

# UMA PERSPECTIVA ECONÓMICA SOBRE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE – A DISTRIBUIÇÃO DE GELADOS DE IMPULSO A NÍVEL EUROPEU

João E. Gata e Jorge Rodrigues<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** *The entry of Mars Inc. into the European markets during the 1980's triggered the so-called 'impulse ice cream war' in Europe, notably, due to the 'cabinet exclusivity' regime imposed by Mars' dominant competitor Unilever to its brand ice cream products in several EU countries. In March 1998, the European Commission condemned on abuse of dominance Irish Unilever to the complete opening of its ice cream cabinets to its rivals. In the UK, the Department of Trade and Industry (DTI) accepted the January 2000 Competition Commission (CC) recommendations that the UK Unilever (BEW), even though being allowed to continue supply free-on-loan cabinets to retailers, could only impose the reservation of up to 50% of cabinet space for its ice creams, besides barring BEW from engaging in direct distribution of impulse ice creams. Notwithstanding the impositions laid down in both the EC and the DTI decisions, the fact that such exclusivity was considered restrictive raises several questions on the economics of cabinet exclusivity, on whether and when one should regard an ice cream cabinet network as an essential facility and on the optimal percentage of cabinet space that should be opened to rivals. Both cases also highlight the importance of a rigorous ex ante and ex post economic and/or econometric analysis on the impact of the imposed remedies over competition and consumers' welfare.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. “Guerra de gelados” ao nível europeu. 2.1 Mercado da venda a retalho de gelados de impulso. 2.1.1 Os gelados em geral e os gelados ditos de “impulso”. 2.1.2

---

<sup>1</sup> João E. Gata é director dos Gabinetes de Estudos Económicos e de Acompanhamento de Mercados (GEE/GAM) da Autoridade da Concorrência. Jorge Rodrigues é economista sénior da Autoridade da Concorrência e membro do GEE/GAM. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade dos dois autores e não reflectem necessariamente as posições e/ou a visão da Autoridade da Concorrência ou de outra qualquer instituição sobre as matérias nele discutidas.

Práticas de exclusividade e mercado relevante. 2.2 Breve resenha da “guerra de gelados” a nível europeu. 2.3 Decisão CE contra a Unilever Irlandesa, de Março de 1998. 3. Apreciação económica. 3.1. Pode a “rede” de arcas da empresa dominante ser considerada uma infra-estrutura essencial? 3.2 Balanço económico da exclusividade da arca à marca dominante. 3.3. Qual a percentagem adequada de cedência do espaço das arcas? 4. Comentários finais.

## 1. INTRODUÇÃO

Entende-se que uma empresa tem posição dominante num determinado mercado relevante se detiver um poder económico nesse mercado que lhe permita comportar-se de uma forma significativamente independente dos seus concorrentes, clientes e, em última análise, dos consumidores. A esse conceito adiciona-se o conceito de ‘abuso de posição dominante’. Ambos os conceitos, embora inexistentes em teoria microeconómica, desempenham um papel central no Direito da Concorrência.

Segundo a lei nacional da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho): *“É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”*, sendo que se entende *“que [dispõe] de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes”* (*ex vi*, respectivas, alíneas do n.º 3 do artigo 6.º desta lei).

Esta lei elenca, a título exemplificativo, dois tipos de abuso de posição dominante, a saber: (a) “[a] adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 4.º [relativo a práticas proibidas]” e (b) “[a] recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a [empresa em posição dominante] controla [...]” (*ex vi* respectivas alíneas do n.º 3 do artigo 6.º desta lei).

Ao contrário do que sucede com esta lei, a figura de “infra-estrutura essencial” não vem tipificada de forma explícita na proibição de abuso de posição dominante pelo Tratado que instituiu as Comunidades Europeias (Tratado CE)<sup>2</sup>, no seu artigo 82, embora a mesma se possa enquadrar neste artigo

2 De salientar que o Tratado CE corresponde hoje ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), tendo os seus artigos 81 e 82 sido substituídos pelos artigos 101 e 102 do TFUE respectivamente. Todavia, atento o facto de à data dos processos *infra* analisados se aplicar o então Tratado CE, referir-nos-emos por conveniência da leitura a este último

enquanto “recusa de fornecimento”. Para além de referência a práticas proibidas pelo artigo 81(1) do Tratado CE, refere o artigo 82 deste Tratado, ser “*incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste*”.

