



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

Práticas Comerciais na Relação entre Distribuidores e seus Fornecedores

A Dificuldade de Acesso aos Lineares de Visibilidade Privilegiada

por

Ana Raquel Gomes Coelho

Porto

2014

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

Práticas Comerciais na Relação entre Distribuidores
e seus Fornecedores

A Dificuldade de Acesso aos Lineares de Visibilidade Privilegiada

por

Ana Raquel Gomes Coelho

Trabalho Final na modalidade de Dissertação
apresentado à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de mestre em Direito e Gestão

sob orientação de

Professor Doutor Manuel António Fontaine Campos
Professora Doutora Ana Isabel Príncipe dos Santos da Silva Lourenço

Porto

2014

*Aos meus pais,
Ao meu irmão,
Aos meus amigos,
Ao Manuel João.*

“Os fornecedores sabem que os hipermercados são locais muito frequentados; estão cientes de que, na mente do consumidor, se enraizou a ideia de que no supermercado tudo é mais barato (...). Mas sabem também que os hipermercados obrigam os compradores a percorrer vasta área até atingir os bens mais procurados (os alimentos); apercebem-se da vis atractiva suscitada pela exposição dos produtos nos topos de gôndola ou nas estruturas colocadas no corredor central; conhecem a tendência para a aquisição de bens situados ao nível dos olhos e das mãos. Estes factores fazem sentir ao fabricante não só a necessidade de se ver representado na grande superfície, como de disputar a outros fabricantes os melhores pontos de venda do hipermercado – tudo convergindo a favor das grandes cadeias de distribuição, capazes de obter vantagens e condições de venda injustificadas, que não têm qualquer contrapartida económica razoável para o produtor; tais condições, cela va sans dire, só são concedidas porque existe dependencia económica.”

JOSÉ PAULO FERNANDES MARIANO PEGO

A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência

Agradecimentos

Chegada a este momento, o de agradecer a todos aqueles que de forma mais próxima me acompanharam neste percurso, sinto que a tarefa não é tão fácil quanto julgava.

Em destaque, estão naturalmente os meus orientadores, Senhor Professor Doutor Manuel António Fontaine e Senhora Professora Doutora Ana Isabel Lourenço pela sua disponibilidade incondicional, a qualquer dia e a qualquer hora, mas sobretudo pelas suas preciosas orientações e diretivas de cariz científico e formal.

Da “casa” que me formou, agradeço todo o carinho e empenho do Professor Agostinho Guedes, sempre recheado com doses de ânimo e coragem, bem como a sempre pronta e incansável D.^a Rosa Lina, pilar mestre da Escola de Direito.

Guardo com amizade redobrada a paciência e a tolerância da Sandra, Raquel, Inês, Marta, Sofia e Cátia, amigas de e para sempre, e a porta sempre aberta, com o rigor e a exigência do detalhe, da procura de mais e melhor que a Dr.^a Conceição e o Dr.^o Cruz Bucho me ensinaram e exigiram na busca de um saber novo.

Aos meus pais, ao meu irmão, ao Manuel João por me terem dado tudo, quanto tudo possa significar.

A todos o meu muito obrigada, sentido, porque sei que o que sou, em parte, a vós devo.

Siglas e Abreviaturas

A.	Autor
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AcRelLisboa	Acórdão da Relação de Lisboa
AcRelPorto	Acórdão da Relação do Porto
AcSTJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
AcTJUE	Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia
AdC	Autoridade da Concorrência
al.(s)	Alínea(s)
APED	Associação Portuguesa de Empresas de Distribuição
Art.º	Artigo
Art.º(s)	Artigos
atual.	atualizado
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CAP	Confederação dos Agricultores de Portugal
cap.	Capítulo
Comp.Com.	Competition Commission
CC	Código Civil
ccg	Cláusulas Contratuais Gerais
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Confronte (-se); confrontar

CNC	<i>Comisión Nacional de La Competencia</i>
Consult.	consultado
CRA	<i>Charles River Associates</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EAdC	Estatutos da Autoridade da Concorrência
ECN	<i>European Competition Network</i>
EM	Estados Membros
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
FMCG	<i>Fast Moving Consumption Goods</i>
GDA	Grande Distribuição Alimentar
GGR	Grandes Grupos Retalhistas
IAPMEI	Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento
LdC	Lei da Concorrência
M€	Milhões de Euros
MAM	Ministério da Agricultura e do Mar
MAMAOT	Ministério da Agricultura, do Mar, do Ar e Ordenamento do Território
MAOTE	Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia
MBN	Margens Brutas Nominais
MBR	Margens Brutas Relativas
MDD	Produtos de marca do distribuidor

- MDI Produtos de marca da indústria (de aprovisionamento)
- n.º(s) Número(s)
- OCDE *Organisation for Economic Co-operation and Development*
- OFT *Office of Fair Trading*
- p. Página
- pp. páginas
- PAC Política Agrícola Comum
- PCD Práticas comerciais desleais
- rev. revista
- RFDUL Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RU Reino Unido
- STJ Supremo Tribunal de Justiça
- TCE Tratado das Comunidades Europeias
- TFUE Tratado de Funcionamento da União Europeia
- Vd. Vide
- vol. volume

Índice

Siglas e Abreviaturas	7
Capítulo I - Introdução.....	11
Capítulo II – Enquadramento Geral.....	13
2.1 Caracterização do setor da Grande Distribuição Alimentar. Os Grandes Grupos Retalhistas em particular.	13
2.2 A Grande Distribuição Alimentar e as Práticas Comerciais Desleais.....	18
2.3 Os casos do Reino Unido e de Espanha.....	21
2.4 As relações entre fornecedores e Grandes Grupos Retalhistas.	23
2.4.1 Um aspeto particular da relação entre fornecedores e Grandes Grupos Retalhistas: a consideração do espaço de prateleira como infraestrutura essencial.	
25	
2.4.2 A gestão do espaço de prateleira e a questão do acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.....	28
Capítulo III – Alternativas de reação dos fornecedores face à dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.....	30
3.1 Elenco de alternativas de reação face à dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.	30
3.1.1 O regime das cláusulas contratuais gerais.....	31
3.1.2 A Lei da Concorrência	36
3.2.3 O regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio	45
3.2.3.1 – A autorregulação.....	48
Capítulo IV – Conclusões	49
Bibliografia	52
Monografias, publicações em série e documentos eletrónicos.	52
Números de publicações	56
Legislação	57
Jurisprudência nacional e comunitária	58
Normas.....	58

Capítulo I – Introdução

Propomo-nos analisar a questão da dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada, motivados, em grande medida, pelo relatório da Autoridade da Concorrência (AdC), datado de Outubro de 2010 e intitulado “*Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*”¹.

Com efeito, este documento, cujo principal enfoque são os bens alimentares de grande consumo² e as relações comerciais entre os Grandes Grupos Retalhistas (GGR) e os seus fornecedores, no setor da grande distribuição alimentar (GDA) em Portugal Continental, aponta a dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada por parte dos fornecedores como uma prática frequente naquela relação contratual³.

A definição de lineares de visibilidade privilegiada está contida nos próprios conceitos a que a AdC se refere. Como se pode ler no relatório, “*a escassez do espaço comercial das lojas dos GGR aumenta o seu valor, sendo o modo de afectação desse espaço um dos factores que mais induz as vendas através da percepção que os consumidores têm dos produtos. Ou seja, a exposição dos produtos nas prateleiras (...) assume especial importância na gestão deste espaço. (...) o espaço das prateleiras é um bem essencial para a indústria fazer chegar os seus produtos (MDI) ao mercado. Assim, a disposição destes produtos nas prateleiras dos GGR, a sua eventual colocação no linear e a definição do espaço mínimo que lhes é atribuído, bem como as taxas que*

¹ Disponível para consulta em www.concorrenca.pt. Doravante designado por relatório.

² Atendendo ao elevado e variado número de bens alimentares comercializados pelos GGR, o relatório da AdC cinge a sua análise a uma amostra desses bens, a saber: produtos lácteos, arroz, massas alimentícias, farinhas lácteas e de uso culinário, cereais de pequeno almoço, bolachas, produtos de gordura vegetal, hortofrutícolas, bebidas não alcoólicas de grande rotação e os cafés sucedâneos, ou seja, estão em causa os *fast moving consumption goods* (FMCG), isto é, os bens de grande consumo não duradouros que, na definição do IAPMEI, são todos os bens que se destinam a ser consumidos no imediato ou num curto prazo pelo consumidor final. Cfr. PORTUGAL. Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento – *Glossário*, disponível em www.iapmei.pt.

³ Este relatório é a versão final do relatório preliminar da AdC, de Dezembro de 2009, onde já se aludia à pertinência das questões relacionadas com as relações comerciais na GDA, nomeadamente entre GGR, e os seus fornecedores, disponível em www.concorrenca.pt.

estes grupos cobram à indústria consoante o espaço afeto aos seus produtos, constituem os principais factores de conflito dos GGR com os seus fornecedores.”⁴

Assim, é nosso propósito responder à seguinte questão: Qual(quais) o(s) quadro(s) legislativo(s) que regula(m) esta prática comercial, entendida pelos fornecedores dos GGR como lesiva dos seus interesses?

Para o efeito, a estrutura de trabalho adotada traçar-se-á da seguinte forma: começaremos por apresentar um enquadramento geral do setor da Grande Distribuição em Portugal; seguido de uma incursão pela caracterização da relação entre fornecedores e os grandes distribuidores. Passaremos depois à nossa questão de investigação, procurando apurar qual(quais) o(s) quadro(s) legislativo(s) que a regula(m) e, em particular, se existem e quais são os meios de reação ao dispor dos fornecedores. Percorrido este caminho, concluiremos em conformidade.

⁴ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores*, pp. 192-193.

Capítulo II – Enquadramento Geral

2.1 Caracterização do setor da Grande Distribuição Alimentar. Os Grandes Grupos Retalhistas em particular.

A cadeia de valor do setor alimentar⁵ inclui três principais estádios de actividade: “o estádio mais a montante da produção; o estádio intermédio da indústria transformadora e do aprovisionamento (...); e a actividade a jusante da distribuição, in casu, alimentar.”^{6,7}

A distribuição é o setor de actividade que visa a aquisição de bens aos fornecedores a fim de revendê-los ao consumidor final. É composta por dois estádios de actividade: a montante o comércio por grosso – isto é, “a actividade de revenda, em quantidade, a outros comerciantes, retalhistas ou grossistas, a industriais, a utilizadores institucionais e a profissionais ou intermediários, de bens novos ou usados, sem transformação, tal como foram adquiridos ou após realização de algumas operações associadas ao comércio por grosso, como sejam a escolha, a classificação em lotes, o acondicionamento e o engarrafamento”⁸; a jusante o comércio a retalho – ou seja, “a revenda realizada em estabelecimentos, feiras e mercados, (...), entre outras, e que se destina directamente a consumidores finais, essencialmente indivíduos, mas também empresas ou instituições.”⁹

⁵ “A cadeia de valor descreve as categorias de actividades na organização e à sua volta que, juntas, criam um produto ou serviço”, na definição de JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard – *Fundamentals of Strategy*, p. 74. (As traduções são da nossa autoria exceto se indicada outra fonte.)

⁶ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 35.

⁷ As empresas de aprovisionamento operam no mercado abastecedor da distribuição e podem (ou não) estar integradas a montante na produção. São geralmente designadas por “fornecedores”, os quais podem ser produtores, quando vendem directamente à distribuição, ou empresas transformadoras.

⁸ Definição constante da al. a) do art.º 2º do DL n.º 173/2012, de 2 de Agosto. De acordo com a AdC esta noção inclui “cooperativas grossistas, cadeias grossistas e operadoras grossistas de menor dimensão”. Vd. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 9.

⁹ PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística – *Estatísticas do comércio 2011*, p. 30.

É no comércio a retalho que se incluem os GGR, aqui definidos pelas principais cadeias retalhistas¹⁰.

Atualmente, existem nove GGR em Portugal Continental a operar no ramo alimentar. A saber: (i) Aldi; (ii) Auchan; (iii) Dia%; (iv) El Corte Ingles; (v) E.Leclerc; (vi) Os Mosqueteiros; (vii) Jerónimo Martins; (viii) Sonae MC; (iv) Schwarz.^{11,12}

Dos dados apurados pela AdC resulta que o valor das vendas dos GGR no retalho alimentar, *in casu* de FMCG, cresceu de forma quase ininterrupta no período de 2002-2008.

Tabela 1¹³ – Evolução do valor total do comércio nacional a retalho de FMCG (2002-2008)

Anos	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Global (M€)	9,213.5	9,419.3	9,345.6	9,650.5	10,221.2	11,542.2	12,154.0
Crescimento anual		2,23%	-0,78%	3,26%	5,91%	12,92%	5,30%
GGR (M€)	7,246.2	7,345.8	7,264.3	7,691.4	8,296.7	9,651.8	10,276.3
Crescimento anual	1,40%	-1,10%	5,90%	7,90%	16,30%	6,50%	
Quota global GGR	78,60%	78,00%	77,70%	79,70%	81,20%	83,60%	84,60%
Outros retalhistas	21,40%	22,00%	22,30%	20,30%	18,80%	16,40%	15,40%

Fonte: Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores

Como se pode observar, o valor cresceu de 9,213.5 M€ para 12,154.0 M€, no período considerado. Constatam-se igualmente o aumento da quota conjunta dos GGR face aos demais retalhistas (aqui entendidos como as cadeias retalhistas de âmbito regional e o comércio tradicional), de 78,6% para 84,6%, por oposição ao decréscimo da quota conjunta dos “outros retalhistas” de 21,4% para 15,4%, no mesmo período.

