líder em cada território.

Os ganhos de eficiência associados a estes sistemas de distribuição selectiva quantitativa são reduzidos: o produto não é muito complexo e não justifica um serviço de qualidade particularmente elevada. A não ser que os fabricantes possam provar que existem ganhos de eficiência claros associados à sua rede de distribuição selectiva, é provável que a isenção por categoria tenha de ser retirada devido aos seus efeitos cumulativos que dão origem a uma escolha mais reduzida e a preços mais elevados para os consumidores.

2.5. Acordos de franquia

(189) Os acordos de franquia contêm licenças de direitos de propriedade intelectual relativas, em especial, a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador presta normalmente ao franqueado, durante a vigência do acordo, assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objecto da franquia. O franqueado paga normalmente ao franqueador uma franquia pela utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem permitir que o franqueador crie, com investimentos limitados, uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Para além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia incluem normalmente uma combinação de diferentes restrições verticais, relativas aos produtos que são distribuídos, em especial a distribuição selectiva e/ou a obrigação de não concorrência e/ou a distribuição exclusiva, ou formas mais atenuadas destas restrições.

(190) A cobertura, pelo Regulamento de Isenção por Categoria, do licenciamento de direitos de propriedade intelectual incluído em acordos de franquia é abordada nos pontos 24 a 46. Quanto às restrições verticais relativas à compra, venda e revenda de bens e serviços no âmbito de um acordo de franquia, tais como a distribuição selectiva, a obrigação de não concorrência ou a distribuição exclusiva, o Regulamento de Isenção por Categoria é aplicável até um limiar de quota de mercado de 30 % ⁽¹⁾. As orientações fornecidas no que diz respeito a estes tipos de restrições são aplicáveis igualmente aos acordos de franquia, devendo ser tomadas em consideração as duas seguintes observações específicas:

- a) Quanto mais importante é a transferência do saber-fazer, mais provável é que as restrições dêem origem a ganhos de eficiência e/ou sejam indispensáveis para a protecção do saber-fazer e que as restrições verticais satisfaçam as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

⁽¹⁾ Ver igualmente os pontos 86 a 95, em especial o ponto 92.

- b) Uma obrigação de não concorrência relativa aos bens ou serviços adquiridos pelo franqueado não é abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, quando tal obrigação é necessária para manter a identidade comum e a reputação da rede franqueada. Nesses casos, a duração da obrigação de não concorrência também é irrelevante para efeitos do artigo 101.º, n.º 1, desde que não exceda a duração do próprio acordo de franquia.

(191) Exemplo de acordo de franquia

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

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

A maior parte das obrigações incluídas nos acordos de franquia pode ser considerada necessária para proteger os direitos de propriedade intelectual ou manter a identidade comum e a reputação da rede franqueada e não é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. As restrições à venda (território contratual e distribuição selectiva) proporcionam um incentivo aos franqueados para investirem na máquina de coloração e no conceito de franquia e, se não forem necessárias para esse fim, pelo menos contribuem para manter a identidade comum, compensando assim a redução da concorrência intramarcas. A cláusula de não concorrência, que exclui outras marcas de rebuçados e doces dos estabelecimentos, durante toda a vigência dos acordos, permite que o franqueador mantenha a uniformidade dos estabelecimentos e impede os concorrentes de beneficiarem da sua designação comercial. Não conduz a qualquer encerramento grave do mercado, tendo em conta o grande número de estabelecimentos potenciais à disposição dos outros produtores de rebuçados e doces. Os acordos de franquia deste franqueador são susceptíveis de satisfazer as condições de isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, na medida em que as obrigações neles incluídas forem abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

2.6. Fornecimento exclusivo

- (192) Sob a designação de fornecimento exclusivo incluem-se as restrições que têm como elemento principal o facto de o fornecedor ser obrigado ou induzido a vender os produtos contratuais apenas ou principalmente a um comprador, para fins gerais ou para uma utilização específica. Estas restrições podem tratar-se de uma obrigação de fornecimento exclusivo, que obriga o fornecedor a vender apenas a um comprador, para fins de revenda ou para uma utilização específica, mas podem igualmente consistir, por exemplo, na obrigação, imposta ao fornecedor, de venda de uma determinada quantidade, nos termos da qual são acordados incentivos entre o fornecedor e o comprador que obrigam o primeiro a concentrar as suas vendas num único comprador. Para os bens ou serviços intermédios, o fornecimento exclusivo é frequentemente denominado fornecimento industrial.
- (193) O fornecimento exclusivo beneficia da isenção por categoria, quando a quota de mercado, tanto do fornecedor como do comprador, não ultrapassa 30 %, ainda que combinada com outras restrições verticais não graves, como a obrigação de não concorrência. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação do fornecimento exclusivo em casos individuais acima do limiar da quota de mercado.
- (194) O principal risco do fornecimento exclusivo a nível da concorrência é o da exclusão anticoncorrencial de outros compradores. Existe uma semelhança com os eventuais efeitos da distribuição exclusiva, em especial quando o distribuidor exclusivo é também o comprador exclusivo para a totalidade de um mercado (ver secção 2.2, em especial ponto 156). A quota de mercado do comprador