Os casos ao nível da União Europeia (UE) relativos à rede detida pela empresa dominante na distribuição de gelados de impulso poder-se-ão enquadrar nas proibições previstas pelo artigo 82 do Tratado CE, quer enquanto acordo vertical restritivo da concorrência, quer enquanto recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial.

A denominada “guerra de gelados” a nível europeu tem início na década de 1980 com a entrada da norte-americana *Mars Incorporated* (Mars<sup>3</sup>) em diversos mercados europeus na venda dos denominados “gelados de impulso” em embalagens individuais, *i.e.* porções individuais de gelados armazenados em arcas frigoríficas e servidas na altura, destinadas ao consumo imediato no local de aquisição (ponto de venda) ou na sua proximidade. Nas décadas de 1980 e de 1990, a grande maioria dos mercados europeus eram dominados por empresas do Grupo Unilever, *v.g.* os casos da *Langanese-Iglo* na Alemanha, da *HB Ice Cream Ltd* (HB) na Irlanda e da *Birds-Eye Wall Ltd* (BEW) no Reino Unido (RU)<sup>4</sup>. Para além das empresas do Grupo Unilever, operavam nestes mercados empresas dos grupos Nestlé, General Mills (gelados Häagen Dazs), bem como empresas de âmbito mais regional, específicas a cada Estado Membro. De entre os outros operadores neste sector, são de salientar a Nestlé, a General Mills (gelados Häagen Dazs) e a Mars, sendo que alguns destes grupos (*v.g.*, Unilever e Nestlé) optam por diferentes insígnias por Estado Membro.

---

3 A sede europeia da Mars, sediada em Bruxelas, foi conhecida como *Masterfoods Europe* até 2007, altura em que altera a sua designação para *Mars Europe*. A *Masterfoods* é uma empresa Australiana fundada em 1947, tendo sido adquirida pela Mars em 1967 (*v.g.*, [http://en.wikipedia.org/wiki/Mars,\\_Incorporated](http://en.wikipedia.org/wiki/Mars,_Incorporated)). A Mars é uma empresa familiar, que opera em diversos segmentos da área alimentar (*v.g.*, chocolates, gelados, produtos confeccionados), bem como em alimentos para animais domésticos (*cf.* <http://www.mars.com/global/Who-we-are.aspx>).

4 A parceria entre a Unilever e o Grupo Jerónimo Martins em Portugal detém desde há uns anos a insígnia de gelados Olá, dominante neste mercado. Para além desta insígnia, operam também em Portugal a Nestlé (gelados Camy), a Menorquina, a Frígida Olhanense (gelados Gelvi) e a Gelados Águia (*cf.* ANIGA – Associação Nacional dos Industriais de Gelados Alimentares).

A principal denúncia da Mars respeitava a prática da empresa dominante de cedência e manutenção gratuita de arcas frigoríficas aos pontos de venda (PV), sendo o espaço de armazenagem (ou cubicagem) da arca exclusivo aos produtos da sua insígnia. Atenta a natureza impulsiva da decisão de consumo daquele tipo de gelados de impulso, a acessibilidade e visibilidade das arcas e respectivos PV constituem factores importantes para a venda destes produtos. Atento, de igual modo, o espaço que cada arca ocupa em cada PV, a denúncia da Mars respeita, assim, a possibilidade daquela prática pela empresa dominante poder constituir um acordo vertical restritivo da concorrência e/ou uma recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial, a saber à rede de arcas detida pela empresa dominante. Daqui resultaria, segundo as alegações da Mars, o fecho do mercado e a respectiva consolidação da posição de líder da empresa dominante.

