

Conferência “Práticas Restritivas do Comércio Evolução Nacional e Perspetiva Europeia”

As PIRC, a Concorrência e o Setor Agroalimentar: a Experiência da AdC no Contexto Europeu

17.01.2014

A missão primordial da Autoridade da Concorrência é a promoção e a defesa da concorrência. No entanto, desde a sua criação em 2003, assumiu igualmente competências partilhadas com a ASAE relativamente aos processos de Práticas Restritivas de Comércio. Competia à ASAE a fiscalização deste tipo de práticas, conduzindo a AdC a instrução do respetivo processo contra-ordenacional.

Em Portugal, a legislação relativa às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC) foi introduzida no mesmo diploma que aprovou a primeira lei da concorrência, o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

Contudo, a proibição das práticas individuais restritivas do comércio não tem por pressuposto a afetação da concorrência. Assim, na revisão legislativa subsequente, de 1993, a legislação sobre PIRC foi separada da lei da concorrência, com a aprovação dos Decretos-Lei n.º 370/93 e n.º 371/93, ambos de 29 de Outubro, relativos às PIRC e ao regime jurídico da concorrência, respetivamente.

A legislação relativa às PIRC tem como objetivo assegurar a proteção dos concorrentes e/ou dos consumidores, aplicando-se independentemente da ocorrência, ou não, de uma afetação sensível da concorrência. Em particular, esta legislação procura promover o equilíbrio e a transparência das relações comerciais entre agentes económicos.

Como se referia no preâmbulo do D.L. n.º 370/93, “porque não raro certas práticas individuais são consequência de acordos restritivos da concorrência, ou de abusos de poder económico, que, enquanto tal, devem ser apreciados em sede de legislação de defesa da concorrência, quer para efeitos de condenação, quer de isenção, houve o cuidado de distinguir claramente o âmbito de aplicação de ambas as disciplinas”. Com a separação entre a legislação sobre PIRC e a legislação de concorrência, o legislador pretendeu seguramente vincar a diferença na aplicação destes dois regimes e, de algum modo, alertar para o facto de os mesmos poderem entrecruzar-se.

A solução para uma aplicação coerente entre os dois regimes foi, ao longo dos últimos dez anos, garantida por um modelo institucional em que competia à mesma entidade velar pelo cumprimento quer das regras de concorrência, quer das regras relativas às práticas restritivas do comércio.

Todavia, nos últimos anos de aplicação do D.L. 370/93 foi sendo suscitada a necessidade de modernizar o regime, atribuindo-lhe maior eficácia e capacidade dissuasora, nomeadamente revendo as coimas aplicáveis.

Para ilustrar a atividade da Autoridade da Concorrência no domínio das PIRC, faço notar que, desde a sua criação em 2003, a Autoridade analisou cerca de 830 processos de práticas restritivas do comércio. As decisões relativas a estes processos geraram 260 recursos judiciais e o valor de coimas cobrado foi de aproximadamente € 2,5 milhões.

A atuação da AdC permitiu, assim, o sancionamento de múltiplas infrações, contribuindo para a promoção do equilíbrio e da transparência das relações comerciais entre agentes económicos, em conformidade com os objetivos definidos na legislação.

Já no domínio da concorrência, a Autoridade da Concorrência prossegue a sua missão através dos seus poderes sancionatórios e de supervisão. Por um lado, através da investigação de práticas restritivas da concorrência, que se consubstanciam em acordos horizontais e verticais ou em abusos de posição dominante. Por outro lado, através do controlo de concentrações de empresas. Esta atividade é ainda complementada pela realização de estudos e inquéritos setoriais.