no mercado de aquisições a montante é obviamente importante para a avaliação da capacidade de o comprador «impor» o fornecimento exclusivo, que exclui outros compradores do acesso aos fornecimentos. A importância do comprador no mercado a jusante constitui, contudo, o factor determinante para apreciar se pode surgir um problema de concorrência. Se o comprador não tem qualquer poder de mercado a jusante, não são de prever efeitos negativos consideráveis para os consumidores. Esses efeitos negativos podem ocorrer quando a quota do comprador no mercado do fornecimento a jusante, bem como no mercado de aquisições a montante, ultrapassa 30 %. No caso de a quota do comprador no mercado a montante não ultrapassar 30 %, podem ainda verificar-se efeitos significativos de encerramento, especialmente quando a quota do comprador no seu mercado a jusante ultrapassa 30 % e o fornecimento exclusivo estiver relacionado com uma utilização específica dos produtos contratuais. Quando uma empresa está em posição dominante no mercado a jusante, qualquer obrigação de só fornecer ou fornecer principalmente os produtos ao comprador dominante pode facilmente ter efeitos anticoncorrenciais importantes.

(195) Não é apenas a posição do comprador nos mercados a montante e a jusante que é importante, mas igualmente a medida em que aplica uma obrigação de fornecimento exclusivo a duração de tal obrigação. Quanto maior for a quota de fornecimento subordinada, e maior a duração do fornecimento exclusivo, mais significativo será provavelmente o efeito de encerramento. Os acordos de fornecimento exclusivo com uma duração inferior a 5 anos, concluídos por empresas não dominantes, exigem normalmente um equilíbrio entre efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, enquanto os acordos superiores a cinco anos não são, em relação à maior parte dos investimentos, considerados necessários para obter os alegados ganhos de eficiência ou os ganhos não são suficientes para compensar o efeito de encerramento desses acordos de fornecimento exclusivo a longo prazo.

(196) A posição dos compradores concorrentes no mercado a montante é importante, uma vez que é muito provável que sejam excluídos por razões anticoncorrenciais, ou seja, para aumentar os seus custos, se forem significativamente mais baixos do que os custos do comprador responsável pela exclusão. A exclusão de compradores concorrentes não é muito provável no caso de estes concorrentes terem um poder de compra semelhante e poderem oferecer aos fornecedores possibilidades de vendas semelhantes. Nesse caso, só se poderá verificar uma exclusão de candidatos potenciais que não sejam capazes de garantir fornecimentos seguros se uma série de compradores importantes concluir contratos de fornecimento exclusivo com a maior parte dos fornecedores no mercado. Esse efeito cumulativo pode conduzir à retirada do benefício do Regulamento de Isenção por Categoria.

(197) Os obstáculos à entrada no mercado a nível dos fornecedores são relevantes para determinar se existe um encerramento efectivo. Na medida em que seja eficiente

para os compradores concorrentes fornecerem eles próprios os bens ou serviços através de uma integração vertical a montante, é pouco provável que o encerramento constitua um problema real. Contudo, existem frequentemente obstáculos significativos à entrada.

(198) O poder de compensação dos fornecedores é relevante, uma vez que os fornecedores importantes não permitirão facilmente que lhes seja cortado o acesso a compradores alternativos. Por conseguinte, o encerramento constitui um risco principalmente no caso de fornecedores fracos e compradores fortes. No caso de fornecedores fortes, pode verificar-se a ocorrência de fornecimento exclusivo em conjugação com obrigações de não concorrência. Nesta situação devem ser aplicadas as regras desenvolvidas para a marca única. No caso de existirem investimentos específicos a uma relação contratual em ambos os lados (problema da captividade), a combinação do fornecimento exclusivo e das obrigações de não concorrência, isto é, exclusividade recíproca em acordos de fornecimento industrial, justifica-se com frequência, em especial abaixo do nível da posição dominante.