O aumento do peso relativo do conjunto dos GGR continua a verificar-se quando discriminado por categoria de produtos, para o período de 2004-2008, ainda que

¹⁰ Em 2012 existiam em Portugal perto de cento e cinquenta e uma mil empresas a operar no ramo retalhista. Cfr. PORTUGAL. Instituto Nacional de Estatística – cit. 9, p. 30.

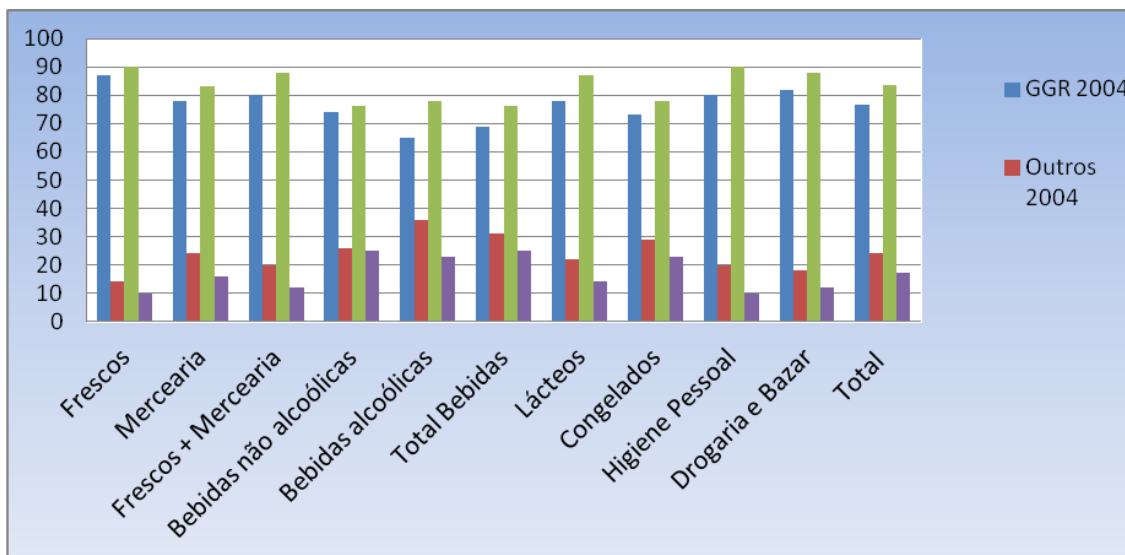
¹¹ Atualizamos a informação disponibilizada pelo relatório da AdC socorrendo às *webpages* oficiais de cada um destes grupos, após os contactos infrutíferos junto da APED.

¹² Os referidos GGR operam, no ramo alimentar, sob as insígnias: i) Aldi; ii) Pão de Açúcar e Jumbo; iii) Minipreço; iv) Supercor; v) E.Leclerc; vi) Intermarché; vii) Pingo Doce e Recheio; viii) Continente, Continente Modelo, Continente Bom dia e Bom Bocado; iv) Lidl, respetivamente.

¹³ Por nós elaborada em função dos dados constantes dos anexos ao relatório.

a importância relativa do conjunto dos GGR seja menos acentuada nalgumas categorias de produtos do que no global do mercado.

Gráfico 1¹⁴ – Importância relativa em percentagem (%) das vendas a retalho de FMCG, discriminadas por categorias de produtos e no global dos GGR e dos demais retalhistas (2004-2008)



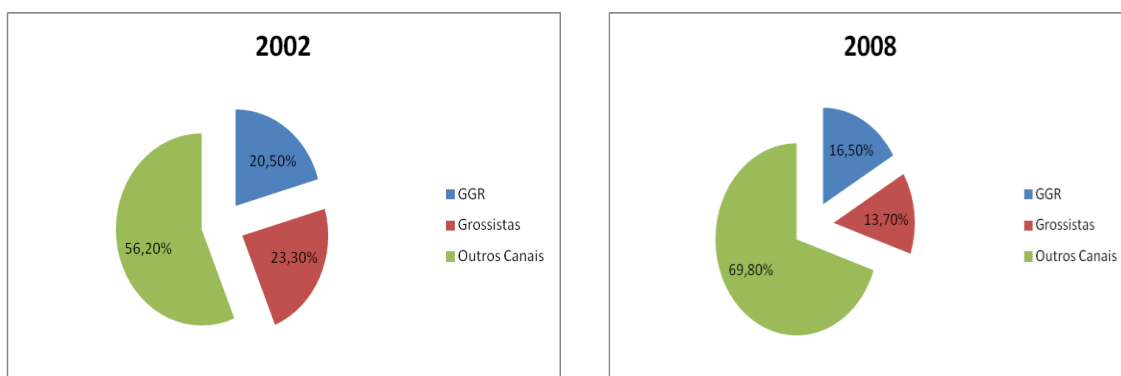
Fonte: Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores

Efetivamente, o peso relativo do conjunto dos GGR varia entre 65% em 2004 nas bebidas alcoólicas e 90% em 2008 nos frescos, bem como nos produtos de higiene pessoal.

Também no mercado do aprovisionamento se verificou, entre 2002 e 2008, um forte crescimento da quota conjunta dos GGR em detrimento dos demais canais de distribuição, isto é, dos grossistas e outros canais.

¹⁴ Por nós elaborado de acordo com os dados constantes dos anexos ao relatório, bem como os demais gráficos exibidos no trabalho.

Gráfico 2 – Repartição do agregado do mercado do aprovisionamento por tipo de clientes, GGR, Grossistas e outros canais, nos anos 2002 e 2008



Fonte: Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores

Na procura no aprovisionamento, a quota dos GGR aumenta de 56,2% para 69,8%, enquanto as quotas do canal grossista e dos outros canais regridem, respetivamente, de 23,3% para 13,7% e 20,5% para 16,5%.

No que respeita à evolução das margens brutas nominais¹⁵ e relativas¹⁶ (MBN e MBR) dos GGR, “em paralelo com a expansão dos GGR no sector dos FMCG, na venda a retalho e na compra no aprovisionamento, no período de 2004-2008, tem-se constatado um aumento das margens brutas nominais (...). De igual modo se verifica um aumento das margens brutas relativas dos GGR.”¹⁷

¹⁵ Definidas pelo diferencial entre o seu valor de vendas na distribuição alimentar e o seu valor de compras, ambos antes de imposto. Vd. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 695.

¹⁶ Definidas pelo diferencial entre o valor de vendas e o valor de compras, ambos antes de imposto, isto é, a MBN, em percentagem do valor de vendas. Vd. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 696.

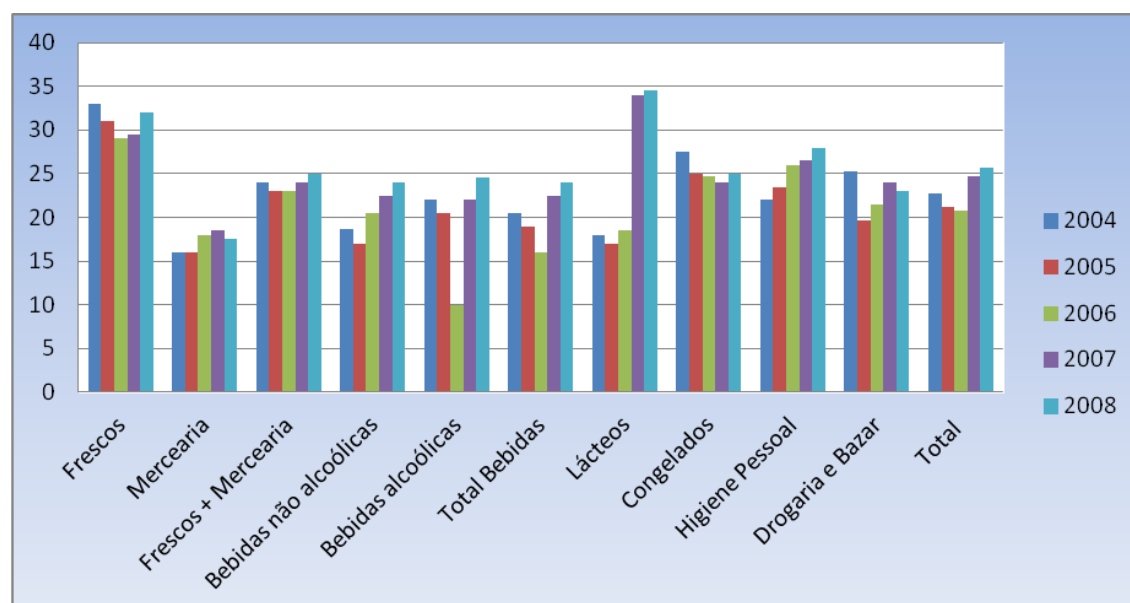
¹⁷ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 181.

Tabela 2¹⁸ – MBN (margem bruta nominal, em €) dos GGR na revenda de FMCG, discriminada por GGR e no global destes grupos, no período 2004-2008

	2004	2005	2006	2007	2008	Variação	
						2004/08	2006//08
Aldi			< 5	< 5	< 10		368,50%
Auchan	207.3	215.6	150-250	150-250	150-250	5%-15%	3,80%
Carrefour	44.6	44.8	50-150	50-150	50-150	50%-60%	0,40%
ECI	17.2	18.8	< 50	< 50	< 50	60%-70%	10,90%
E.Leclerc	42.5	46.9	50-150	100-200	150-250	350%-450%	177,10%
ITMI	318.1	379.0	300-400	750-850	800-900	100%-200%	129,70%
JM Retalho	443.9	446.5	450-550	500-600	600-700	40%-50%	35,30%
JM (Total)	524.2	524.8	500-600	550-650	650-750	35%-45%	31,70%
Lidl	237.0	227.2	200-200	200-200	200-200	-20,00%	-6,60%
MC	363.8	348.9	350-450	350-450	450-550	35%-45%	29,40%
Global	295.7	300.6	317.2	410.0	484.0	52,60%	52,60%

Fonte: Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores

Gráfico 3 – Evolução das MBR na venda a retalho, em percentagem (%) do valor global destas vendas no agregado dos GGR, discriminados por categorias de produtos no período 2004-2008.



Fonte: Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores

¹⁸ Por nós elaborada de acordo com os dados constantes dos anexos ao relatório.

Constatou-se que a MBN na revenda de FMCG no global dos GGR aumentou de 295,7 M€ para 484,08 M€.

Já quanto à evolução das MBR dos GGR na venda a retalho de FMCG verificou-se um aumento das mesmas em todas as categorias de produtos, à exceção dos frescos, congelados e produtos de droguaria e bazar, onde se pôde observar um ligeiro decréscimo.

Socorremo-nos destes dados, a título de breve referência, para ilustrar a pertinência da nossa questão de estudo, que é também uma problemática com implicações diretas no nosso quotidiano, enquanto consumidores¹⁹.

2.2 A Grande Distribuição Alimentar e as Práticas Comerciais Desleais.

A Comissão Europeia (CE) tem vindo a preocupar-se com as práticas comerciais seguidas pela GDA, designadamente com as questões relativas à evolução dos preços dos bens alimentares ou aos diferenciais entre os preços ao produtor e os preços ao consumidor.²⁰

No âmbito comunitário não podemos deixar de realçar a redação do Livro Verde sobre as práticas comerciais desleais na cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre as empresas na Europa^{21,22}.

¹⁹ A este propósito refiram-se os estudos da Marktest que revelam que as marcas de distribuição, na categoria das natas e massas, são as que ocupam maior quota de espaço linear. Disponíveis em www.marktest.com.

²⁰ Dessa preocupação são exemplo: o “*Relatório de monitorização do mercado de retalho*”, publicado em Julho de 2010; a comunicação relativa ao “*Melhor Funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa*”, publicada em Outubro de 2009; o relatório intercalar sobre os “*Preços dos géneros alimentícios na Europa*”, publicado em Dezembro de 2008; a comunicação publicada em 2007 sobre “*Um mercado único para a Europa do século XXI*”. Podem ser consultados em www.eur-lex.europa.eu. Vd., a propósito, o relatório da ECN intitulado “*Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector*”, de Maio de 2012.

²¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – *Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e Não Alimentar entre as Empresas na Europa*. Doravante designado por Livro Verde. Pode ser consultado em www.eur-lex.europa.eu.

²² Não olvidemos que, ao abrigo do art. 38º n.º4 do TFUE, “*o funcionamento e o desenvolvimento do mercado interno para os produtos agrícolas devem ser acompanhados da adoção de uma política*

O Livro Verde “*incide sobre a cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre empresas ou, por outras palavras, a cadeia de transacções entre empresas ou ainda entre empresas e autoridades públicas que se traduz na distribuição de bens essencialmente destinados ao grande público para efeitos de consumo pessoal ou tendo em vista a sua utilização pelos particulares ou pelas famílias.*”²³

Considerando alguns fatores – tais como: o grau de concentração dos GGR; o consecutivo reforço do seu poder de compra; a expansão das marcas próprias dos retalhistas; o impacto nos fornecedores – a CE definiu o conceito de práticas comerciais desleais (PCD), apontando exemplos e alertando para os seus potenciais efeitos.

Com efeito, “*as PCD são normalmente impostas quando se verifica uma situação de desequilíbrio entre uma parte mais forte e uma parte mais fraca*”²⁴.

Na verdade, para que se possa tirar total e mútuo partido da liberdade contratual, pedra angular de qualquer relação entre empresas, as partes devem poder negociar as cláusulas inseridas no contrato.

Contudo, há uma forte possibilidade que uma das partes disponha de uma posição negocial mais forte, impondo unilateralmente as suas condições à outra parte, que pode não estar em posição de renunciar a essas condições desfavoráveis, pelos custos associados²⁵.

Assim, estaremos perante uma PCD quando se verificar um desequilíbrio de posições negociais, o que poderá suceder em qualquer fase da relação entre as partes.

agrícola comum” (PAC), sendo que a PAC tem como objetivos, nomeadamente, “*estabilizar os mercados*” e “*assegurar preços razoáveis nos fornecimentos aos consumidores*”, nos termos do art.º 39º n.º1 al.(s) c) e e) do TFUE.