Este estudo pretende avaliar em que medida a prática de cedência e de manutenção gratuita de arcas frigoríficas pela empresa dominante, de cubicagem exclusiva à sua insígnia, pode consubstanciar, em termos económicos, um acordo vertical restritivo da concorrência e/ou uma recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial.

Ao nível Comunitário, assume especial relevância a jurisprudência recente estabelecida após a Decisão da Comissão Europeia (CE), de Março de 1998, de condenação da Unilever Irlandesa (HB) por infracção aos então artigos 85(1) e 86 – hoje, respectivamente, artigos 81(1) e 82 – do Tratado CE, respectivamente, por acordo vertical restritivo da concorrência e por abuso de posição dominante (individual). Esta decisão viria a ser confirmada, na sua integralidade, pelas duas instâncias jurisdicionais Comunitárias, ou seja, pelo Tribunal de Primeira Instância (TPI), em Outubro de 2003, e pelo Tribunal de Justiça Europeu, em Setembro de 2006.<sup>5</sup>

Tal decisão justifica-se pelo facto, tal como alegado pela CE, de aquela prática de exclusividade não ser justificada pelas condições de isenção por categoria, previstas no 81(3) do Tratado CE, sendo, assim, considerada como tendo como intuito: (i) o fecho do mercado e (ii) a consolidação da dominância da Unilever no mesmo.

---

<sup>5</sup> Cf. Processo CE vs. *Van den Bergh Foods Ltd* ou *HB Ice Cream Ltd* (Unilever Irlandesa), Decisão CE n.º C (1998) 292, de 11 de Março de 1998, Jornal Oficial n.º L 246, de 04.09.1998; Acórdão do TPI (Quinta Secção), de 23 de Outubro de 2003, relativo ao processo n.º T-65/98, *CE vs. Van den Bergh Foods Ltd* (ou *HB Ice Cream Ltd*); e Despacho do Tribunal de Justiça Europeu (Sexta Secção), de 28 de Setembro de 2006, relativo ao processo n.º C-552/03 P, *CE vs. Van den Bergh Foods Ltd* (ou *HB Ice Cream Ltd*).

Estas alegações de fecho de mercado e de consolidação de dominância, decorrentes da prática de exclusividade *sub judice*, são corroboradas por diversas análises económicas (*v.g.*, Robertson & Williams, 1995 e Aldred & Bamford, 2007), embora sejam, de igual forma, contraditas por outras (*v.g.*, Motta, 2004 e Ridyard, 2005).

Contudo, as argumentações, quer dos estudos em favor daquela Decisão CE, quer da própria Decisão CE, carecem de devida fundamentação económica que aquela prática de exclusividade pela empresa dominante consubstancie, de facto, uma restrição sensível da concorrência ou não preencha todos os requisitos da isenção por categoria.

Por outro lado, nada é referido na condenação da HB pela CE quanto à possibilidade da rede de arcas propriedade desta empresa poder constituir uma infra-estrutura essencial.

O conceito de “infra-estrutura essencial” consta de forma implícita (mas não explícita) da recomendação posterior da *Competition Commission*, (CC) do RU, de Janeiro de 2000, de imposição à BEW a cedência de 50% do espaço das suas arcas à concorrência, bem como o termo do seu sistema de distribuição exclusiva. Esta recomendação viria a ser implementada pelo *Department of Trade and Industry* (DTI).

A literatura económica sobre a matéria, anterior e posterior às decisões CE e da CC, não é unânime quanto, quer à eventualidade da rede de arcas propriedade da empresa dominante poder constituir uma infra-estrutura essencial, quer quanto à cessação, no todo ou em parte, da prática *sub judice* poder fomentar uma maior concorrência e contestabilidade do mercado. Acresce que, porventura, esta eventualidade estará hoje mitigada pela maior eficiência das arcas actuais, quer em termos de espaço que ocupam – hoje de forma vertical em oposição às anteriores de forma horizontal –, quer em termos de consumo energético e dos respectivos custos de manutenção.