(199) Por último, o estágio da actividade comercial e a natureza do produto são relevantes para a questão do encerramento. O encerramento anticoncorrencial é menos susceptível de ocorrer no caso de um produto intermédio ou quando o produto é homogéneo. Em primeiro lugar, um fabricante excluído que utilize um determinado factor de produção tem normalmente mais flexibilidade para dar resposta à procura dos seus clientes do que um grossista/retalhista tem para dar resposta à procura do consumidor final para quem as marcas podem constituir um elemento importante. Em segundo lugar, a perda de uma eventual fonte de fornecimento tem menos significado para os compradores excluídos em caso de produtos homogéneos do que no caso de um produto heterogéneo com diferentes categorias e qualidades. Quanto aos produtos de marca finais ou produtos intermédios diferenciados, relativamente aos quais existem obstáculos à entrada no mercado, o fornecimento exclusivo pode ter efeitos anticoncorrenciais apreciáveis no caso de os compradores concorrentes serem relativamente pequenos em comparação com o comprador que provoca o encerramento, mesmo que este não seja dominante no mercado a jusante.

(200) Podem prever-se ganhos de eficiência no caso de um problema de «captividade» [ponto 107, alíneas d) e e)], o que tem maiores probabilidades de acontecer em relação aos produtos intermédios do que em relação aos produtos finais. A existência de outros ganhos de eficiência é menos provável. Eventuais economias de escala na distribuição [ponto 107, alínea g)] não parecem susceptíveis de justificar o fornecimento exclusivo.

(201) No caso de um problema de «captividade» e ainda mais no caso de economias de escala na distribuição, as imposições quantitativas ao fornecedor, como requisitos de fornecimento mínimos, poderá, claramente, constituir uma alternativa menos restritiva.

(202) Exemplo de fornecimento exclusivo:

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

Dados os investimentos consideráveis, o acordo é susceptível de satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, tendo em conta os ganhos de eficiência e o efeito limitado de encerramento. Outros compradores são excluídos de uma determinada versão de um produto de um fornecedor com uma quota de mercado de 35 % e existem outros fornecedores de componentes que poderiam desenvolver novos produtos idênticos. O encerramento de parte da procura do comprador B a outros fornecedores limita-se a um máximo de 40 % do mercado.

2.7. Taxas de acesso pagas antecipadamente

- (203) As taxas de acesso pagas antecipadamente são encargos fixos que os fornecedores pagam aos distribuidores no âmbito de uma relação vertical, no início do período relevante, a fim de obter acesso à sua rede de distribuição e renumerar os serviços prestados pelos fornecedores aos retalhistas. Esta categoria inclui práticas diversas como as taxas relativas ao espaço nas prateleiras (*slotting allowances*) ⁽¹⁾, ou à manutenção de um produto nas prateleiras (*pay-to-stay fees*) ⁽²⁾, pagamentos relativos ao acesso às campanhas promocionais do distribuidor, etc. As taxas de acesso pagas antecipadamente beneficiam de uma isenção por categoria quando as quotas do fornecedor e do comprador não excedem 30%. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação dos encargos de acesso acima do limiar da quota de mercado.
- (204) As taxas de acesso pagas antecipadamente podem por vezes ter como consequência a exclusão anticoncorrencial de outros distribuidores se tais pagamentos induzirem o

fornecedor a distribuir os seus produtos através de um único distribuidor ou de um número reduzido de distribuidores. Uma taxa de acesso elevada pode fazer com que o fornecedor realize um volume significativo das suas vendas através deste distribuidor a fim de cobrir este custo. Neste caso, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem ter o mesmo efeito de exclusão a jusante que uma obrigação de fornecimento exclusivo. A apreciação deste eventual efeito negativo é feita por analogia com a apreciação das obrigações de fornecimento exclusivo (ver em especial pontos 194-199).