²³ COMISSÃO EUROPEIA – cit. 21, p. 3.

²⁴ COMISSÃO EUROPEIA – cit. 21, p. 7.

²⁵ Coase, ao formular a questão “*porque existem empresas?*” imediatamente respondeu: “*usar o mecanismo do preço tem um custo*”, isto é, servirmo-nos do mercado não é gratuito, há custos de transação. Apud LOURENÇO, Ana Príncipe – *O Impacto da Lei nos Custos de Transação*, p. 68 e COASE, R.H. – *The Nature of the Firm*, p. 390. O A. também reconheceu que, virtualmente, todas as mudanças têm um custo, que se exceder o ganho da mudança, esta não vai ocorrer. Apud HARRISON, Jeffrey L. – *Law and economics*, p. 62.

Para Bowles os custos de transação (dos quais são exemplo o custo de conhecer o preço de mercado de um produto e o custo de negociar ou celebrar um contrato de compra e venda com o fornecedor) constituem um elemento central no funcionamento da estrutura da organização económica e jurídica. (BOWLES, Roger – *Diritto e Economia*, p. 81)

Concretamente, as PCD podem surgir na negociação do contrato, integrá-lo ou ainda ser impostas numa fase pós-contratual.

No ordenamento jurídico português, há que dar nota de uma iniciativa relativamente recente do legislador: a criação da PARCA²⁶.

A PARCA, nos termos do Despacho que a criou, “*tem por missão promover a análise das relações entre os setores de produção, transformação e distribuição de produtos agrícolas, com vista ao fomento da equidade e do equilíbrio na cadeia alimentar*”²⁷.

O XIX Governo constitucional entendeu então que, com a situação económica que se vivia e que, de resto, ainda experienciamos²⁸, surgiu “*com acrescida premência, a necessidade de garantir a transparência nas relações de produção, transformação e distribuição da cadeia agro-alimentar(...)*”²⁹.

Naturalmente que para cumprir este objectivo é imprescindível o bom relacionamento entre as entidades que compõe esta cadeia, o que releva não só no desenvolvimento de uma concorrência saudável, mas também numa distribuição de valor mais justa e equitativa.

Neste contexto, não é de estranhar que os resumos disponíveis das reuniões da PARCA³⁰ comecem por alertar para a urgência de se debater as práticas comerciais, designadamente as relações com marcas brancas, caminhando num sentido que nos

²⁶ Plataforma de Acompanhamento das Relações na Cadeia Agroalimentar, estabelecida pelo Despacho conjunto n.º 15480/2011 dos Ministérios da Economia e do Emprego e da Agricultura, do Mar, do Ambiente, e do Ordenamento do Território (MAMAOT), de 10 de Novembro, ao abrigo dos art.º(s) 16º e 17º do DL n.º 86-A/2011, de 12 de Julho, adiante designado Despacho. Tenha-se em atenção que o MAMAOT foi cindido em dois departamentos governamentais distintos, o Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia (MAOTE) e o Ministério da Agricultura e do Mar (MAM), de acordo com o DL n.º 18/2014, de 4 de Fevereiro.

²⁷ Como decorre do §1 do Despacho.

²⁸ Recentemente, a OCDE recomendou ao Estado Português políticas que conduzissem o nosso país ao crescimento sustentado, partindo do seguinte pressuposto: “*after two decades of strong economic growth and convergence in living standards towards the levels of more prosperous OECD countries, Portugal’s performance weakened in the 2000s, productivity growth slowed and competitiveness deteriorated. Improving economic performance and the wellbeing of all Portuguese requires continued efforts, building on recent achievements*”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – *Portugal Reforming the state to promote growth*, p.3.

²⁹ Vd. preâmbulo do Despacho.

³⁰ A PARCA reúne trimestralmente ou, extraordinariamente, mediante convocação do representante do MAMAOT, nos termos do n.º5 do Despacho. Os resumos a que aludimos *supra* podem ser consultados em www.gpp.pt/parca.

permite antever a necessidade de atualizar a legislação em vigor, devendo complementá-la com um código de boas práticas. Retomaremos esta abordagem em local e momento mais oportuno, ainda no desenrolar deste trabalho.

2.3 Os casos do Reino Unido e de Espanha.

O Reino Unido (RU) e a Espanha levaram a cabo iniciativas no sentido de apurar as práticas ocorridas no seio do setor alimentar³¹. No RU, um inquérito sobre as PCD na Europa³², identificou como mais frequentes e recorrentes o desrespeito pelas cláusulas dos contratos e a ameaça de exclusão para adquirir vantagens injustificadas.

Os números desta investigação corroboram o *fear factor*³³ como um custo de transação. Com efeito, apenas 13% da amostra deste inquérito age para além da discussão com clientes. Destes 13% só metade desencadeia procedimento legal, sobretudo quando está em causa o desrespeito pelos termos contratuais, uma das PCD que se verifica com mais frequência, e menos de ¼ das empresas acredita que se alcançará uma solução do ponto de vista negocial, por não crerem na efetividade das soluções legais à disposição.

Também no relatório final da *Competition Commission* (Comp. Com.) sobre o abastecimento de produtos alimentares no RU foram identificadas cinquenta e duas práticas comerciais, vinte e seis das quais constituindo potencial fonte de incerteza para os fornecedores, respeitante aos custos ou receitas, em consequência da transferência de riscos excessivos ou de despesas inesperadas para os fornecedores³⁴.

³¹ Destacamos estes dois casos por serem bastante ilustrativos das práticas comerciais que surgem na relação entre os distribuidores e os fornecedores e do seu impacto para estes.

³² DEDICATED RESEARCH – AIM-CIAA *Survey on unfair commercial practices in Europe*, o qual pode ser consultado em www.ec.europa.eu.

³³ O principal motivo para não agir é o medo das repressões comerciais, na medida em que existe o receio que a parte mais forte decida mudar de fornecedor.

³⁴ UNITED KINGDOM. Competition Commission – *Supply of groceries in the UK market investigation*, disponível em www.competition-commission.org.uk.

Neste contexto não é de estranhar a figura do “*grocerie code adjudicator*”³⁵, entidade independente que recebe queixas confidenciais relativas à forma como os GGR se relacionam com os seus fornecedores e que, perante violações do “*groceries supply code*”, pode formular recomendações, exigir aos GGR que publiquem os detalhes da violação ou ainda impor uma multa.

No caso de Espanha, o estudo intitulado “*Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*”, datado de Outubro de 2011³⁶, surge após o exemplo do RU e a preocupação revelada pela AdC com o relatório de 2010.

Com o objetivo de analisar a incidência na indústria fabricante espanhola de uma série de práticas identificadas noutros estudos e países que podem implicar riscos para a concorrência, a *Comisión Nacional de La Competencia* (CNC) levou a cabo um inquérito dirigido a quarenta e sete empresas nacionais. Aos produtores, que devemos aqui entender como fornecedores, foi questionado se lhes tinha sido aplicada e em caso afirmativo com que frequência, qualquer das práticas que constavam da tabela que compunha o inquérito. Por outro lado, aos distribuidores, perguntou-se se os seus fornecedores se haviam queixado da aplicação dessas práticas nas suas relações. Para o efeito a CNC dividiu essas práticas em quatro categorias, relacionadas com: i) condições contratuais; ii) pagamentos comerciais; iii) condutas que afetam terceiros; iv) a relação entre MDI e MDD.

Passadas em revista as práticas comerciais na relação entre a grande distribuição e os fornecedores concluiu-se que algumas acarretam maior risco que outras para o exercício de uma concorrência eficaz. Entre elas salientam-se os “*pagos comerciales*”, que podemos entender como custos comerciais, potencialmente aptos a promover a eficiência da distribuição, não fosse a circunstância de o fornecedor desconhecer *a priori* quanto terá que pagar ou quais as contrapartidas que irá receber do distribuidor.³⁷

³⁵ Figura estabelecida pelo Act of Parliament 2013 c.19 e semelhante ao provedor previsto no Código de Boas práticas Comerciais celebrado pela APED e CAP. Pode ser consultado em www.legislation.gov.uk.

³⁶ ESPAÑA. Comisión Nacional de La Competencia – *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*. Pode ser consultado em www.cncompetencia.es.

³⁷ ESPAÑA. Comisión Nacional de La Competencia – cit. 36, p. 142.

Em Espanha, destaca-se ainda o observatório de preços do Ministério da Agricultura, Alimentação e Meio Ambiente, que pretende “favorecer a transparência e a eficiência do processo de comercialização, detetando possíveis situações de desequilíbrio nas cotizações dos produtos ao longo da cadeia de comercialização.”^{38,39}

De resto, esta é também uma preocupação manifestada entre nós. A PARCA entende ser necessário “reforçar a recolha, tratamento e difusão de informação estatística de preços ao longo da cadeia de abastecimento alimentar”⁴⁰.

2.4 As relações entre fornecedores e Grandes Grupos Retalhistas.

Os GGR, atenta a sua expansão, natureza multi-serviços e multi-produtos e a sua localização (na maior parte das vezes em concorrência direta com o comércio tradicional) têm vindo a assumir-se como “*gatekeepers*”, o que significa apresentarem-se como porteiros no acesso dos MDI ao consumidor final, o que nos permite concluir que o poder de compra dos GGR se contrapõe, cada vez mais, ao poder de venda dos fornecedores.

Por sua vez, o crescente poder de compra dos GGR potencia fortes tensões ao nível das relações comerciais entre fornecedores e distribuidores⁴¹. Atendendo a que a notoriedade do fornecedor depende, em parte, do maior ou menor acesso aos lineares de visibilidade privilegiada que lhe é permitido por aqueles grupos, facilmente se conclui que os MDI são os produtos que conferem poder de venda aos fornecedores.

Deste modo, estamos de acordo com a AdC ao afirmar que “a expansão dos MDD tem vindo a suscitar dois novos tipos de questões (...), a saber: (i) a eventual

³⁸ Como pode ler-se em <http://www.magrama.gob.es/es/alimentacion/servicios/observatorio-de-precios-de-los-alimentos/organizacion-y-estructura/default.aspx>.

³⁹ O mesmo se passa em França, onde o observatório de preços e margens foi instituído pela lei de modernização da agricultura e pescas, de 27 de julho de 2010. Cfr. *Lois n.º 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l’agriculture et de la pêche*.

⁴⁰ Preocupação evidenciada na ata da 2ª reunião plenária da PARCA, em Outubro de 2012, disponível para consulta em <http://www.gpp.pt/parca/Enquadramento/Reunioes/20120110Resumo%20PARCA.pdf>.

⁴¹ A AdC considera “como estimativa do poder de compra relativo dos GGR face aos fornecedores, o rácio entre (i) o grau de concentração na procura pelos GGR no aprovisionamento (no global das suas compras em MDD e MDI) e (ii) o grau de concentração da oferta pelos fornecedores dos produtos com as suas insígnias”. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, pp. 39-40.

*qualificação do espaço comercial (ou “espaço de prateleira”) dos GGR enquanto “infra-estrutura essencial” para os fornecedores e, em particular, para escoamento de MDI e (ii) um eventual novo paradigma na concorrência entre GGR”.*⁴²

Os GGR detêm o controlo de uma série de variáveis (designadamente os preços, as promoções, as exposições e/ou gamas de produtos), que manipulam de acordo com os seus objetivos e os dos consumidores, formando uma “*cortina opaca*”⁴³ entre os intervenientes da relação. Os fornecedores dependem cada vez mais dos GGR para escoarem os seus produtos e fazê-los chegar ao consumidor.

A agravar, a gestão do linear – isto é, do espaço com maior visibilidade para o consumidor – na medida em que nem sempre é compatível com a comercialização de novos produtos, potencia conflitos de interesse entre fornecedores e distribuidores, bem como concorrência entre fornecedores no acesso ao espaço comercial.

Paralelamente, a centralização das compras e a integração vertical⁴⁴ de alguns GGR permitem que estes possam pagar preços mais baixos na aquisição de bens, sendo que os ganhos que daí advêm poderão ser repercutidos a favor do consumidor. Este efeito, designado por *pass-through* implica, na definição da AdC, a “*transmissão ao consumidor final pelos GGR dos ganhos obtidos por estes em resultado do seu poder de compra no aprovisionamento.*”⁴⁵

Todos estes fatores têm contribuído para a deterioração da relação entre distribuidores e fornecedores, merecedora da nossa análise e reflexão.

⁴² PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 40.

⁴³ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 55.

⁴⁴ Na análise estratégica da envolvente organizacional, especificamente na micro-envolvente, isto é, na análise da indústria ou setor, é útil termos em consideração as (comumente chamadas) “cinco forças de Porter”, desenvolvidas por Porter em 1979 com o intuito de medir a atratividade do setor em função das forças competitivas. O poder negocial dos clientes, neste caso dos GGR enquanto clientes da indústria de aprovisionamento, é tanto maior quanto mais fácil for fornecer-se, ou seja, quanto mais facilmente se integrar verticalmente, bem como quanto mais baixos forem os custos da mudança. *A contrario*, o poder negocial dos fornecedores tenderá a ser maior quando o seu nível de concentração for superior ao da indústria cliente e quando forem elevados os custos da mudança. Cfr. JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard – cit. 5, p. 77.

⁴⁵ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 697. A doutrina não é unânime quanto ao efeito *pass-through*, que se afigura controverso. A posição que citamos é a de Jorge Rodrigues, na análise econométrica que realizou para a AdC. RODRIGUES, Jorge – *Buyer Power and pass-through of large retailing groups in the Portuguese food sector*. Em sentido contrário ver BARROS, Pedro Pita; BRITO, Duarte; de LUCENA, Diogo – *Mergers in the food retailing sector: An empirical investigation*. European Economic Review. vol 50, Nº 2, pp. 447-468.