O remanescente do estudo é organizado da seguinte forma. Começaremos por apresentar uma breve resenha da “guerra de gelados” a nível europeu, bem como da Decisão CE, de Março de 1998 (secção 2). Analisaremos, de seguida, o enquadramento económico da prática de cedência de arcas de cubagem exclusiva à insígnia dominante enquanto eventual acordo restritivo da concorrência e/ou recusa de acesso a uma eventual infra-estrutura essencial (secção 3). O estudo é concluído com alguns comentários finais, incluindo a discussão actual sobre as novas orientações da CE relativas à inclusão de cri-

térios de balanço económico na apreciação da proibição de abuso de posição dominante, consagrada no artigo 82 do Tratado CE (secção 4).

## 2. “GUERRA DE GELADOS” AO NÍVEL EUROPEU

Começaremos por uma breve apresentação das principais características dos mercados de gelados de impulso a nível europeu, que poderão suscitar questões de índole *jus-concorrencial* (subsecção 2.1). De seguida, apresenta-se uma breve resenha da denominada “guerra de gelados” ao nível europeu (subsecção 2.2) e dos principais aspectos da Decisão CE, de Março de 1998, de condenação da HB (subsecção 2.3).

### 2.1. Mercado da venda a retalho de gelados de impulso

#### 2.1.1. Os gelados em geral e os gelados ditos de “impulso”

Segundo a CE, os gelados podem ser classificados segundo a sua forma de produção e de distribuição, sendo, normalmente, feita a distinção entre o gelado do tipo artesanal e o gelado do tipo industrial. Enquanto que, em geral, o primeiro tipo é produzido, distribuído e consumido localmente em pequena escala, a produção do segundo tipo destina-se a uma distribuição em grande escala. Embora o gelado de tipo industrial seja o de maior consumo na UE, a sua importância em relação ao gelado do tipo artesanal varia consoante os Estados Membros. De igual modo se verifica que o volume de vendas de gelados de “impulso” (*vide infra*), enquanto percentagem do mercado total do gelado varia, consideravelmente, consoante os Estados Membros.<sup>6</sup>

Os gelados podem, de igual forma, ser classificados segundo o local em que são consumidos, sendo de distinguir entre:<sup>7</sup> (i) o gelado dito de “impulso”, que consiste em unidades embaladas em porções individuais destinadas ao consumo imediato no local de aquisição ou na sua proximidade; (ii) o gelado “familiar”, incluindo embalagens múltiplas de porções individuais, blocos, potes, produtos para sobremesa, *etc.*, que se destina ao consumo no lar; e (iii) o gelado para restauração, vendido por grosso e para consumo integrado nos hotéis, restaurantes e cafés.

Refere, de igual modo, a CE que as empresas do Grupo Unilever eram, em Março de 1998 (e com grande verosimilhança ainda o serão), líderes de

<sup>6</sup> Cf. Decisão CE (*cit.*, considerando 10 e 18).

<sup>7</sup> Cf. Decisão CE (*cit.*, considerando 11).

mercado em todos os Estados Membros da UE15, à excepção da Espanha, Grécia e Finlândia.<sup>8</sup>

### 2.1.2. Práticas de exclusividade e mercado relevante

O gelado de impulso em embalagens individuais (doravante, “gelados de impulso”) é, usualmente, armazenado em arcas congeladoras de “auto-serviço”. Atenta a natureza impulsiva da decisão de aquisição deste produto – reflectida pelo facto dos consumidores optarem, em geral, pelo primeiro PV – as arcas congeladoras e os respectivos PV estarão, de preferência, localizados em posições de destaque, sendo a sua acessibilidade e visibilidade factores importantes para a venda deste tipo de produtos. Acresce que os gelados de impulso são, em geral, produtos de marca, apoiados por investimentos consideráveis em publicidade e em outras actividades promocionais.<sup>9</sup>

Estas arcas eram em Março de 1998, em geral em toda a UE, fornecidas pela marca aos retalhistas mediante uma condição de exclusividade, usualmente relacionada com a obrigatoriedade da cubicagem da arca ser exclusiva aos produtos daquela marca, mas sem condicionar o retalhista na possível detenção de outras arcas congeladoras para venda de outras marcas, *i.e.* sem forçar *per se* a exclusividade do PV àquela marca. Esta prática era adoptada pelas empresas do Grupo Unilever, bem como por muitos dos seus concorrentes, tais como a Nestlé e a General Mills.