- (205) Excepcionalmente, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem provocar uma exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores, em especial se a sua utilização generalizada contribuir para aumentar as barreiras à entrada para os pequenos operadores. A apreciação deste eventual efeito negativo é feita por analogia com a apreciação das obrigações de marca única (ver em especial pontos 132-141).
- (206) Para além dos eventuais efeitos de exclusão, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem provocar um abrandamento da concorrência e facilitar a colusão entre distribuidores. Estes encargos são susceptíveis de fazer aumentar o preço dos produtos contratuais cobrado pelo fornecedor, uma vez que este tem de cobrir estas despesas. O aumento dos preços de fornecimento pode reduzir o incentivo para os retalhistas concorrerem a nível dos preços no mercado a jusante, enquanto os lucros dos distribuidores aumentam devido ao pagamento de taxas de acesso. Para que se verifique esta redução da concorrência entre distribuidores, através da utilização cumulativa de taxas de acesso pagas antecipadamente, é normalmente necessário que o mercado da distribuição seja um mercado altamente concentrado.
- (207) Contudo, a utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente pode, em muitos casos, contribuir para uma afectação eficiente do espaço de prateleiras aos novos produtos. Normalmente, os distribuidores dispõem de menos informações do que os fornecedores quanto ao êxito potencial dos novos produtos a introduzir no mercado, o que pode conduzir a um nível suboptimizado do volume dos produtos armazenados. Estas taxas podem ser utilizadas para reduzir esta assimetria de informação entre os fornecedores e os distribuidores, permitindo expressamente aos fornecedores entrarem em concorrência a nível do espaço de prateleiras. Desta forma, o distribuidor pode ter uma indicação de quais os produtos que terão maiores probabilidades de êxito, uma vez que o fornecedor está normalmente disposto a suportar uma taxa de acesso paga antecipadamente se considerar que existe uma reduzida probabilidade de fracasso na introdução do produto no mercado.

⁽¹⁾ Taxas fixas que os fabricantes pagam aos retalhistas a fim de obterem acesso ao seu espaço de prateleira.

⁽²⁾ Pagamentos únicos efectuados para garantir a permanência de um dado produto na prateleira durante um período adicional.

(208) Por outro lado, devido à assimetria de informação referida no ponto 207, os fornecedores podem ter incentivos para recorrerem ao «parasitismo» em relação aos esforços promocionais dos distribuidores, a fim de introduzirem produtos suboptimizados. Se um produto não for coroado de êxito, os distribuidores pagarão parte dos custos do seu fracasso. A utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente pode impedir tais comportamentos de «parasitismo», transferindo o risco de fracasso do produto novamente para os fornecedores e criando assim uma taxa optimizada de introdução de novos produtos.

2.8. Acordos de gestão por categoria

(209) Os acordos de gestão por categoria são acordos através dos quais, no âmbito de um contrato de distribuição, o distribuidor confia ao fornecedor (o «líder da categoria») a comercialização de uma categoria de produtos que incluem normalmente não só os produtos do fornecedor, mas também os produtos dos seus concorrentes. Por conseguinte, o líder da categoria pode, por exemplo, influenciar a colocação e a promoção do produto no estabelecimento e a selecção de produtos por parte do estabelecimento. Os acordos de gestão por categoria beneficiam de uma isenção por categoria quando a quota de mercado tanto do fornecedor como do comprador não ultrapassa 30 %. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação dos acordos de gestão por categoria em casos individuais acima do limiar de quota de mercado.

(210) Embora na maior parte dos casos os acordos de gestão por categoria não sejam problemáticos, são por vezes susceptíveis de provocar uma distorção da concorrência entre fornecedores, resultando em última análise numa exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores se o líder da categoria puder, devido à sua influência sobre as decisões de comercialização do distribuidor, limitar ou prejudicar a distribuição de produtos dos fornecedores concorrentes. Embora na maior parte dos casos o distribuidor não tenha interesse em limitar a escolha dos seus produtos, quando o distribuidor vende igualmente produtos concorrentes sob marca própria (marcas de distribuidor), pode ter incentivos para excluir determinados fornecedores, em especial de produtos de gama intermédia. A apreciação deste efeito negativo a montante é feita por analogia com a apreciação das obrigações de marca única (ver em especial pontos 132-141), abordando questões como a cobertura de mercado destes acordos, a posição no mercado dos fornecedores concorrentes e a eventual utilização cumulativa de tais acordos.

(211) Por outro lado, os acordos de gestão por categoria podem facilitar a colusão entre distribuidores quando o mesmo fornecedor actua como líder da categoria para a totalidade ou a quase totalidade dos distribuidores concorrentes num determinado mercado e proporciona a estes distribuidores um ponto de referência comum para as suas decisões de comercialização.

(212) Os acordos de gestão por categoria podem também facilitar a colusão entre fornecedores, através de um aumento

das oportunidades de trocar informações de mercado sensíveis através dos retalhistas, como por exemplo informações relativas à futura política de preços, planos promocionais ou campanhas publicitárias ⁽¹⁾.