2.4.1 Um aspeto particular da relação entre fornecedores e Grandes Grupos Retalhistas: a consideração do espaço de prateleira como infraestrutura essencial.

Tem vindo a colocar-se a questão do espaço comercial, ou espaço de prateleira, ser ou não infraestrutura essencial para escoamento dos MDI. Importa, para analisar esta questão, aferir o conteúdo e alcance deste conceito.⁴⁶

A figura da infraestrutura essencial consta do art.º 11º n.º 2 al. e) da Lei da Concorrência (LdC) mas não do TFUE. Segundo a LdC é abuso de posição dominante a recusa ao acesso a uma rede ou outras infraestruturas essenciais controladas pela empresa. Já o TFUE enquadra esta figura na proibição de abuso de posição dominante enquanto “*recusa de fornecimento*” (*ex vi* art.º 102º TFUE).

A literatura económica também não é consensual quanto à sua definição, sendo que uma infraestrutura essencial é *bottleneck* na cadeia de valor de um mercado, isto é, esmaga a possibilidade de entrada de novos concorrentes.

Para Simon Bishop e Mike Walker são cinco as condições que devem ser cumulativamente satisfeitas pela infraestrutura para ser considerada como essencial, a saber: (i) “*é impossível, ou não rentável economicamente, para qualquer outra empresa replicar essa infra-estrutura; (ii) não existe modo alternativo, e com um custo razoável, de entrar no mercado relevante; (iii) a infra-estrutura em causa deverá ter capacidade excedentária; (iv) existe um nível baixo de concorrência a jusante e uma expectativa fundamentada de que o acesso por terceiros à infra-estrutura aumentará, significativamente, o nível de concorrência a jusante; e (v) o(s) detentor(es) da infra-estrutura em causa, concorre(m) no mesmo mercado relevante que as empresas que desejam aceder à infra-estrutura.*”⁴⁷

⁴⁶ Na presente subsecção seguimos de perto o relatório da AdC.

⁴⁷ BISHOP, Simon; WALKER, Mike – *The economics of EC competition law*. Tradução da AdC. Cfr. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, pp.196-197.

Paul Dobson, Michael Waterson e Alex Chu, num documento de trabalho que prepararam para o *Office of Fair Trading* (OFT)⁴⁸, tendo em conta o papel desempenhado pelos GGR como *gatekeepers*, portanto, a circunstância dos fornecedores precisarem dos GGR para escoar os seus MDI junto do consumidor final, consideraram que o acesso da indústria do aprovisionamento àquela rede de distribuição é um problema de acesso a uma infraestrutura essencial, porquanto os fornecedores não têm outro meio viável de replicar a rede de distribuição daqueles grupos que lhes ofereça os mesmos benefícios económicos e de escala⁴⁹.

Para a consultora Charles River Associates (CRA) a infraestrutura essencial existirá se a resposta às seguintes questões for positiva: 1) existe um mercado a jusante, bem definido, em que o grau de concorrência seja diminuto ou inexistente?; 2) podem as empresas que pretendem aceder à infraestrutura potenciar um aumento significativo da concorrência a esse nível?; 3) não há outra forma (incluindo replicar a infraestrutura), com um custo razoável, de promover essa concorrência a jusante?; 4) não há outras empresas que possam promover um aumento da concorrência a jusante sem requerer o acesso à infra-estrutura em causa?⁵⁰. Apenas nos casos em que a resposta seja afirmativa será admissível que um fornecedor reclame o acesso à infraestrutura de um distribuidor.

Feitas estas referências doutrinárias, é tempo de responder a esta primeira questão: o espaço de prateleira é ou não infraestrutura essencial?

Por um lado, os distribuidores que, estando integrados verticalmente, têm a sua MDD, terão tendência a reduzir o espaço de prateleira afeto aos MDI de uma forma que afeta a concorrência⁵¹.

⁴⁸ DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex – *The welfare consequence of the exercise of buyer power*.

⁴⁹ DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex – cit. 48, §8.4.

⁵⁰ CHARLES RIVER ASSOCIATES - *Essential Facilities: the Rising Tide*. Disponível em www.crai.com.

⁵¹ Neste sentido vd. CHARLES RIVER ASSOCIATES – cit. 50. (“*We have seen cases where retailers with significant but not dominant market shares have been claimed to be essential facilities by manufacturers. The argument made is that where a retailer has own brands it is, in effect, vertically integrated and can withhold supply (of shelf space) in a way that distorts competition*”).

Em contrapartida, os MDI necessitam dos GGR para serem escoados junto do consumidor final, não obstante existirem canais alternativos a que a indústria de aprovisionamento pode recorrer (exportação ou outros retalhistas de menor dimensão).

Porém, esta necessidade dos MDI não justifica, sem mais, a qualificação da rede de distribuição dos GGR como infraestrutura essencial.

Para apreciar a atuação dos GGR devem ser considerados dois mercados relevantes: os mercados a montante do aprovisionamento e os mercados a jusante da venda a retalho ao consumidor final.^{52,53}

A qualificação da rede de distribuição dos GGR como infraestrutura essencial depende da circunstância da indústria de aprovisionamento concorrer com os GGR.

Contudo, nos mercados a jusante da distribuição não é possível existir essa concorrência, pois implicaria que a indústria dispusesse da mesma malha de retalho dos GGR para escoar não só os seus MDI mas também o cabaz diversificado de produtos comercializado pelos GGR.⁵⁴

Assim, não poderá a qualificação como infraestrutura essencial justificar-se somente pela necessidade dos MDI em acederem aos GGR.

Os autores Paul Dobson, Michael Waterson e Alex Chu partem do pressuposto que a expansão dos MDD reduz o espaço de prateleira afeto aos MDI, distorcendo consequentemente a concorrência no aprovisionamento.

Todavia, não é líquido que os GGR tenham interesse em reduzir a concorrência entre fornecedores no aprovisionamento ou a excluir todos os MDI, nem podemos concluir que o aparecimento e expansão de MDD reduziu a diversidade de marcas a jusante na venda ao consumidor final.^{55,56}

⁵² Os pareceres de Simon Bishop e Mike Walker e da CRA orientam-se ambos pela perspetiva da infraestrutura a montante com efeitos a jusante.

⁵³ Neste sentido vd. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 199.

⁵⁴ Tal como concluído pela AdC no relatório. Cfr. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 200.

⁵⁵ Neste sentido concluiu a AdC. Cfr. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 200.

⁵⁶ Contudo, a CNC apurou que o ritmo da inovação na indústria alimentar parece ter abrandado nos últimos. Cfr. ESPAÑA. Comisión Nacional de La Competencia – cit. 36, p. 141.

Do exposto parece resultar não estarem reunidas as condições para se qualificar a rede de distribuição dos GGR, designadamente o seu linear, como infraestrutura essencial à indústria de aprovisionamento e aos MDI que esta indústria venha a desenvolver.⁵⁷

2.4.2 A gestão do espaço de prateleira e a questão do acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

O que para nós se apresenta como uma questão ou problema mais não é do que um instrumento de gestão estratégica dos GGR.

A estratégia comercial destes grupos, traduzindo-se essencialmente em colocar à disposição dos clientes o melhor sortido de produtos e serviços, atuando sobre diversos fatores, pretende atrair e fidelizar aqueles ao mesmo tempo que procura melhores condições de aquisição a montante no aprovisionamento (poder de compra) para obter benefícios a jusante, na venda ao consumidor.⁵⁸

Com efeito, na exposição de produtos, assume especial relevância para os GGR a gestão do linear, isto é, “*dos produtos colocados à primeira vista do consumidor*”⁵⁹ ou do “*perímetro ou contorno formado pelas faces dianteiras das gôndolas, prateleiras ou*

⁵⁷ Neste contexto, a regulação por parte do RU das taxas que os GGR cobram (“*slotting fees*” ou “*slotting allowances*”) aos fornecedores para colocação dos MDI em prateleira não é consensual, já que, para além de potenciar a inacessibilidade de alguns fornecedores aos mercados, leva-nos a concluir que o espaço de prateleira teria de ser qualificado como infraestrutura essencial. Vd. PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 187. Todavia, esta prática verifica-se também nos EUA, segundo estudo da FTC. Vd. UNITED STATES of AMERICA. Federal Trade Commission – *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry. Selected Case Studies in Five Product Categories*. A CE, numa comunicação relativa às restrições verticais, concluiu que “*a utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente (pelos fornecedores aos distribuidores) pode, em muitos casos, contribuir para uma afectação eficiente do espaço de prateleira aos novos produtos*”. Não obstante, refere, de igual modo, eventuais efeitos de exclusão decorrentes da aplicação destas taxas de acesso. Contudo defende também que para que haja a redução da concorrência nestes parâmetros será necessário que o mercado da distribuição seja altamente concentrado. (COMISSÃO EUROPEIA - *Orientações relativas às restrições verticais*, p. 42.)

⁵⁸ Tal como concluído pela AdC. Vd PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 186.

⁵⁹ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 186.

*móveis de exposição de produtos numa loja e cuja função consiste em atrair atenção do cliente para o produto, oferecê-lo e provocar o acto de compra*⁶⁰.

O espaço de prateleira é finito, pelo que o número de produtos expostos terá de ser limitado, criando-se assim uma barreira à entrada de novos produtos⁶¹.

De facto, a indústria de aprovisionamento carece dos espaços de prateleira para fazer chegar os seus MDI ao público. Aliás, partilhamos da opinião que caso este acesso lhes seja negado restarão poucas alternativas com condições próximas às dos GGR. Com efeito, os GGR não só são flexíveis no lançamento de novos produtos e na sua promoção como também facilitam o seu escoamento. Para além de que, atendendo à sua natureza multi-oferta, permitem estar mais próximos do consumidor final, o que leva a que os fornecedores queiram estar lá representados.

Assim, *“a disposição destes produtos nas prateleiras, a sua eventual colocação no linear e a definição do espaço mínimo que lhes é atribuído, bem como as taxas que estes grupos cobram à indústria consoante o espaço afecto aos seus produtos, constituem os principais factores de conflito dos GGR com os seus fornecedores”*⁶².

Acresce que a integração vertical dos GGR⁶³ contribui para o aumento da sua capacidade negocial perante os fornecedores, desde logo porque os MDD são produtos da empresa proprietária e gestora do espaço de venda ao público que é também quem define a estratégia de comercialização (dos MDI e MDD) junto do consumidor.

⁶⁰ Cfr. ROUSSEAU, José António – *Manual de Distribuição*, p. 220 e ROUSSEAU, José António – *Dicionário de Distribuição*, p. 126.

⁶¹ Consecutivamente, cria-se também uma barreira à entrada de novos concorrentes, pela circunstância dos GGR serem proprietários dos canais de distribuição, o que terá influência na atratividade do setor. Vd. JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard – cit. 5, p. 77.

⁶² PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p. 193.

⁶³ Decorre da comercialização de MDD, que têm maior grau de competitividade face aos MDI.

Capítulo III – Alternativas de reação dos fornecedores face à dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

3.1 Elenco de alternativas de reação face à dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

A principal característica da relação entre GGR e os seus fornecedores é o desequilíbrio negocial, o qual, na opinião da AdC, se manifesta de forma mais acentuada sobretudo em quatro áreas: imposição unilateral de condições; descontos e outras contrapartidas; penalizações; pagamentos⁶⁴.

Atentaremos de perto à primeira, uma vez que nos preocupa a circunstância de ser o comprador, *in casu*, os GGR, quem dita as regras, beneficiando da definição prévia das condições gerais, nomeadamente a margem negocial reduzida conferida ao fornecedor⁶⁵.

No intuito de podermos responder à questão que investigamos, analisaremos o regime das cláusulas contratuais gerais (ccg)⁶⁶, a Lei da Concorrência (LdC)⁶⁷ e o regime das práticas individuais restritivas do comércio (PIRC)⁶⁸, para percebermos se destes quadros legais se pode inferir uma proteção do fornecedor.

Antecipamos desde já o nosso receio de, apesar de estarmos perante um evidente desequilíbrio negocial, dar-se o caso de o mesmo não corresponder, *per si*, a um ilícito

⁶⁴ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – cit. 4, p 16. Note-se que este desequilíbrio negocial poderá não existir nos casos em que os fornecedores são, eles próprios, grandes grupos.

⁶⁵ Os fornecedores elencam como desvantagens da grande distribuição: o elevado poder de negociação; a dependência do local; um maior risco económico; exposição limitada dos produtos; espaço de prateleira reduzido por marca, o que não facilita a criação de um linear mais agradável e facilitador da compra; volume de vendas menos significativo o que acarreta uma menor margem de lucro. Cfr. ROSA, Valente; VARATOJO, Susana – *Imagem perceptiva da grande distribuição*.

⁶⁶ DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

⁶⁷ Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, doravante designada por LdC.

⁶⁸ A que se refere o DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro.

solucionável pelos quadros legais *supra* mencionados, pelo menos diretamente. Por ora, prosseguiremos com a análise dos regimes.⁶⁹

3.1.1 O regime das cláusulas contratuais gerais

Instituído pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro⁷⁰, o diploma veio regular uma “manifestação jurídica da moderna vida económica”⁷¹, “um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços”⁷².

Desde há muito que a doutrina clamava pela necessidade de intervenção do legislador, face à “inadequação e insuficiência dos tradicionais meios de defesa, pensados que foram para situações e riscos diferentes, em muitos casos, dos que os contratos de adesão propiciam”⁷³. Assim, “foi-se insistindo, com frequência e de vários lados, para a urgência de o problema ser equacionado e resolvido em sede legislativa, atenta a precariedade e insuficiência de um controle judicial assente em preceitos formulados para esquemas contratuais diferentes”⁷⁴.