No contexto desta Conferência, salientaria o trabalho da AdC no setor agroalimentar visto como o setor dos “bens de consumo corrente”, i.e., dos “fast moving consumer goods”, na terminologia anglo-saxónica. Estes bens compõem o principal cabaz de produtos comercializados nos supermercados, podendo agrupar-se nas categorias de: mercearia, frescos (peixe, carne, etc.), laticínios (incluindo os ovos), frutas e legumes, bem como os produtos de higiene pessoal, da limpeza, e de drogaria. Os principais estádios de atividade reconduzem-se, sinteticamente, à produção primária, à indústria transformadora (fornecedores) e aos Distribuidores, Retalhistas e Grossistas.

No âmbito das práticas restritivas da concorrência, desde 2004, a AdC investigou casos em diversificados setores agroalimentares como laticínios, farinha, pão, gelados, vegetais, café ou sal. Estas investigações debruçaram-se sobre diferentes elementos da cadeia agroalimentar, desde a produção (sal), à transformação (moageiras e pão) e distribuição (lacticínios, café e gelados).

O tipo de práticas identificadas é igualmente variado, uma vez que a AdC investigou casos de acordos entre empresas restritivos da concorrência (restrições horizontais), e de restrições à concorrência estabelecidas entre agentes situados em estádios distintos da cadeia (restrições de tipo vertical), como imposição de preços de revenda e obrigações de não concorrência.

O resultado desta atuação traduziu-se na aplicação de coimas, mas também na imposição de medidas comportamentais com o objetivo de melhorar o funcionamento do mercado e solucionar rapidamente problemas de concorrência.

No que respeita ao controlo de operações de concentração, a AdC analisou, desde 2004, mais de 45 operações de concentração na área alimentar, incluindo produção, transformação e distribuição.

A nível europeu, as autoridades da concorrência têm igualmente desenvolvido uma intensa atividade no que respeita ao setor alimentar.

Como se constata num relatório recente, de maio de 2012, da Rede Europeia da Concorrência (Rede ECN), as autoridades de concorrência europeias desenvolveram, de 2004 a 2011, mais de 180 investigações de práticas restritivas da concorrência, decidiram cerca de 1300 operações de controlo de concentrações e realizaram mais de 100 estudos de mercado no setor da distribuição alimentar.

Também a Autoridade da Concorrência tem vindo a analisar este setor de forma aprofundada, tendo produzido, em 2010, um Relatório sobre as Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores.

A recente crise económica, associada à subida dos preços dos produtos alimentares, à volatilidade dos mercados internacionais e às preocupações sobre o funcionamento da cadeia alimentar, exigiram das autoridades públicas, incluindo as autoridades de concorrência, uma atenção acrescida sobre o setor agroalimentar.

O Relatório da Autoridade da Concorrência tinha como principal enfoque os bens alimentares de grande consumo e as relações comerciais entre os GGR (Grandes Grupos Retalhistas) e os seus fornecedores no sector da distribuição alimentar.

Na apreciação das práticas decorrentes das relações comerciais entre os GGR e os seus fornecedores o Relatório distinguiu três situações:

(i) Casos que poderiam ser enquadrados no âmbito da lei nacional da concorrência e/ou do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da EU);

(ii) Casos que poderiam ser enquadrados no âmbito das PIRC; e

(iii) Aqueles que, embora pudessem espelhar, por exemplo, um desequilíbrio de forças negociais entre as duas partes, não constituiriam *per se* indícios de um ilícito jusconcorrencial, nos termos da LdC ou do TFUE, ou de uma PIRC e só seriam suscetíveis de tutela noutras sedes, através de regulamentação adicional ou auto-regulação.

Os GGR (Grandes Grupos Retalhistas) assumem-se, hoje, como verdadeiros “porteiros” (“gatekeepers”, na terminologia anglo-saxónica) no acesso dos produtos da indústria transformadora – alimentar e especializada – ao consumidor final.

O crescente poder de mercado destes Grupos na venda a retalho e enquanto clientes da indústria de aprovisionamento tem contribuído para uma perda progressiva do poder de venda da indústria face ao poder de compra destes Grupos na determinação do nível de preços ao longo da cadeia de valor, da produção ao aprovisionamento e na venda a retalho ao consumidor final.