(213) No entanto, a utilização de acordos de gestão por categoria pode igualmente proporcionar ganhos de eficiência. Os acordos de gestão por categoria podem permitir que os distribuidores tenham acesso à capacidade de *marketing* do fornecedor relativamente a um determinado grupo de produtos e obtenham economias de escala, uma vez que garantem que a quantidade optimizada de produtos chega atempada e directamente às prateleiras. Uma vez que os acordos de gestão por categoria se baseiam nos hábitos dos consumidores, podem conduzir a uma maior satisfação dos consumidores porque contribuem para uma melhor adequação às expectativas da procura. Na generalidade, quanto maior for a concorrência intermarcas e quanto menores forem os custos de mudança dos consumidores, maiores serão os benefícios económicos proporcionados pelos acordos de gestão por categoria.

2.9. Subordinação

(214) A subordinação diz respeito a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são também obrigados a comprar um outro produto distinto (produto subordinado) junto do mesmo fornecedor ou de alguém por ele designado. Tal prática pode constituir um abuso nos termos do artigo 102.º ⁽²⁾. A subordinação pode igualmente constituir a uma restrição vertical abrangida pelo artigo 101.º, quando der origem a uma obrigação do tipo da marca única (ver pontos 129 a 150) no que se refere ao produto subordinado. As presentes Orientações tratam apenas desta última situação.

(215) O facto de os produtos serem considerados produtos distintos depende da procura dos clientes. Dois produtos são distintos se, na ausência de subordinação, um número significativo de clientes teria comprado o produto subordinante sem comprar igualmente o produto subordinado junto do mesmo fornecedor, permitindo assim a produção autónoma tanto do produto subordinante como do produto subordinado ⁽³⁾. Entre os elementos que comprovam que dois produtos são distintos figuram elementos de prova directos de que, se tiverem escolha, os clientes adquirem os produtos subordinante e subordinado separadamente junto de fontes de fornecimento diferentes ou elementos de prova indirectos, como a presença no mercado de empresas especializadas no fabrico ou venda do produto subordinado sem o produto subordinante ⁽⁴⁾ ou ainda elementos de prova que indiquem

⁽¹⁾ A troca directa de informações entre concorrentes não é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, ver artigo 2.º, n.º 4 daquele regulamento e pontos 27 e 28 das presentes orientações.

⁽²⁾ Ver acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-333/94 P, *Tetra-pak/Comissão*, n.º 37, Colectânea 1996, p. I-5951. Ver igualmente Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

⁽³⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-201/04 *Microsoft/Comissão* n.ºs 917, 921 e 922, Colectânea 2007, p. II-3601.

⁽⁴⁾ Ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-30/89, *Hilti/Comissão*, n.º 67, Colectânea 1991, p. II-1439.

que empresas com um reduzido poder de mercado, principalmente em mercados concorrenciais, normalmente não subordinam nem agrupam tais produtos. Por exemplo, uma vez que os clientes pretendem comprar sapatos com atacadores e não é possível em termos práticos que os distribuidores coloquem nos sapatos novos atacadores à sua escolha, tornou-se um hábito comercial que os fabricantes forneçam sapatos com atacadores. Por conseguinte, a venda de sapatos com atacadores não constitui uma prática de subordinação.