Atenta a necessidade de visibilidade de cada arca no PV, bem como o espaço que cada arca ocupa, a questão *sub judice* é, assim, de averiguar se estes acordos de distribuição entre uma empresa dominante e os PV que detêm arcas da sua marca em regime de exclusividade consubstanciam, ou não, uma infracção às regras de concorrência, enquanto abuso de posição dominante por acordo vertical restritivo da concorrência por essa empresa.

Dado que a análise tem como enfoque este tipo de acordos de distribuição sujeitos à cláusula de exclusividade do espaço da arca à marca da empresa dominante na venda de gelados de impulso, a CE define o mercado relevante como o da venda de gelados de impulso em embalagens individuais de âmbito geográfico específico a cada Estado Membro.<sup>10</sup> Todavia a definição

<sup>8</sup> Cf. Decisão CE (*cit.*, considerando 19).

<sup>9</sup> Cf. Decisão CE, (*cit.*, considerando 12).

<sup>10</sup> Cf. Decisão CE (*cit.*, considerando 138, 139 e 140).

do mercado do produto relevante tem sido criticada por não ter sido baseada numa análise económica, como seja o teste do monopolista hipotético<sup>11</sup>.

## 2.2. Breve resenha da “guerra de gelados” a nível europeu

Robertson & Williams (1995) apresentam uma resenha dos casos jusconcorrençiais a nível europeu relativos à venda de gelados de impulso, envolvendo as cláusulas de exclusividade de estabelecimento (“*outlet exclusivity*”) e exclusividade do espaço da arca congeladora à empresa detentora da marca que a forneceu (“*freezer exclusivity*”).

A denominada “guerra dos gelados” a nível europeu foi desencadeada com a entrada no mercado europeu do grupo norte-americano Mars. Na sequência de queixas à CE por parte deste grupo relativamente aos acordos de exclusividade praticados pelas empresas Schöller e Langnese-Iglo (subsidiária alemã da Unilever), em Março de 1992 a CE proibiu a imposição de exclusividade de estabelecimento, mas não de exclusividade do espaço das arcas frigoríficas, entendendo a exclusividade de estabelecimento como uma infracção ao então artigo 85(1) do Tratado CE. No entanto, mas sem a proibir, a CE veio a considerar a exclusividade do espaço das arcas frigoríficas como constituindo uma barreira à entrada no mercado de venda a retalho de gelados de impulso.<sup>12</sup>

Posteriormente, a *Monopolies and Merger Commission* do RU investigou o mercado da distribuição de gelados de impulso, tendo produzido um relatório em 1994 condenando a exclusividade de estabelecimento como sendo contrária ao “interesse público” e condenando também a exclusividade de arcas frigoríficas (entenda-se por “exclusividade da cubicagem da arca à marca”), pelo mesmo motivo mas no caso de um fornecedor que se mostrasse incapaz de satisfazer os requisitos dos retalhistas.

Mais tarde, o grupo Mars e a empresa Treats apresentaram ambas queixa ao *Office of Fair Trading* (OFT) sobre alegadas restrições verticais praticadas pela BEW na venda de gelados de impulso. Na sequência desta denúncia, a

<sup>11</sup> Vg. Motta (2004: 392-395).

<sup>12</sup> Note-se, contudo, que já em 1985, uma carta de conforto tinha sido enviada pela CE à Schöller, em resposta a uma solicitação desta última, afirmando a compatibilidade dos acordos de distribuição deste fornecedor de gelados com o Tratado CE caso a duração dos acordos não excedesse dois anos, assumindo que o acesso por outros fornecedores ao sistema de distribuição estaria assegurado (cf. Robertson & William, 1995: 2).

CC abriu uma investigação sobre a distribuição e a venda a retalho de gelados de impulso no RU.