Este novo paradigma, com um poder de compra crescente dos GGR face a uma oferta outrora caracterizada por um maior grau de concentração relativo, potencia tensões ao nível das relações comerciais entre fornecedores e distribuidores.

A análise conduzida pela Autoridade da Concorrência em 2010 aos múltiplos contratos celebrados entre distribuidores e fornecedores revelou um desequilíbrio negocial entre as duas partes, com preponderância para os distribuidores.

Foram identificadas quatro áreas onde o desequilíbrio negocial entre distribuidores e fornecedores parecia manifestar-se de forma mais acentuada, designadamente ao nível: (i) da imposição unilateral de condições (i.e., negociação de contrato-tipo); (ii) dos descontos e outras contrapartidas; (iii) das penalizações; e (iv) dos prazos de pagamento.

A Autoridade da Concorrência entendeu então apresentar um conjunto de recomendações com o objetivo de promover uma cultura de concorrência, o equilíbrio e a transparência entre agentes económicos e uma atuação eficaz das entidades com responsabilidades na matéria, de que se destacam:

(i) Aprofundar o processo de auto-regulação consubstanciado num Código de Boas Práticas, que contribua para melhorar as condições contratuais e/ou extracontratuais

que regem as relações comerciais entre produtores e distribuidores, com a possibilidade de criação da figura de um Provedor;

- (ii) Analisar a oportunidade de regulamentar algumas práticas comerciais problemáticas não enquadráveis na legislação de concorrência, das PIRC ou na auto-regulação;
- (iii) Reforçar a recolha, tratamento e difusão de informação estatística (preços e quantidades ao longo da cadeia).

Após este estudo, viria a criar-se, em 2011, a Plataforma de Acompanhamento das Relações na Cadeia Agroalimentar (PARCA), que resulta de um esforço conjunto do Governo e das principais associações do setor (CIP, Centromarca, APED, Confederações do Comércio e Agrícolas).

A PARCA contribuiu para a alteração legislativa que hoje aqui se analisa nesta Conferência, que vem reforçar claramente o regime das PIRC, bem como para que viesse a ser aprovada nova legislação sobre prazos de pagamento (D.L. n.º 62/2013, de 10 de maio).

No domínio da autorregulação, encontra-se atualmente em discussão no seio da PARCA possíveis iniciativas quanto à:

- Regulação da cadeia alimentar: contratualização obrigatória de compra e venda de produtos agrícolas e agroalimentares;
- Transparência: criação de um observatório da Cadeia Alimentar;
- Organização da Fileira: criação de organizações interprofissionais;
- Monitorização e avaliação: balanço de aplicação legislativa;
- Regulação da cadeia alimentar: continuação dos trabalhos sobre as implicações das MDD;
- Reativação do Código de Boas Práticas CIP/APED de 1997 ou a emanção de um novo instrumento;
- Definição de um ou mais mecanismos de resolução de conflitos;
- A análise da possibilidade de criação da figura de um Provedor.

Perante a autonomização do tratamento das PIRC, recentemente consagrado no D.L. 166/2013, de 27 de dezembro, a análise deste setor pela Autoridade da Concorrência passará a ater-se a matérias que possam afetar a concorrência neste setor.

É positiva esta clarificação de competências no domínio das PIRC, consolidando numa mesma entidade, a ASAE, a fiscalização e, agora, a instrução de processos contra-ordenacionais relativos a este tipo de práticas. A Autoridade da Concorrência, por sua vez, dedicará os seus recursos, no que respeita a este setor, à defesa e promoção da concorrência, em particular à investigação e análise de eventuais processos de práticas restritivas de concorrência ou de controlo de concentrações.

No cumprimento da sua missão, a Autoridade da Concorrência poderá ser chamada a analisar situações em que possa estar em causa o poder de mercado dos fornecedores, mas igualmente em que possa ter que ser apreciado o poder de mercado dos distribuidores e retalhistas, quer enquanto compradores de MDF (Marcas do Fornecedor), quer enquanto revendedores ao consumidor final, quer, finalmente, enquanto concorrentes, com as suas MDD.