- (216) A subordinação pode provocar efeitos de encerramento anticoncorrenciais no mercado subordinado, no mercado subordinante ou em ambos simultaneamente. O efeito de encerramento depende da percentagem subordinada das vendas totais no mercado do produto subordinado. Quanto à questão de saber o que pode ser considerado um encerramento considerável, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, pode ser aplicada a análise apresentada a propósito da marca única. A subordinação das vendas significa que existe pelo menos uma forma de obrigação de compra de uma determinada quantidade por parte do comprador no que se refere ao produto subordinado. Quando, além disso, é acordada uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinado, verifica-se um reforço do eventual efeito de encerramento no mercado do produto subordinado. A subordinação pode provocar uma diminuição da concorrência para os clientes interessados em adquirir o produto subordinado, mas não o produto subordinante. Se não existir um número suficiente de clientes que adquiram exclusivamente o produto subordinado, de forma a manter os concorrentes do fornecedor no mercado subordinado, a subordinação pode fazer com que tais clientes enfrentem preços mais elevados. Se o produto subordinado constitui um produto complementar importante para os clientes do produto subordinante, uma redução dos fornecedores alternativos do produto subordinado e, por conseguinte, uma redução da disponibilidade desse produto, pode tornar mais difícil a entrada apenas no mercado subordinante.
- (217) A subordinação pode igualmente conduzir a preços supraconcorrenciais especialmente em três situações. Em primeiro lugar, quando o produto subordinante e o produto subordinado podem ser utilizados em proporções variáveis enquanto factores num processo de produção, os clientes podem reagir a um aumento do preço do produto subordinante aumentando a sua procura do produto subordinado e diminuindo a sua procura do produto subordinante. Ao subordinar os dois produtos, o fornecedor pode tentar evitar esta substituição e, assim, estar em condições de aumentar os preços. Em segundo, quando a subordinação permite uma discriminação a nível dos preços consoante o fim para que o cliente utiliza o produto subordinante, por exemplo, a subordinação de cartuchos de tinta à venda de fotocopiadoras. Em terceiro, quando em caso de contratos de longa duração ou no caso de mercados pós-venda de equipamentos originais que só serão substituídos a longo prazo, se torna difícil para os clientes calcularem as consequências da subordinação.
- (218) A subordinação beneficia de uma isenção ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria quanto a quota de mercado do fornecedor, tanto no mercado do produto subordinado como no mercado do produto subordinante, e a quota de mercado do comprador no mercado rele-

vante a montante, não excedem 30%. Pode ser combinada com outras restrições verticais, tais como obrigações de não concorrência ou de compra de uma determinada quantidade no que se refere ao produto subordinante ou a uma obrigação de abastecimento exclusivo. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação da subordinação em casos individuais acima do limiar de quota de mercado são dadas as seguintes.

- (219) A posição do fornecedor no mercado do produto subordinante é obviamente de grande importância para uma apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais. Em geral, este tipo de acordo é imposto pelo fornecedor. A importância do fornecedor no mercado do produto subordinante constitui a principal razão pela qual um comprador pode considerar difícil recusar uma obrigação de subordinação.
- (220) Para avaliar o poder de mercado do fornecedor é importante a posição dos seus concorrentes no mercado do produto subordinante. Desde que os seus concorrentes sejam suficientemente numerosos e fortes, não são de prever quaisquer efeitos anticoncorrenciais, uma vez que os compradores dispõem de alternativas suficientes para adquirirem o produto subordinante sem o produto subordinado, a não ser que outros fornecedores apliquem um sistema de subordinação semelhante. Por outro lado, os obstáculos à entrada no mercado do produto subordinante são importantes para determinar a posição do fornecedor no mercado. Quando a subordinação é combinada com uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinante, assiste-se a um reforço considerável da posição do fornecedor.
- (221) O poder de compra é relevante, uma vez que compradores importantes não serão facilmente forçados a aceitar a subordinação sem obterem pelo menos parte dos eventuais ganhos de eficiência. Por conseguinte, a subordinação não baseada neste tipo de ganhos constitui sobretudo um risco no caso de compradores que não possuam um poder de compra significativo.
- (222) Quando são detectados efeitos anticoncorrenciais consideráveis, surge a questão de saber se as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas. As obrigações de subordinação podem contribuir para produzir ganhos de eficiência resultantes da produção ou da distribuição conjuntas. No caso de o produto subordinado não ser fabricado pelo fornecedor, pode igualmente surgir um ganho de eficiência resultante do facto do fornecedor adquirir grandes quantidades do produto subordinado. No entanto, para que a subordinação preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, é necessário demonstrar que pelo menos parte destas reduções em termos de custos são repercutidas no consumidor, o que normalmente não acontece quando o retalhista consegue obter, regularmente, fornecimentos dos mesmos produtos ou de produtos equivalentes em condições iguais ou mais favoráveis do que as oferecidas pelo fornecedor que recorre à prática de subordinação. Pode existir um outro ganho de eficiência quando a subordinação contribui para garantir uma certa uniformidade e normalização em termos de qualidade [ver ponto 107, alínea i)]. Contudo, é necessário demonstrar que os

efeitos positivos não podem ser realizados de forma igualmente eficaz exigindo que o comprador utilize ou revenda produtos que satisfaçam normas mínimas de qualidade, sem exigir que o comprador os adquira ao fornecedor ou a alguém por ele designado. Os requisitos relativos às normas mínimas de qualidade não serão normalmente abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Quando o fornecedor do produto subordinante impõe ao comprador os fornecedores a quem este deve adquirir o produto subordinado, por exemplo, devido ao facto de não ser possível a formulação de normas mínimas de qualidade, esta situação pode também não ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, especialmente quando o fornecedor do produto subordinante não obtém um benefício (financeiro) directo da designação dos fornecedores do produto subordinado.