O conseqüente relatório da CC, de Janeiro 2000<sup>13</sup>, concluiu pela existência de efeitos anti-competitivos resultantes das cláusulas de exclusividade impostas pela BEW, quer no que respeita às arcas frigoríficas, quer no que respeita ao seu sistema de distribuição directa de gelados de impulso. Estas recomendações da CC foram implementadas pelo DTI, tendo a BEW sido obrigada a pôr termo ao seu sistema de distribuição e sido autorizada a manter a cedência gratuita de arcas frigoríficas, mas retendo apenas até 50% da cubicagem das mesmas para os produtos de sua marca, podendo o retalhista alocar o restante espaço a gelados de outras marcas, bem como publicitar estas outras no exterior das arcas.

A avaliação *ex post* dos efeitos sobre o mercado resultantes da implementação destas medidas não é consensual. Se por um lado o estudo de Ridyard (2005), encomendado pela BEW,<sup>14</sup> as tenha considerado desnecessárias, outro recente estudo, da Mars (2007) tem uma opinião contrária<sup>15</sup>.

Em seguida, analisaremos o caso irlandês.

### 2.3. Decisão CE contra a Unilever Irlandesa, de Março de 1998

Em 18 de Setembro de 1991, a *Mars* apresentou uma denúncia à CE contra a HB (Unilever Irlandesa), relativamente à cedência gratuita por esta empresa de arcas frigoríficas sujeita a um regime de exclusividade da cubicagem destas

13 Cf. Relatório da CC, *The supply of impulse ice cream: A report on the supply in the UK of ice cream purchased for immediate consumption*, de 28.01.2000 ([http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/436ice.htm#full](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/436ice.htm#full)).

14 Ridyard (2005) é crítico das medidas implementadas no RU contra a BEW. Segundo este autor, a evidência *ex post* não sustenta a hipótese que a implementação daquela medida tenha alterado a estrutura de mercado, embora tenha resultado em prejuízos para os retalhistas. Este autor conclui, assim, pela inexistência de efeitos anti-competitivos decorrentes das cláusulas de exclusividade da BEW, não se justificando, assim, a implementação daquelas medidas no RU.

15 O Relatório da Mars (2007) considera que, após os compromissos introduzidos no mercado de gelados de impulso no RU, na sequência das recomendações feitas pela CC: «(i) Consumers are able to choose between multiple manufacturers' products at most outlets; (ii) Most outlets have one freezer only which contains multiple manufacturers' products; (iii) Retailers own most freezers; (iv) Independent wholesalers and distributors who supply a range of manufacturers' products, (v) Improved efficiency as freezers and distribution networks are open to all manufacturers; (vi) Market is open to competition». O mesmo Estudo revela que a quota de mercado da BEW em 2005 foi de 68%, tendo sido de 67,2% em 1998, i.e. antes das recomendações da CC e que a quota da Mars, tendo sido de 14% em 1998, foi de 11% em 2005. Tal resultado não parece encorajador. No entanto, o estudo da Mars defende que a implementação daquelas medidas contribuiu para um aumento do grau de inovação desde 2000 e para a redução dos preços de venda ao público dos gelados de impulso.

arcas aos produtos de sua marca. A Mars alegou que esta prática a impedia, de forma anticoncorrencial, de aceder aos mercados retalhistas para a venda dos seus gelados de impulso na Irlanda.

Em Março de 1998 a CE condenou a HB por infracção ao então artigo 85(1) do Tratado CE pela prática de acordo vertical restritivo da concorrência tendo, em consequência, imposto o termo imediato da prática de cedência de arcas frigoríficas sujeita àquele regime de exclusividade. Neste sentido, a CE rejeitou o pedido da HB que este regime beneficiasse das isenções por categoria previstas no então artigo 85(3) do Tratado.

Saliente-se, ainda, que a CE condenou também a HB por abuso de posição dominante pela HB – em infracção ao então artigo 86 do Tratado – pela persuasão exercida por esta sobre os retalhistas, que não possuíam uma ou mais arcas congeladoras, quer adquiridas por si próprios quer fornecidas por outro fabricante de gelados, para que estes concluíssem acordos de cedência de arcas da HB em regime de exclusividade.