Esta última questão, que se prende com o desenvolvimento das marcas próprias dos retalhistas, é um tema que tem suscitado alguma discussão, na medida em que pode constituir um elemento de reforço do poder de compra do distribuidor face aos fornecedores. Estes passam, por exemplo, a disputar “espaço de prateleira”, em termos de disponibilidade e posicionamento (visibilidade ao consumidor), nas lojas de distribuição retalhista.

Em relação às marcas brancas, um documento recente da OCDE (de outubro de 2013) indica que o impacto das marcas brancas junto do consumidor e os efeitos decorrentes da sua introdução não são ainda claros.

Embora as marcas brancas possam ser vistas com prejudiciais para indústria, a sua introdução pode igualmente ser vista positiva, como uma forma de escoamento de excedentes e de ocupação de linhas industriais.

De igual modo, as marcas brancas podem fomentar uma maior diversidade de marcas disponíveis no retalho, bem como dos respetivos preços. Por outro lado, o reforço do poder de compra dos distribuidores, e a própria disputa que possa existir na aquisição de fornecimentos para MDDs, pode contribuir para melhores preços ao distribuidor, o que poderá, dependendo da taxa de *pass-through*, beneficiar o consumidor final. Esta taxa de *pass-through* dependerá necessariamente do grau de concorrência que se verifique ao nível da distribuição.

Todavia, há que ter em conta o impacto do desenvolvimento das MDDs no grau de I&D e de inovação da indústria fornecedora e sobre a diversidade de marcas junto do consumidor final. Além disso, a maior fidelização dos consumidores às MDDs poderá

igualmente influenciar a concorrência entre retalhistas e a relação destes com os fornecedores.

Como resulta evidente, o sector agroalimentar e as relações entre fornecedores e distribuidores comportam diferentes vertentes que passam necessariamente pela auto-regulação, pela aplicação da lei da concorrência e da nova legislação sobre PIRC.

Na aplicação deste novo regime de PIRC, verifica-se que determinadas normas pressupõem um juízo sobre a conformidade de determinado comportamento com as regras de concorrência.

É o caso da discriminação de preços ou de condições de venda (n.º 1 do artigo 3.º) e é também o caso da recusa de venda ou de prestação de serviços (al. g) do n.º 3 do artigo 6.º).

Por outro lado, estas práticas podem igualmente lesar o bem jurídico concorrência, protegido pela Lei n.º 19/2012 (artigos 9.º e 11.º), onde se encontram previstos mecanismos de sanção no que respeita a estas matérias.

Com a entrada em vigor do novo diploma referente às PIRC, e passando a existir a desejada autonomização de competências, entre a aplicação da lei da concorrência e a aplicação do regime das PIRC, não poderá deixar de haver uma adequada articulação entre a ASAE e a Autoridade da Concorrência, naqueles casos de fronteira em que determinada prática possa suscitar dúvidas sobre a sua compatibilidade com as regras de concorrência.

Nesta fase, as duas entidades encontram-se já a colaborar intensamente na transição de processos e a estabelecer as bases para uma cooperação sólida e eficaz, sempre que se revele necessário, garantindo a coerência do sistema jurídico aplicável e permitindo uma melhor afetação dos recursos disponíveis de cada entidade à prossecução das respetivas missões de interesse público.

Termino sublinhando que tal como o direito, também as instituições se devem adaptar à evolução da sociedade e do mercado. A alteração legislativa que hoje se discute nesta Conferência resulta de um balanço de duas décadas de aplicação do regime anterior. A solução encontrada de autonomização de competências permitirá à Autoridade da Concorrência e à ASAE reforçarem a sua atuação, em benefício do mercado e dos consumidores.

António Ferreira Gomes