2.10. Restrições a nível dos preços de revenda

(223) Tal como referido na secção III.3, a imposição dos preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar, é considerada uma restrição grave. Quando um acordo inclui uma cláusula de imposição dos preços de revenda presume-se que aquele acordo restringe a concorrência, enquadrando-se por conseguinte no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Cria igualmente a presunção de que o acordo não preenche provavelmente as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, não lhe sendo por conseguinte aplicável a isenção por categoria. No entanto, as empresas têm a possibilidade de, num processo individual, invocarem o argumento dos ganhos de eficiência nos termos do artigo 101.º, n.º 3. Cabe às partes comprovarem que a inclusão da imposição dos preços de revenda no seu acordo é susceptível de dar origem a ganhos de eficiência e demonstrarem que se encontram preenchidas todas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Incumbe subsequentemente à Comissão apreciar efectivamente os eventuais efeitos negativos sobre a concorrência e os consumidores, antes de decidir se estão preenchidas as condições do artigo 101.º, n.º 3.

(224) A imposição dos preços de revenda é susceptível de restringir a concorrência de diversas formas. Em primeiro lugar, pode facilitar a colusão entre fornecedores ao aumentar a transparência dos preços no mercado, o que torna mais fácil detectar se um fornecedor se afasta do equilíbrio colusivo reduzindo o seu preço. A imposição dos preços de revenda diminui igualmente o incentivo para que o fornecedor reduza o preço que cobra aos seus distribuidores, uma vez que um preço de revenda fixo não lhe permitirá beneficiar de um aumento das vendas. Este efeito negativo é particularmente plausível se o mercado apresentar uma tendência para a colusão, por exemplo, se os fabricantes formarem um oligopólio restrito e se uma parte significativa do mercado for abrangida por acordos de imposição dos preços de revenda. Em segundo lugar, ao eliminar a concorrência intramarcas em matéria de preços, a imposição dos preços de revenda pode igualmente facilitar a colusão entre compradores, ou seja, a nível da distribuição. Os distribuidores fortes ou bem organizados poderão estar em condições de forçar/convencer um ou vários fornecedores a fixarem o seu preço de revenda acima do nível concorrencial, ajudando-os, assim, a alcançar ou estabilizar um equilíbrio colusivo. A perda de concorrência em matéria de preços daí resultante afigura-se especialmente problemática

quando a imposição dos preços de revenda é inspirada pelos compradores, cujos interesses colectivos da natureza horizontal terão, muito provavelmente, um efeito negativo para os consumidores. Em terceiro lugar, a imposição dos preços de revenda poderá de forma mais geral provocar um abrandamento da concorrência entre fabricantes e/ou retalhistas, em especial quando os fabricantes utilizam os mesmos distribuidores para distribuírem os seus produtos e se o sistema de imposição dos preços de revenda for aplicado por todos ou um grande número de fabricantes. Em quarto lugar, o efeito imediato da imposição dos preços de revenda consistirá em impedir que a totalidade ou uma parte dos distribuidores reduzam os seus preços de venda dessa marca específica. Por outras palavras, o efeito directo da imposição dos preços de revenda é um aumento dos preços. Em quinto lugar, a imposição dos preços de revenda pode reduzir a pressão exercida sobre a margem do fabricante, em especial quando este tem um problema de «compromisso», ou seja quando tem interesse em baixar o preço cobrado aos distribuidores subsequentes. Numa situação deste tipo, o fornecedor pode preferir aceitar a imposição dos preços de revenda, a fim de o ajudar a assumir um compromisso no sentido de não baixar os preços para os distribuidores subsequentes, reduzindo assim a pressão sobre a sua própria margem. Em sexto lugar, a imposição dos preços de revenda pode ser aplicada por um fabricante com poder de mercado a fim de encerrar o mercado para os rivais de menores dimensões. O aumento da margem que a imposição dos preços de revenda é susceptível de proporcionar aos distribuidores pode incentivar estes últimos a favorecerem uma marca específica em detrimento de marcas rivais quando aconselham os clientes, mesmo que tal conselho não sirva os interesses do cliente, ou mesmo a não vender as marcas rivais. Por último, a imposição dos preços de revenda pode reduzir o dinamismo e a inovação a nível da distribuição. Ao impedir a concorrência em matéria de preços entre diferentes distribuidores, a imposição dos preços de revenda pode impedir que retalhistas mais eficientes entrem no mercado e/ou atinjam uma dimensão suficiente através de preços baixos. Pode igualmente impedir ou dificultar a entrada e expansão de modalidades de distribuição baseadas em preços baixos, como os distribuidores que praticam descontos.