Desta forma, compreende-se o aplauso da doutrina à intervenção do legislador, já que o nosso ordenamento jurídico passou a dispor de meios próprios e adequados ao

⁶⁹ Recorde-se que “a autonomia privada, baseada no pressuposto da igualdade formal dos indivíduos ao não atender às suas diferenças naturais e posições económicas e/ou sociais, encontra-se, desde sempre, perante o dilema de um desequilíbrio de poderes entre os agentes jurídicos.(...) Para o efeito, o princípio da igualdade jurídica, como princípio formal, deve ser “corrigido” precisamente com base em critérios materiais com vista à protecção dos mais fracos.” Cfr. HORSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, p. 55.

⁷⁰ Pertencem a este diploma todos os artigos a que nos referimos nesta subsecção, sem qualquer outra indicação.

⁷¹ PINTO, Carlos Mota – *Contratos de adesão*, p. 119.

⁷² MONTEIRO, António Pinto – *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais*.

⁷³ MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro*, p. 734. Em 1982 Antunes Varela escreveu que “não há na legislação vigente nenhuma disposições especialmente destinadas a acautelar o perigo específico dos contratos de adesão” (Vd. VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, pp. 236-237.)

⁷⁴ MONTEIRO, António Pinto – cit. 73, p. 735. Almeida Costa também alertou para a circunstância de “nunca a doutrina e a jurisprudência conseguirão alcançar, facilmente, os resultados que obteriam com apoio em normas adequadas à questão”. (COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, p. 185.)

combate dos abusos que a contratação baseada em cláusulas contratuais gerais (ccg) fomenta.^{75,76}

Estatui o art.º 17º que “*nas relações entre empresários ou os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua actividade específica, aplicam-se as proibições constantes desta secção e da anterior*”.

O diploma sob análise não se ocupou, desde a sua origem, apenas da protecção dos consumidores em contratos de adesão, “*sendo as disposições dos artigos 1º a 16º, 24º e seguintes (ss) aplicáveis independentemente da qualidade do aderente, e sendo as normas dos artigos 20º a 23º privativas dos contratos em que o aderente seja consumidor ou equiparado, as disposições dos artigos 18º e 19º têm o seu âmbito de aplicação definido por este artigo 17º (...)*”⁷⁷.

Não obstante o escopo do diploma em causa ser a protecção dos consumidores em contratos de adesão o diploma é também aplicável às relações entre empresários.⁷⁸

É neste pressuposto que questionamos em que medida o regime das ccg poderá responsabilizar os GGR por dificultar aos fornecedores o acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

Menezes Cordeiro verbaliza o paradigma do qual parte a nossa análise: “*em Portugal, no domínio comercial, as cláusulas contratuais gerais são, sobretudo,*

⁷⁵ Aqui pode ver-se o direito a servir “*como meio de conformação, orientação e direcção da vida social*”. Vd. HORSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil* – cit. 69, p.17.

⁷⁶ Recorde-se que contratos de adesão e ccg consubstanciam duas realidades distintas. Em regra, o contrato de adesão é concluído com recurso às ccg, mas se a estas faltar o requisito da generalidade ou indeterminação, estaremos perante um contrato de adesão se as cláusulas não foram objeto de negociação, tendo sido prévia e unilateralmente redigidas por uma das partes sem que a outra possa alterá-las ou tenha influído na sua elaboração, ou seja, assistiremos à adesão a cláusulas pré-elaboradas. Contudo, esta distinção não invalida que aos contratos de adesão se aplique o regime das ccg.

⁷⁷ PRATA, Ana – *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 343.

⁷⁸ Os riscos da celebração do contrato que advêm para o aderente podem ser retratados a três níveis: 1) no plano da formação do contrato; 2) no plano do conteúdo; 3) no plano processual. Logo, um controlo eficaz terá de atuar nestes três níveis. Efetivamente, são necessárias medidas que incitem o acordo sobre todos os aspetos da regulamentação contratual, que proíbam cláusulas abusivas e que atribuam legitimidade processual a certas instituições (como será o caso do MP) para que possa haver um controlo preventivo das condições gerais. Cfr. MONTEIRO, António Pinto – *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais* – cit. 72.

*utilizadas por grandes empresas, nas suas relações com pequenos empresários, que merecem uma certa atenção*⁷⁹. Vejamos então em que medida o pequeno empresário está protegido.

O DL das ccg consagra medidas de proteção em termos gerais, onde se incluem os deveres de comunicação prévia e de informação (art.º(s) 5º e 6º, respetivamente), instituídos com vista a assegurar a boa formação da vontade dos contraentes, exigível no exercício eficaz da autonomia privada.⁸⁰

O dever de comunicação prévia é apto a acautelar o risco de desconhecimento de aspetos significativos para a parte que adere ao contrato⁸¹. O conhecimento na íntegra, devidamente antecipado e prévio das ccg que a empresa pretenda inserir no contrato permite que o aderente se previna exigindo-lhe, de igual forma, que adopte um comportamento diligente⁸².

O mesmo vale dizer para o dever de informação⁸³, não obstante o exercício de ambos os deveres depender das circunstâncias do caso.⁸⁴

⁷⁹ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português I*, p. 440.

⁸⁰ A não ser assim não pode falar-se de uma livre, consciente e correta formação da vontade, nomeadamente isenta de vícios como os referidos nos artigos 246º, 247º e 251º do CC.

⁸¹ Almeida Costa e Menezes Cordeiro advertem-nos que, dado o facto de na prática das ccg uma das partes promover a adesão da outra a modelos pré-elaborados, o exercício efetivo e eficaz da autonomia privada reclama uma vontade bem formada dos aderentes, “*maxime um conhecimento exacto do clausulado*”. (COSTA, Mário Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes – *Cláusulas Contratuais Gerais*, p.24.) Até porque o instituto das ccg situa-se “*à sombra da liberdade contratual, princípio de cuja garantia o diploma se apresenta como mais um dos instrumentos*” (MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa Machado – *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*, p. 20.)

⁸² “*O ónus da prova da comunicação cabe ao contraente que submete as cláusulas ao outro, bastando-se com a remessa do contrato, com todo o seu clausulado, ao aderente para que este o devolva uma vez firmado*” (AcSTJ de 24/05/07). Esta e toda a demais jurisprudência nacional citada encontra-se disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Todavia, o dever de comunicação também envolve “*prestar todos os esclarecimentos necessários, designadamente informando o aderente do seu significado e implicações*” (AcSTJ de 18/04/06). Para Almeno de Sá, é “*possível detectar, neste pressuposto aparentemente unitário, duas exigências analiticamente decomponíveis: a comunicação integral das cláusulas e a necessidade de proporcionar à contraparte a possibilidade de uma exigível tomada de conhecimento do respectivo conteúdo*” (SÁ, Almeno de – *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, p. 190.)

⁸³ A boa fé na fase pré-contratual impõe não só a comunicação das ccg mas também a prestação das informações necessárias a um exercício idóneo da autonomia privada, tal como resulta do art.º 227º nº1 do (CC).

⁸⁴ “*O dever de informação impõe a obrigação de explicar cada uma das cláusulas e o seu significado, dependendo das particularidades do caso concreto e pressupondo um pedido de esclarecimentos pelo aderente*”. (AcRelPorto, de 10/01/2013.)

Assim, se ao aderente for comunicado o acesso aos lineares de visibilidade privilegiada, essa comunicação terá de cumprir o preceituado nos art.º(s) relativos aos deveres gerais. Contudo receamos que, na prática, essa comunicação não se verifique, sobretudo estando em causa um pequeno fornecedor.⁸⁵

Também o facto de a Lei fazer prevalecer as cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer outras ccg, mesmo que constantes de formulários assinados pelas partes, como decorre do art.º 7º, não confere ao fornecedor aderente uma proteção eficaz.

Extravasa o objeto do nosso estudo a análise de todos os artigos do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, mas sempre concluiremos que, ao nível dos planos da formação e do conteúdo do contrato, a solução para a prática comercial sob análise passa pela sanção à violação dos deveres legais.

O art.º 8º preceitua que se consideram “*excluídas dos contratos singulares: a) as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º; b) as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo*”.

O art.º 9º ordena a subsistência dos contratos singulares a que se refere o art.º 8º, vigorando na parte afetada as normas supletivas aplicáveis, a não ser que “*ocorra uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais ou um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé*” (art.º 9º n.º 2), caso em que os referidos contratos são nulos.

Entendemos que no plano processual possa haver uma “janela aberta”, isto é, se nos deparássemos com a obrigatoriedade de solucionar a nossa problemática recorrendo ao regime das ccg, diríamos que as normas que se destinam a acautelar os riscos emergentes do plano processual seriam as mais eficazes.

⁸⁵ O estudo realizado pela CNC conclui que em Espanha, na relação dos distribuidores com os fornecedores, surge com muita frequência a prática de não reduzir a escrito as condições contratuais, resultando numa transferência excessiva de risco para os fornecedores que dificulta a planificação das suas atividades e desincentiva a inovação e eficiência Cfr. ESPAÑA. Comisión Nacional de La Competencia – cit. 36, p. 142.

O legislador teve a consciência que teria a necessidade de fiscalizar o próprio conteúdo das cláusulas⁸⁶, o que fez de duas formas: impondo a sanção de nulidade para certo tipo de cláusulas, que proíbe expressamente⁸⁷ e consagrando uma ação inibitória com finalidades preventivas.

Distinguiu o legislador as relações com consumidores das relações entre empresários, estabelecendo que nestas últimas aplicam-se apenas as proibições dos art.º(s) 15º, 18º e 19º. Contudo, não vemos porque não possa aplicar-se a estas relações o art.º 11.º, relativo às cláusulas ambíguas, segundo o qual, se as ccg forem ambíguas terão o sentido que lhes atribuiria o contratante indeterminado normal que, quando colocado na posição de aderente real, as subscrevesse ou aceitasse, sendo que na dúvida prevalece o sentido mais favorável ao aderente (exceto no caso das ações inibitórias)⁸⁸.

Preventivamente, as ccg elaboradas para utilização futura podem ser proibidas por decisão judicial quando contrariem, designadamente, o disposto nos art.º(s) 15º, 16º, 18º e 19º.

Têm legitimidade para intentar a ação inibitória⁸⁹, ou seja, a ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de ccg, nomeadamente as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos, bem como o Ministério Público, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado, de acordo com o art.º 26º n.º1 b) e c).

⁸⁶ Repare-se que as ccg são reconhecidas pela ordem jurídica como “*estipulações assentes na vontade das partes, como lex contractus que ambos os contraentes declararam aceitar. (...) Exercitando o aderente, por força do condicionalismo que rodeia a adesão a ccg, uma autonomia diminuída ou diluída, justifica-se, como medida compensatória, o directo controlo do conteúdo dessas cláusulas*”. (RIBEIRO, Joaquim de Sousa – O Problema do Contrato, p.285)

⁸⁷ As ccg proibidas são nulas, nos termos do art.º 12º, com observância dos art.º(s) 285º e ss do CC. Contudo admite-se a subsistência do contrato singular, por escolha do aderente, nos termos do art.º 13.º, ou a sua redução, a que se referem os arts.º 14º e 292º do CC.

⁸⁸ Almeida Costa recorda-nos que “*quanto à interpretação e integração das cláusulas contratuais gerais, verifica-se uma remissão implícita para os critérios dos artigos 236º e segs. do CC.*” (COSTA, Mário Júlio Almeida – *Nótula Sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais Após a Revisão do Diploma que Institui a Sua Disciplina*, p.17.)

⁸⁹ “*Com a acção inibitória visa-se que os utilizadores de condições gerais desrazoáveis ou injustas sejam condenados a abster-se do seu uso ou que as organizações de interesses que recomendem tais condições aos seus membros ou associados sejam condenadas a abandonar essa recomendação*”. (AcRelisboa, de 25/05/2006)

Estas entidades também podem requerer a proibição provisória de ccg, tal como previsto no art.º 31º, quando se verifique o fundado receio de virem a ser incluídas em contratos ccg incompatíveis com as normas do diploma. A proibição definitiva terá como consequência a não inclusão das ccg em contratos que o demandado venha a celebrar, de acordo com o disposto no art.º 32º n.º 1.

Em suma, as ccg contrárias à boa fé⁹⁰ ou que violem o disposto nos art.º(s) relativos às cláusulas absolutamente proibidas (art.º 18º) e cláusulas relativamente proibidas (art.º 19), poderão ser proibidas por recurso à ação inibitória que se afigura um mecanismo potencialmente apto a auxiliar-nos.

Tudo o que foi dito pressupõe a existência de cláusulas que versem sobre a questão do acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

Contudo, a prática demonstra que na maioria dos casos este acesso aos lineares de visibilidade privilegiada não integra o conteúdo das ccg comunicadas ao aderente.

Assim, verificamos não haver uma resposta direta neste DL, apesar de reflexamente a questão do acesso aos lineares de visibilidade privilegiada poder ser tutelada, designadamente pelo recurso ao princípio geral da boa fé consagrado no CC.

Também pensamos que se estivesse instituída entre nós uma prática reiterada de recurso, por parte do aderente, aos mecanismos legais, não se verificaria com tanta frequência, facilidade e intensidade o desequilíbrio negocial entre as partes da relação comercial que temos vindo a tratar.

3.1.2 A Lei da Concorrência

Uma alternativa de reação, por parte dos fornecedores, face à dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada poderá eventualmente encontrar-se no

⁹⁰ A boa fé foi consagrada como “*princípio geral de controlo, enumerando de seguida um extenso rol de cláusulas absoluta ou relativamente proibidas*”. Vd. RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 3.

regime de defesa da concorrência, designadamente nas normas relativas à restrição da concorrência quer através do abuso de posição dominante, quer através do abuso de dependência económica.

Dispõe o art.º 81º al. f) da CRP que *“Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: f) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”*⁹¹.

Assim, *“o direito de defesa da concorrência tem como função precípua a preservação das estruturas concorrenciais do mercado contra o comportamento dos agentes económicos nesse mesmo mercado”*.⁹²

A LdC proíbe, no capítulo relativo às práticas restritivas da concorrência (cap. II), a exploração abusiva de posição dominante⁹³ e do estado de dependência económica (art.º(s) 11º e 12º, respetivamente)⁹⁴.

⁹¹ *“A tarefa de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (...) constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária”*. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *CRP Anotada: Artigos 1º a 107*, p. 969.

⁹² PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, p. 11.

Já o instituto da concorrência desleal é constituído por *“um corpo aberto de normas fundamentais de protecção dos agentes económicos da respectiva empresa ou estabelecimento e/ou elementos deste, mediante a imposição de um dever geral, nas relações de concorrência, de conduta leal ou profissionalmente correcta.”* (MENDES, Evaristo Ferreira – *Direito da Concorrência desleal e Direito da Concorrência*, p. 87) *“Com as regras relativas à concorrência desleal procura-se assegurar fundamentalmente a honestidade no exercício da actividade comercial”*. (COELHO, José Gabriel Pinto Coelho – *O Conceito de Concorrência Desleal*, p. 94.) Oliveira Ascensão adverte que *“a liberdade de concorrência tem posição prioritária em relação à concorrência desleal”* (ASCENSÃO, José Oliveira – *Concorrência Desleal*, p. 94.)

⁹³ Refletindo o texto do art.º 102º do TFUE. A redação do artigo não é suficientemente clara a indicar quais os tipos de abusos contidos na proibição, daí o impacto do ac. *Continental Can* ao afirmar que o artigo 82º do TCE, atual art.º 102º do TFUE *“não se refere apenas às práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores mas também àquelas que lhes causam um prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efectiva”*. Assim, é hoje pacífico que o preceito cobre os abusos por exploração e os abusos por exclusão. Vd. *AcTJUE Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc v Comissão*, disponível em www.eur-lex.europa.eu, bem como os demais acórdãos comunitários citados.

⁹⁴ Pertencem a este diploma todos os artigos a que nos referimos nesta subsecção, sem qualquer outra indicação.

No que respeita à posição dominante, assinale-se, antes de mais, que não é proibida a sua detenção, mas apenas o seu abuso⁹⁵.

*“Com efeito, o juízo acerca da prática de um abuso de posição dominante exige uma análise que comporta dois passos: em primeiro lugar, a constatação de que a empresa em causa detém uma posição dominante no mercado relevante (elemento de natureza estrutural) e, em segundo, a conclusão no sentido de que o seu comportamento corporiza um abuso dessa posição (elemento de natureza comportamental)”*⁹⁶.

O art.º 11º, à semelhança do art.º 102º do TFUE, não consagra uma definição de posição dominante⁹⁷, tendo esta sido determinada pelo ac. *United Brands*, segundo o qual a posição dominante *“diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente aos consumidores.”*⁹⁸

O pressuposto é que uma empresa seja capaz de exercer uma influência preponderante sobre um mercado relevante, de tal forma que possa agir sem se preocupar com a reação dos seus concorrentes, enquanto estes não podem deixar de ter em consideração a atuação daquela. Deste modo, numa situação de ausência de concorrência significativa a concorrência não desempenha o seu papel de regulador de mercado.

⁹⁵ “A detenção de uma posição dominante não implica, evidentemente, qualquer ilicitude ou juízo negativo”. (ANASTÁCIO, Gonçalo – Anotação ao artigo 11º. In GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense* p. 135).

⁹⁶ PEREIRA, Miguel Mendes – *Lei da Concorrência Anotada*, p.150. Note-se que “a noção de exploração abusiva é uma noção objetiva”, isto é, não relevam considerações subjetivas que digam respeito à vontade da empresa dominante. Cfr. acTJUE *Hoffman-La Roche & co. AG v Comissão*, p. 91.

⁹⁷ Contrariamente à anterior lei da concorrência, Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que no seu art.º 6º considerava como detentora de posição dominante “a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes”, recaindo a mesma qualificação sobre duas ou mais empresas que atuassem concertadamente nas mesmas circunstâncias.

⁹⁸ AcTJUE *United Brands Company e United Brands Continental BV v Comissão*, p. 65.

O objeto de estudo do presente trabalho circunscreve-se ao conjunto composto por nove GGR e apesar de ser verdade que *“as grandes empresas de distribuição usam o seu poder económico para opor aos fornecedores condições que não constituem contrapartida real de quaisquer economias de custo (...), essas empresas não detêm posição dominante absoluta num mercado, pelo que não se incluiriam no campo de aplicação do abuso de posição dominante.”*⁹⁹

Contrariamente ao TFUE, a LdC dispõe expressamente que a recusa ao acesso a uma rede ou outras infraestruturas essenciais controladas pela empresa pode ser considerada abusiva, verificadas as condições da al. e) do n.º 2 do art.º 11º.¹⁰⁰

Concluimos não nos parecer verosímil que possa estar em causa um abuso de posição dominante, pelo que prosseguiremos com outra abordagem¹⁰¹.

Desta forma pretendemos agora apurar se estamos face a um caso de abuso de dependência económica, também designada por posição dominante relativa¹⁰², ou seja, trataremos de refletir sobre uma das figuras em que se concretiza a defesa da concorrência e a repressão dos abusos por parte do poder económico – o estado de dependência económica – na tentativa de encontrar solução legal para a problemática

⁹⁹ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – cit. 92, p. 63. Para o A., *“a prevalência dos grandes distribuidores verifica-se em relação a fabricantes e fornecedores, devendo ser analisada à luz da dependência económica, que prescinde da prévia e obrigatória demarcação de um mercado. Assim, a tutela das relações entre grandes comerciantes retalhistas e seus fornecedores reclama a consagração do abuso de dependência económica ou abuso de posição dominante relativa, que (...) foi pensado exatamente para tutelar este poder da procura”*.

¹⁰⁰ Por economia de exposição remetemos para a subsecção 2.4.1. Acrescentamos, contudo, que *“para que um meio seja essencial é necessário demonstrar que sem o acesso a tal meio não será possível prestar os serviços desejados em condições competitivas, isto é, que a restrição de acesso ao meio em causa coloca obstáculos significativos à regular entrada ou permanência de um operador no mercado relevante”*. (ANASTÁCIO, Gonçalo – cit. 95, p. 145)

¹⁰¹ Caso o conjunto dos GGR detivesse posição dominante absoluta no mercado da distribuição alimentar, sempre concluiríamos que dificilmente estaria em causa um abuso de posição dominante, uma vez que o espaço de prateleira não é considerado infraestrutura essencial conforme concluimos supra, na subsecção 2.4.1. Naturalmente, poderia dar-se a circunstância de ocorrer um abuso de posição dominante se estivessem preenchidas as al.(s) a) a d) do n.º 2 do art.º 11º.

¹⁰² *“A figura reporta-se exclusivamente às relações entre as empresas e o poder de mercado que a empresa (ou o conjunto de empresas) detenha no confronto com outra, independentemente da posição que a primeira tinha no mercado, dominante ou não.”* (FLORIDA, Giorgio; CATELLI, Vitorio G. – *Diritto Antitrust: Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, p. 347)

sub judice. Para tal, importa perceber, num primeiro momento, quais os trâmites da figura.¹⁰³

Assim, convém analisar os fundamentos e critérios de apreciação da dependência económica para que possamos verificar se o seu regime consagra solução à prática comercial em estudo: a dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada.

São quatro as situações passíveis de gerar dependência económica: dependência em função da escassez, do sortimento, de relação entre empresas e em função da procura.¹⁰⁴

Esta última reporta-se, essencialmente, ao ascendente da grande distribuição sobre os fornecedores¹⁰⁵ e existe quando o oferente de determinados produtos ou serviços não encontra, junto da procura, alternativas suficientes e razoáveis, isto é, quando não dispõe de outros clientes a quem possa, sem suportar encargos excessivos, dirigir a sua oferta.¹⁰⁶

Mais do que estes fundamentos interessam-nos essencialmente os critérios de apreciação da dependência, na medida em que nos dizem se existe ou não uma situação de dependência económica.

¹⁰³ Esta figura não tem consagração no direito comunitário, apesar de estar consagrada no ordenamento jurídico de alguns EM, como é o caso da Alemanha, França e Portugal. “*Tem em vista as relações verticais entre fornecedores e clientes, nomeadamente a situação de dominância (dependência) que se estabeleça entre um deles e o outro e que possa conduzir ao respectivo abuso (...). não está, pois, em causa, a situação de dominância absoluta que uma empresa adquira num determinado mercado face a todos os outros intervenientes, incluindo os seus concorrentes, mas tão somente uma relação bilateral de dominância face a um cliente ou a um fornecedor, não sendo directamente relevante o impacto de tal relação sobre os concorrentes*”. (PEREIRA, Miguel Mendes – cit. 96, p. 178) Mais uma vez, não é proibida a dependência económica, mas somente o seu abuso.

¹⁰⁴ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – cit. 92, p. 115.

¹⁰⁵ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – cit. 92, p. 116.

¹⁰⁶ Na segunda metade do séc. XX os grandes comerciantes retalhistas impuseram as suas condições aos fabricantes. O advento da grande distribuição comercial obrigou a que as leis de defesa da concorrência tutelassem também o poder da procura e mitigassem a influência que o grande comércio exercia sobre a indústria. Esta preocupação era já patente nos EUA no Sherman Act de 1890. Neste sentido PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Anotação ao artigo 12º. In GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, p. 165 e MORAIS, Luís Branco – *Uma nova figura no direito da concorrência- o abuso de dependência económica*, p. 28.

Concretizando, serão quatro os aspetos aptos a determinar a existência de uma situação de dependência económica do fornecedor relativamente a um distribuidor: “1) importância das relações com aquele distribuidor no volume de negócios do fornecedor; 2) peso do distribuidor na comercialização do produto em causa; 3) razões que levaram à concentração de vendas junto de certo cliente (mera escolha ou necessidade técnica sentida pelo produtor); 4) existência de soluções alternativas”.¹⁰⁷

Verificada uma situação de dependência económica será proibida a sua exploração abusiva, sendo que a LdC refere algumas situações que podem ser consideradas abusivas (art.º 11º n.º 2 a) a d) *ex vi* artigo 12º n.º 2º a), e art.º 12 n.º 2 b)), bem como indica as circunstâncias em que se considera que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente (art.º 12º n.º 3 a) e b)).

Em abstrato, a dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada poderá ser enquadrada nas al.(s) a), c) e d) do n.º 2 do art.º 11º, *ex vi* da al. b) do n.º 2 do art.º 12º.

Com efeito, parece-nos viável que a prática comercial que analisamos possa resultar da recusa a uma imposição de condições de transação não equitativas (cfr. al. a) do n.º 2 do art.º 11º) ou da não aceitação do aderente fornecedor de prestações suplementares que não tenham ligação com o objeto desses contratos (cfr. al. d) do n.º 2 do art.º 11º). Pense-se, por exemplo, na hipótese da prestação suplementar ser desproporcional. Da mesma forma, poderá resultar da aplicação a diferentes parceiros comerciais de condições desiguais no caso de prestações equivalentes (vd. al. c) do n.º 2 do art.º 11º). Este será o caso quando um fornecedor for injustificadamente preterido em relação a outro.

Para a nossa exposição reveste maior interesse a secção que respeita ao processo sancionatório relativo a práticas restritivas (secção II do cap. II), bem como os capítulos VII e VIII, sendo o primeiro relativo às infrações e sanções e este último respeitante à dispensa ou redução de coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência.

¹⁰⁷ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – cit. 92, p. 149.

Desde logo dispõe a LdC que aos processos por infração dos art.º(s) 11º e 12º é aplicável, subsidiariamente, o regime geral do ilícito de mera ordenação social, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro. Seguidamente, classifica a infração àquele artigo como contraordenação (art.º 67º)¹⁰⁸.

Processualmente, compete à AdC proceder à abertura de inquérito, oficiosamente ou na sequência de denúncia, orientando a sua atuação pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência¹⁰⁹ (art.º 7º ex vi art.º 17º n.º 1). No decorrer do processo a AdC poder inquirir, proceder a buscas¹¹⁰ e apreensões, tal como resulta dos art.º(s) 18º a 20º.¹¹¹

A partir do artigo 22º as disposições legais dão notas de eficiência. A AdC, após um período de conversações com o visado pelo inquérito, fixa prazo para que este apresente, por escrito, a sua proposta de transação, a qual deverá refletir o conteúdo das conversações e reconhecer a responsabilidade do visado na infracção. Recebida a proposta de transação a AdC poderá aceitá-la, caso em que se procederá a uma redução da coima a aplicar enquanto sanção, tal como decorre do n.º 2 do art.º 22º. A Lei dispõe

¹⁰⁸ Portanto, um “*facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima*” (art.º 1º DL n.º 433/82, de 27 de Outubro).

¹⁰⁹ De acordo com a anterior Lei da Concorrência, a AdC estava vinculada pelo princípio da legalidade na investigação e punição dos ilícitos concorrenciais, “*agora, poderá estabelecer graus de prioridade no tratamento das questões que fazem parte das missões que lhe são cometidas. Trata-se do acolhimento, no nosso ordenamento, de um princípio de oportunidade mitigado (atentos os parâmetros estabelecidos na Lei), que tem como escopo garantir uma maior eficiência na actividade da AdC.*” ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto – *A nova lei da concorrência*, p.330.

¹¹⁰ O leque dos poderes da AdC foi alargado com a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, ao permitirem-se as buscas domiciliárias desde que a AdC tenha obtido previamente um mandado judicial. Esta foi uma das alterações mais controversas, porquanto estamos na presença de um ilícito contraordenacional e a CRP proíbe a ingerência das autoridades públicas na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação “*salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (art.º 32.º n.º4 da CRP). Cfr. ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto – cit. 109, p. 338..