(225) No entanto, a imposição dos preços de revenda não se limita a restringir a concorrência, podendo também, em especial quando é introduzida pelo fornecedor, conduzir a ganhos de eficiência, que serão apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 3. Especialmente quando um fabricante introduz um novo produto, a imposição dos preços de revenda pode contribuir, durante o período introdutório de expansão da procura, para induzir os distribuidores a tomarem melhor em consideração o interesse dos fabricantes em promover o produto. A imposição dos preços de revenda pode proporcionar aos distribuidores os meios necessários para intensificar os seus esforços de venda e, se os distribuidores neste mercado estiverem sujeitos a pressões concorrenciais, esta situação poderá induzi-los a expandir a procura global do produto e contribuir para o êxito do seu lançamento, o que beneficiará igualmente os consumidores⁽¹⁾. Da mesma forma, os preços de revenda

⁽¹⁾ Tal pressupõe que em termos práticos não será fácil para o fornecedor impor contratualmente a todos os compradores requisitos efectivos em matéria de promoção; ver igualmente ponto 107, alínea a).

fixos, e não apenas os preços de revenda máximos, podem ser necessários para organizar, num sistema de franquia ou num sistema de distribuição semelhante que utilize um formato de distribuição uniforme, uma campanha coordenada de preços baixos a curto prazo (2 a 6 seis semanas na maior parte dos casos), que será igualmente benéfica para os consumidores. Nalguns casos, a margem adicional proporcionada pela imposição dos preços de revenda poderá permitir que os retalhistas forneçam serviços pré-venda (adicionais), em especial quando possuem experiência ou quando se trata de produtos complexos. Se um número suficiente de clientes tirar partido destes serviços para fazer a sua escolha mas, subsequentemente, efectuar a sua aquisição, a um preço inferior, junto de retalhistas que não fornecem tais serviços (e que, consequentemente, não incorrem nos respectivos custos), os retalhistas que proporcionam um elevado nível de serviço podem reduzir ou eliminar tais serviços que aumentam a procura do produto do fornecedor. A imposição dos preços de revenda pode contribuir para evitar este parasitismo a nível da distribuição. A fim de demonstrarem que todas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas, as partes terão de demonstrar de forma convincente que prevêem que a imposição dos preços de revenda não só proporcionará os meios, mas também o incentivo, para evitar o eventual parasitismo entre retalhistas nestes serviços e que, globalmente, os serviços pré-venda beneficiam os consumidores.

- (226) A prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa o limiar de 30 %, desde que tal preço não seja equivalente a um

preço de venda mínimo ou fixo resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes. O restante da presente secção contém orientações para a avaliação dos casos em que é ultrapassado o limiar da quota de mercado e aos casos de retirada da isenção por categoria.

- (227) O eventual risco em termos de concorrência dos preços máximos e recomendados consiste no facto de funcionarem como um ponto de referência para os revendedores e poderem ser seguidos pela maior parte ou por todos eles, sendo susceptíveis de abrandar a concorrência ou de facilitar a colusão entre fornecedores.
- (228) Um factor importante para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais dos preços de revenda máximos ou recomendados é a posição do fornecedor no mercado. Quanto mais forte for a posição do fornecedor no mercado, maior será o risco de que um preço de revenda máximo ou recomendado conduza a uma aplicação mais ou menos uniforme desse nível de preços por parte dos revendedores, uma vez que a podem usar como ponto de referência. Com efeito, podem considerar difícil desviar-se do que consideram ser o preço de revenda preferido, proposto por um fornecedor importante no mercado.
- (229) Quando são detectados efeitos anticoncorrenciais consideráveis a nível dos preços de revenda máximos ou recomendados, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. No que se refere aos preços de revenda máximos, o ganho de eficiência descrito no ponto 107, alínea f) (evitar uma dupla margem) pode revelar-se particularmente importante. Um preço máximo de revenda pode igualmente contribuir para garantir que a marca em questão concorre mais vigorosamente com outras marcas, incluindo produtos de marca própria, distribuídos pelo mesmo distribuidor