¹¹¹ O respeito pelas normas de defesa da concorrência é objecto de um controlo administrativo, a cargo da AdC, tal como consta do art.º 1º DL 10/2003, de 18 de Janeiro (EAdC). A AdC é uma pessoa coletiva de direito público, natureza institucional, património próprio e autonomia administrativa e financeira (art.º 1º n.º 1 EAdC). Tem poderes sancionatórios, de supervisão e de regulação, com vista ao exercício efetivo das suas atribuições, as quais constam do art.º 6 dos EAdC. Está sujeita à tutela do governo e tem de articular a sua atuação com as autoridades reguladoras setoriais.

(Veja-se, mais desenvolvidamente, sobre a matéria em apreço, MENEZES, Gonçalo – *O Modelo Português de Direito da Concorrência*. Lisboa: FDUL, 2009. Relatório de estágio de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da FDUL.)

ainda, no n.º 14 do mesmo artigo, que a esta redução da coima é somada à redução que resulte da verificação dos pressupostos a que se refere o art.º 78¹¹².

Deste modo, parece estar instituído um regime que permite a atenuação na sua responsabilização desde que se mostre cooperante no momento do decurso do inquérito contra ele instaurado.

A redução da coima surge não como um prémio ao infrator mas sim como uma antecipação da tutela. Aliás, também se permite o arquivamento do processo mediante a imposição ao visado de condições destinadas a garantir o cumprimento de compromissos propostos por aquele com vista a eliminar os efeitos sobre a concorrência que decorrem da sua prática (art.º 23º)¹¹³.

Na verdade, a Lei torna obrigatório o cumprimento dos compromissos assumidos. Contudo, a decisão de arquivamento que se baseie nestas condições conclui pela inexistência de uma infração legal, pelo que é permitido pela nossa legislação que um ato suscetível de consubstanciar um ilícito seja arquivado desde que o infrator se comprometa a não reiterar o comportamento do qual decorrem efeitos sobre a concorrência. Trata-se da especialidade do regime contraordenacional, ditada pela especificidade do ilícito.

O art.º 24º, designadamente no seu n.º 3, determina que o infrator pode vir a ser responsabilizado, na medida em que está na disposição da AdC, terminado o inquérito, dar início à instrução, “*sempre que se conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória*” (alínea a) n.º 3 art.º 23º)¹¹⁴.

¹¹² “O sucesso deste mecanismo dependerá essencialmente de três factores: (i) confiança das empresas em admitir a culpa; (ii) receio destas em virem a ser efectivamente condenadas pela AdC (...); (iii) eventualidade de serem intentadas acções de indemnização por terceiros que tenham sido lesados pela infracção em causa”. (Cfr. ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto – cit. 109, p.337)

¹¹³ Sublinhe-se que a AdC pode, no prazo de dois anos, reabrir o processo que tenha sido arquivado com condições, nos termos do art.º 23º n.º7.

¹¹⁴ Contudo, pode dar-se o caso da AdC decidir pelo arquivamento do processo, pôr fim ao processo em procedimento de transação ou proceder ao arquivamento mediante imposição de condições, de acordo com as al.(s) b), c) e d) do mesmo n.º. Prevê-se ainda que caso o inquérito tenha sido originado por denúncia a AdC, quando considere que não existe possibilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória, possa informar o denunciante para apresentar, em prazo fixo razoável e não inferior a 10

No artigo 29.º n.º 3 prevê-se que, concluída a instrução, a decisão final da AdC pode: “a) declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, sendo caso disso, considerá-la justificada, nos termos e condições previstas no artigo 10º; b) proferir condenação em procedimento de transação, nos termos do artigo 27º; c) ordenar o arquivamento do processo mediante imposição de condições, nos termos do artigo anterior¹¹⁵; d) ordenar arquivamento do processo sem condições.” Nesta óptica, o regime legal opera de forma preventiva. É chegado o momento de perguntar: quais as consequências legais para a infracção de disposição legal prevista neste diploma?

Não há dúvidas que a violação do disposto no artigo 12º constitui contraordenação punível com coima (al.(s) a) e b) do art.º 68.º). Igualmente punível é o incumprimento de disposições em relação às quais já tivemos oportunidade de nos pronunciar, como é o caso da alínea c) do n.º 3 do artigo 29.º.

Do exposto decorre o carácter sancionatório e repressivo do quadro legal em análise.

Será também o caso da prestação falsa, inexata ou incompleta ou não prestação de informação em resposta a pedido da AdC no uso dos seus poderes sancionatórios ou de supervisão (al. (s) h) e i) do art.º 68º n.º1), bem como o caso da não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício dos poderes previstos nos artigos 18º a 20º (al. j) do mesmo art.º). A negligência é punível (art.º 68º n.º3).

A medida da coima determina-se nos termos do art.º 69º e deverá atender, nomeadamente, à gravidade e duração da infracção, à natureza e dimensão do mercado afectado, ao grau de participação do visado, às vantagens de que este haja beneficiado, à

dias úteis, por escrito, as suas observações (art.º 24.º n.º 4). Se o denunciante cumprir com esta exigência mas a AdC considerar que as suas observações não revelam, direta ou indiretamente, uma possibilidade de vir a ser proferida decisão condenatória, o processo é arquivado mediante decisão expressa cabendo recurso para o TCRS (n.º 5 do art.º 24º). Concordamos que “quando não esteja em causa uma queixa que careça manifestamente de fundamento, julgamos que a AdC terá de investigar a mesma, em termos mínimos e prévios, antes de a poder recusar com base nos critérios legalmente tipificados.” (Cfr. ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto – cit. 109, p 331).

¹¹⁵ Veja-se, a propósito, os comunicados da AdC que procederam ao arquivamento, mediante imposição de condições, de determinados processos contraordenacionais, sem que existisse, à data, previsão legal expressa nesse sentido. (Cfr. Comunicado 16/2007, de 2 de Outubro, Comunicado 13/2008, de 16 de Julho, Comunicado 20/2009, de 15 de Outubro, todos disponíveis em www.concorrencia.pt.)

sua situação económica, aos seus antecedentes contraordenacionais e à sua colaboração com a AdC.

Em simultâneo com a coima, a AdC pode determinar a aplicação de sanções acessórias, se a gravidade da infracção e culpa do infractor o justificarem (art.º 71º).

A AdC também pode decidir aplicar uma sanção pecuniária compulsória nos termos do art.º 72º.

Concluimos pela proteção indireta ou reflexa do fornecedor. Não há, na LdC uma resposta direta e óbvia para a problemática do acesso aos lineares de visibilidade privilegiada. Contudo, cremos que provando-se que o fornecedor está em estado de dependência económica em relação aos grandes distribuidores, poderá ser protegido pela LdC. De todo o modo, julgamos que a sua posição frágil não está devidamente tutelada.

3.2.3 O regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio

O DL n.º 116/2013, de 27 de Dezembro, que prevê o regime jurídico das práticas individuais restritivas do comércio, entrou em vigor a 25 de Fevereiro do ano corrente.¹¹⁶

¹¹⁶ Não foi pacífica a entrada em vigor deste diploma. “*Enquanto os produtores, as empresas de produtos de marca e as do setor agroalimentar aplaudem a medida, por ajudar a esbater o desequilíbrio negocial nas relações comerciais, as empresas da distribuição, apesar de garantirem que desenvolvem a atividade “no quadro normativo e regulatório nacional”, estão receosas do que aí vem*”. (Vd. VidaEconómica [Em linha]. 8 Nov. 2013.) Na opinião da APED serão as comunidades dos fornecedores, produtores e pequenos produtores a pedir a alteração ao regime agora em vigor, na medida em que se vão sentir discriminados. Ana Isabel Trigo Morais, presidente da Associação, admite que “*este quadro legal restritivo que se aplica às empresas que operam em Portugal vai fazer com que seja mais fácil importar produtos doutros destinos europeus e até não europeus e, isso sim, é que retira competitividade à economia portuguesa e retira competitividade à produção nacional*.” (Cfr. JornaldeNegócios [Em linha]. 25 Fev. 2014.) A esta observação respondeu a Congrafi, acusando a APED de jogo psicológico. A Federação das Indústrias Portuguesas Agro-Alimentares (FIPA) entende que este DL é de difícil interpretação. Para Luís Pais Antunes: “*é expectável que venha a existir bastante litigiosidade com o novo diploma das práticas comerciais*.” (Cfr. JornaldeNegócios [Em linha]. 26 Fev. 2014.)

Para o especialista de direito da concorrência Gonçalo Anastácio esta intervenção do legislador, era necessária face à evolução da distribuição em Portugal, sobretudo no que toca às sanções. O anterior regime (DL n.º 370/93, de 29 de Outubro) “*não tinha capacidade dissuasora e as sanções eram muito baixas, funcionando quase como um convite à infracção*”.¹¹⁷

Dispõe o preâmbulo do DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro¹¹⁸ que considerando “*as dificuldades e limitações identificadas no decurso da aplicação do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, bem como a inadequação de algumas das suas normas, sentida e transmitida pelos operadores económicos, procedeu-se à revisão do regime jurídico das práticas individuais restritivas de comércio, no sentido de clarificar a sua aplicação e de tornar suficientemente dissuasor o seu incumprimento (...). O diploma densifica ainda o conceito de práticas negociais abusivas.*”

No art.º 3º proíbe-se a aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios relativamente a prestações equivalentes, definidas como “*aquelas que respeitem a bens ou serviços similares e que não difiram de maneira sensível nas características comerciais essenciais*” (art.º 3º n.º2).

Consequentemente, é proibida a aplicação de condições de venda discriminatórias a fornecedores de MDI face aos fornecedores de MDD, para os mesmos produtos.

Este regime jurídico, para além de promover a transparência nas políticas de preços e de condições de venda (art.º 4º), prevê a proibição de práticas negociais abusivas (art.º 7º).

Com efeito, são proibidas as práticas que se traduzam na alteração retroativa de um contrato de fornecimento (art.º 7º n.º1al. f). Este será o caso quando o distribuidor exigir ao fornecedor uma contrapartida não negociada previamente para continuar a colocar os seus produtos nos lineares de visibilidade privilegiada.

¹¹⁷ Nas palavras do Advogado esta “*foi uma reforma corajosa do Governo nascida no seio da PARCA*”. (Cfr. Jornal de Negócios [Em linha]. 26 Fev. 2014.)

¹¹⁸ Pertencem a este diploma todos os artigos a que nos referimos nesta subsecção, sem qualquer outra indicação.

São também proibidas as práticas negociais do comprador quando o fornecedor seja uma micro ou pequena empresa, organização de produtores ou cooperativa, e que se traduzam, designadamente, em impor um pagamento como forma de iniciar uma relação comercial com um fornecedor (art. 7º n.º 3 al. b) vii). Aqui consideramos os casos em que o distribuidor exige um pagamento ao fornecedor, sob o pretexto de colocar os seus produtos no melhor espaço de prateleira, como sendo o requisito para encetarem uma relação contratual.

O regime em causa prevê a sanção da nulidade para qualquer cláusula contratual que viole o disposto no art.º 7º (art.º 7º n.º 4).

“Constitui contraordenação punível com coima: a) a violação do disposto no n.º1 do artigo 3.º, no n.º3 do artigo 4.º (...) e nos n.º. (s) 1 e 3 do art.º 7.º”, nos termos do art.º 9º n.º1 a).

A moldura das coimas sofreu um aumento substancial, nos seus limites mínimos e máximos, estando agora prevista uma coima de 2,5 M€ para a contraordenação cometida por uma grande empresa.¹¹⁹

A fiscalização e a instrução dos processos de contraordenação são agora da competência exclusiva da ASAE e já não da AdC. (art.º13º n.º 1). A decisão da aplicação de coimas compete ao inspetor-geral da ASAE (art.º 13º n.º 2).

Nos termos do art.º 16º *“as estruturas representativas de todos ou de alguns dos setores de atividade económica podem adotar instrumentos de autorregulação tendentes a regular as respetivas transações comerciais”*, os quais podem conter disposições diversas do DL.

Não obstante este regime não tutelar diretamente a prática comercial que estudamos, somos da opinião que é dotado de grande eficiência e eficácia por força das alterações a que foi sujeito. O seu alcance prático é inegável na medida em que: se aplica a todas as relações entre empresas, independentemente da sua dimensão; a sua

¹¹⁹ No regime anterior (DL n.º 370/93, de 29 de Outubro) a coima máxima prevista para a contraordenação cometida por uma grande empresa era de 15.000€.

violação pode implicar a aplicação de uma coima que pode ascender aos 2,5 M€; a ASAE pode determinar com carácter urgente a suspensão das práticas abusivas, sem que para isso tenha de ouvir os interessados; está também na sua disposição determinar a aplicação de sanção pecuniária compulsória no caso de não acatamento de decisão que imponha a adoção de medidas cautelares. Por fim, as cláusulas que contenham práticas negociais abusivas são nulas e têm-se por não escritas.

3.2.3.1 – A autorregulação.

O legislador apostou decididamente na autorregulação, tanto é que a previu no art.º 16º.

Pode ler-se no preâmbulo do DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, que “*a autorregulação permitirá alcançar resultados mais efetivos e eficazes se incluir soluções de monitorização e de resolução de conflitos que lhe confirmam credibilidade*”.

Nos termos do art.º 16º “*as estruturas representativas de todos ou de alguns dos setores de atividade económica podem adoptar instrumentos de autorregulação tendentes a regular as respetivas transações comerciais*”, os quais podem conter disposições diversas do DL.

De resto, a AdC já recomendava, no relatório final, a reativação do Código de Boas Práticas CIP/APED ou a adopção de um novo Código de Conduta. Esta foi também uma preocupação evidenciada, *ab initio*, pela PARCA.

O legislador é, por isso, merecedor do nosso aplauso ao incitar que se condensem os usos de um determinado setor num Código de Boas Práticas, o qual, contendo princípios e regras que regem as relações comerciais, não só permite que as partes se autorregulem internamente como também pode ser usado como ilustrativo dos usos do comércio.

Capítulo IV – Conclusões

Foi nossa pretensão responder à questão: qual(quais) o(s) quadro(s) legislativo(s) que regula(m) a dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada, no âmbito do setor da Grande Distribuição Alimentar (GDA) e tendo como paradigma o pequeno fornecedor.

O crescimento do setor em Portugal, evidencia-se em três aspetos: o aumento do valor das vendas dos grandes grupos retalhistas (GGR) no retalho alimentar, o crescimento da quota conjunta dos GGR em detrimento dos demais canais de distribuição e o aumento das margens brutas nominais (MBN) e marges brutas relativas (MBR) dos GGR.

Destacamos duas iniciativas de regulação: a criação da PARCA, cuja missão é *“promover a análise das relações entre os setores de produção, transformação e distribuição de produtos agrícolas, com vista ao fomento da equidade e do equilíbrio na cadeia alimentar”* e a elaboração do Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e Não Alimentar entre as Empresas na Europa, através do qual a CE definiu o conceito de práticas comerciais desleais (PCD), apontou exemplos das mesmas e alertou para os seus potenciais efeitos, atendendo a diversos fatores, dos quais são exemplo o grau de concentração dos GGR, o consecutivo reforço do seu poder de compra e o impacto nos fornecedores.

O Reino Unido e a Espanha levaram a cabo inquéritos que permitiram identificar quais as práticas mais recorrentes na relação entre os distribuidores e fornecedores.

A principal característica desta relação é o forte desequilíbrio negocial que impera entre as partes, sobretudo quando está em causa um pequeno fornecedor, surgindo os GGR, as mais das vezes, como *gatekeepers* no acesso dos MDI ao consumidor final.

A gestão do linear potencia conflitos de interesse, sobretudo porque os GGR detêm o controlo de variáveis que manipulam de acordo com os seus objetivos e os dos

consumidores, formando uma cortina opaca entre os intervenientes da relação. Para esta circunstância contribuem a centralização das compras e a integração vertical dos GGR, com o potencial e controverso efeito de *pass-through* ao consumidor.

Analizamos o regime legal das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85, de 25 de Outubro), a Lei da Concorrência (LdC – Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) e o novo quadro legal respeitante às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC - DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro) como quadros legais susceptíveis de solucionar a problemática que nos propusemos estudar.

O DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, protege não só consumidores mas também empresas, nos termos do seu art.º 17º. Estabui medidas de proteção em termos gerais, das quais são exemplo o dever de comunicação prévia e o dever de informação (art.sº 5º e 6º, respetivamente) que visam a boa formação da vontade, essencial ao exercício efetivo da autonomia privada.

Na medida em que, normalmente, o acesso aos lineares de visibilidade privilegiada não integra, as mais das vezes, o conteúdo do clausulado dos contratos de fornecimento, a regulamentação do citado DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, no que se refere à violação dos deveres gerais de conduta não protege o fornecedor aderente. A sua posição frágil está acautelada apenas pelo recurso ao princípio geral da boa fé.

Não está em causa um abuso de posição dominante porque o conjunto dos nove GGR que constituem o objeto de estudo do nosso trabalho não detêm uma posição dominante no mercado da distribuição alimentar.

Verifica-se a (forte) possibilidade de a posição do fornecedor, enquanto parte na relação com menor poder negocial, configurar uma situação de abuso de dependência económica, desde logo porque ao fornecedor são impostas condições negociais não equitativas.

A proteção conferida ao fornecedor pela LdC é reflexa ou indireta, na medida em que a questão da dificuldade de acesso aos lineares de visibilidade privilegiada não está prevista na Lei. Contudo, por via dos mecanismos de sanção ao abuso de dependência económica a posição do fornecedor poderá estar tutelada.

O quadro legal relativo às PIRC, o DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, recentemente em vigor, parece-nos o mais promissor no que toca à responsabilização da grande distribuição pelas práticas comerciais que protagoniza junto dos fornecedores.

O legislador teve em consideração o crescimento do poder negocial dos GGR e demonstrou a preocupação de acautelar a parte mais frágil. Não obstante, a questão do linear não foi expressamente encarada.

O legislador também reconheceu a importância da autorregulação. Neste âmbito, o acesso aos lineares de visibilidade privilegiada poderá vir a ser objeto de regulamentação, nomeadamente no quadro de um Código de Boas Práticas, o qual é essencial para uma maior eficiência, transparência e equilíbrio entre os GGR e os seus fornecedores.

Bibliografia

Monografias, publicações em série e documentos eletrónicos.

ANASTÁCIO, Gonçalo – Anotação ao artigo 11º. In GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013.

ANASTÁCIO, Gonçalo; SAAVEDRA, Alberto – A nova lei da concorrência: notas preliminares [Em linha].[S.l]: [201?]. [Consult. 22 Dez. 2013]. Disponível em www.oa.pt.

ASCENSÃO, José Oliveira – *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

BISHOP, Simon; WALKER, Mike – *The economics of EC competition law*. 2ª ed. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2002.

BOWLES, Roger – *Diritto e Economia*. Bologna: Il Mulino, 1985.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *CRP Anotada: Artigos 1º a 107º*. Vol I. 4ª ed rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHARLES RIVER ASSOCIATES – *Essential Facilities: the Rising Tide* [Em linha]. [S.l.]: CRA, 1997. [Consult. 2 Jan. 2014]. Disponível em www.crai.com.

COASE, R.H. – The Nature of the firm. *Economica* [Em linha]. Vol. 4, n.º 16 (1937), pp. 386-405. [Consult. 27 Mar. 2014]. Disponível em www.colorado.edu.

COELHO, José Gabriel Pinto Coelho – *O conceito de concorrência desleal*. Lisboa: FDL, 1964.

COMISSÃO EUROPEIA – *Comunicação sobre as prioridades da comissão na aplicação do art.º 82º do TCE a comportamentos de exclusão por parte de empresas em posição dominante* [Em linha]. [S.l.]: CE, 2009. [Consult. 21 Dez. 2013]. Disponível em www.eur-lex.europa.eu.

COMISSÃO EUROPEIA – *Livro Verde sobre as Práticas Comerciais Desleais na Cadeia de Abastecimento Alimentar e Não Alimentar entre as Empresas na Europa* [Em linha]. Bruxelas: CE, 2013. [Consult. 13 Nov. 2013]. Disponível em www.eur-lex.europa.eu.

COMISSÃO EUROPEIA – *Orientações relativas às restrições verticais* [Em linha]. [S.l.]: CE, 2010. [Consult. 6 Jan. 2014]. Disponível em www.eur-lex.europa.eu.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral*. Tomo I, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Mário Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes – *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 1986.

COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

COSTA, Mário Júlio Almeida – *Nótula Sobre o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais Após a Revisão do Diploma que Institui a Sua Disciplina*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1997.

DEDICATED RESEARCH - AIM-CIAA Survey on unfair commercial practices in europe [Em linha]. Bruxelas: Dedicated Research, 2011. [Consult. 16 Dez. 2013]. Disponível em www.eceuropa.eu.

Diálogo e Transparência [Em linha]. Lisboa: PARCA, 2011-2013. [Consult. 17 Dez. 2013]. Trimestral. Disponível em www.gpp.pt/parca.

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex - *The welfare consequence of the exercise of buyer power* [Em linha]. LONDON: OFT, 1998. [Consult. 27 Nov. 2013]. Disponível em www.offt.gov.uk.

ESPAÑA. Comisión Nacional de la Competencia - *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario* [Em linha]. [S.l.]: Comisión

Nacional de la Competencia, 2011. [Consult. 17 Dez. 2013]. Disponível em www.encompetencia.es.

Estatísticas do Comércio 2012 [Em linha]. Lisboa: INE, 2013-2014 . [Consult. 4 Set. 2013]. Anual. Disponível em www.ine.pt.

FLORIDA, Giorgio; CATELLI, Vitorio G. – *Diritto Antitrust: Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*. Milano: IPSOA, 2003.

HARRISON, Jeffrey L. – *Law and Economics: In a Nutshell*. St. Paul: St. Paul West Publishing, 1995.

HORSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª reimpressão da ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 2005.

JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard – *Fundamentals of Strategy*. Harlow: Prentice Hall, cop. 2009.

LOURENÇO, Ana Príncipe – *O Impacto da Lei nos Custos de Transação: Aplicação ao Agrupamento Complementar de Empresas*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2004.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa – *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*. Lisboa: Almedina (Separata da RFDUL), 1988.

MENDES, Evaristo Ferreira– *Direito da Concorrência desleal e Direito da Concorrência*. Coimbra: Almedina, 1997.

MONTEIRO, António Pinto – Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro. *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Vol. III: Dez. 1986 [Consult. 16 Out. 2014]. Disponível em www.oa.pt.

MONTEIRO, António Pinto – O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais. *Revista da Ordem dos Advogados* [Em linha]. Vol. I: Jan 2002. [Consult. 16 Out. 2014]. Disponível em www.oa.pt.

MORAIS, Luís Branco – *Uma nova figura no direito da concorrência- o abuso de dependência económica*. Lisboa: AAFDL, 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - *Portugal Reforming the state to promote growth*. Better Policies Series [Em linha]. Paris: OCDE, 2013. [Consult. 15 Nov. 2013]. Disponível em www.oecd.org.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – Anotação ao artigo 12º. In GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano – *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA, Miguel Mendes – *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de Mercados – *Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores: Relatório Preliminar* [Em linha]. Lisboa : AdC, 2009. [Consult. 3 Set. 2013]. Disponível em www.concorrencia.pt.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência – *Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores* [Em linha]. Lisboa: AdC, 2010. [Consult 2 Set. 2013]. Disponível em www.concorrencia.pt.

PORTUGAL. Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento – *Glossário* [Em linha]. [S.l.] : [s.n.], [200?], atual. 25 mar. 2014. [Consult. 2 Set. 2013]. Disponível em www.iapmei.pt.

PRATA, Ana – *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 2010.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – *Responsabilidade e Garantia em Cláusulas Contratuais Gerais*. Coimbra: Almedina, 1984.

RODRIGUES, Jorge - Buyer Power and pass-through of large retailing groups in the Portuguese food sector [Em linha]. Lisboa: AdC, 2006. [Consult. 25 Nov. 2013]. Disponível em www.concorrencia.pt.

ROSA, Valente; VARATOJO, Susana – *Imagem perceptiva da grande distribuição*, apresentação em powerpoint: APED, [201-?]. [Consult. 2 Dez. 2014]. Disponível em www.aped.pt.

ROUSSEAU, José António – *Dicionário de Distribuição*. Lisboa: AJE, 2001.

ROUSSEAU, José António – *Manual de Distribuição*. 2ª ed. Estoril: Príncípia, 2008.

SÁ, Almeno de – *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*. Coimbra: Almedina, 1999.

UNITED KINGDOM. Competition Commission – *The supply of groceries in the UK market investigation* [Em linha]. [S.l.]: Competition Commission, 2008. [Consult. 17 Dez. 2013]. Disponível em www.competition-commission.org.uk.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Trade Commission – *Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry. Selected Case Studies in Five Product Categories* [Em linha]. [S.l.]: FTC, 2003. [Consult. 5 Jan. 2014]. Disponível em www.ftc.gov.

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. I. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1982.

Números de publicações

VidaEconómica [Em linha]. 8 Nov. 2013. [Consult. 10 Fev. 2014]. Disponível em www.vidaeconomica.pt.

Jornal de Negócios [Em linha]. 25 Fev. 2014. [Consult. 10 Mar. 2014]. Disponível em www.jornaldenegocios.pt.

Jornal de Negócios [Em linha]. 26 Fev. 2014. [Consult. 10 Mar. 2014]. Disponível em www.jornaldenegocios.pt.

Marktest [Em linha]. 8 Out. 2013. [Consult. 4 Dez. 2013]. Disponível em www.marktest.com.

Marktest [Em linha]. 2 Mai. 2012. [Consult. 4 Dez. 2013]. Disponível em www.marktest.com.

Legislação

Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência.

Lei n.º 18/2003, estabelecia o anterior regime da concorrência.

Decreto-Lei n.º 18/2014, de 4 de Fevereiro, cindiu em dois departamentos governamentais distintos o Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território.

Decreto-Lei n.º 116/2013, de 21 de Dezembro, aprova o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio.

Decreto-Lei 173/2012, de 2 de Agosto, estabelece as regras aplicáveis ao exercício da atividade do comércio por grosso.

Decreto-Lei n.º 86-A/2011, de 12 de Julho, estatui que legislar sobre a sua organização e funcionamento é uma competência exclusiva do Governo.

Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, criou a AdC.

Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, relativo às cláusulas contratuais gerais.

Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, institui o ilícito de mera ordenação social e respetivo processo.

Despacho conjunto do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território n.º 15480/2011, de 10 de Novembro.

Jurisprudência nacional e comunitária

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24/05/07, Processo n.º 07A1337.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/04/06, Processo n.º 06 A818.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/01/2013, Processo n.º 1566/11.5T2OVR-A.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/05/2006, Processo n.º 8166/2005-6.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Hoffman-La Roche & co. AG contra Comissão Europeia, de 13/02/79. Proc n.º 85/76.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia United Brands Company e United Brands Continental BV contra Comissão Europeia, de 14/02/1978. Proc. n.º 27/76.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc contra Comissão Europeia, de 21/02/1973. Proc. n.º 6/72.

Normas

NP 405-1. 1994 > Referências bibliográficas – *Informação e Documentação*. Lisboa: IPQ.

NP 405-1. 1994 > Referências bibliográficas – *Informação e Documentação Parte 4: Documentos eletrónicos*. Lisboa: IPQ.