De acordo com a Decisão CE as arcas da HB são fornecidas no âmbito de um contrato-tipo celebrado entre esta empresa e o retalhista. As principais disposições deste contrato são as seguintes: (i) a HB aceita colocar uma arca congeladora à disposição do retalhista, continuando a ser a sua proprietária e comprometendo-se a assegurar a sua manutenção; (ii) a arca deverá ser exclusivamente utilizada para armazenar produtos fornecidos pela HB; (iii) o acordo é passível de rescisão a qualquer momento, por qualquer uma das partes, mediante um pré-aviso de dois meses; (iv) o retalhista compromete-se a colocar a arca congeladora numa posição de destaque nas suas instalações, podendo o material publicitário da HB, mas não das suas rivais, ser afixado no cimo ou nos lados da arca.

Dos factos de maior relevância constantes desta Decisão CE sobre o mercado irlandês de gelados de impulso, são de salientar: (i) o mercado relevante foi definido como o de venda, em território irlandês, de gelados de impulso, de fabrico industrial, em embalagens individuais; (ii) a HB dispunha de uma posição dominante naquele mercado<sup>16</sup>, atentos a sua quota de mercado superar 75%, em valor e em volume, a notoriedade da sua marca e elevada popularidade da sua gama de produtos bem como o grau de integração e elevado

16 De salientar que o Tribunal da Relação Irlandês já tinha considerado que a HB detinha uma posição dominante no mercado irlandês dos gelados de impulso, embora tivesse considerado que a política de exclusividade em matéria de arcas [congeladoras] da HB não era abrangida pelos então artigos 85(1) e 86 do Tratado CE (cf. Decisão CE, *cit.*, considerando 3).

poder de mercado (internacional) da Unilever noutros mercados de gelados e de bens de consumo em geral; (iii) cerca de 83% dos PV possuíam apenas arcas fornecidas em regime de exclusividade, quer por parte da HB, quer por parte de outros fornecedores de gelados de impulso; (iv) cerca de 41% dos PV, representando cerca de 40% do mercado relevante, apenas dispunham de arcas HB; (v) aqueles acordos de exclusividade eram denunciados, em média, no fim de oito anos, sem prejuízo da sua duração contratual ser bastante limitada (inferior a 1 ano);<sup>17</sup> (vi) dos estabelecimentos inquiridos que manifestaram interesse em armazenar outras marcas para além da HB, 82% afirmaram não estarem dispostos a substituir/trocar uma das suas arcas HB por uma arca de um outro fornecedor de gelados, devido à popularidade e à posição líder da HB bem como ao contentamento com o acordo.

De notar, no entanto, que McDowell (1996) com base no modelo de Whinston (1990) avaliou os efeitos desta Decisão CE, tendo concluído que “*não teria sido racional para a Unilever [Irlandesa] tentar fechar o mercado através daquelas restrições (derivadas da exclusividade) e, por conseguinte, que a decisão da [CE] de imposição à Unilever do fim das cláusulas de exclusividade [do espaço das arcas frigoríficas] não é justificável*”<sup>18</sup>.

### 3. APRECIÇÃO ECONÓMICA

A prática de exclusividade das arcas frigoríficas à marca da empresa dominante sua sua proprietária poderá ser classificada com uma *restrição vertical*. A literatura económica é clara quanto à possibilidade de restrições verticais promoverem a eficiência económica, sem prejuízo de terem, de igual forma, efeitos anti-competitivos. Nestes termos, dificilmente uma proibição *per se*

<sup>17</sup> Cf. Acórdão do TPI (*cit.*), parágrafo 105.º. De acordo com este parágrafo: «A HB sublinha que, contrariamente à situação existente noutros Estados-Membros, onde a cláusula de exclusividade é combinada com um compromisso contratual de vários meses ou mesmo de vários anos, a situação no caso irlandês abre aos retalhistas a possibilidade, que a Comissão reconhece, de denunciar a cláusula de exclusividade com um pré-aviso muito curto, quando não quase imediatamente.». O Acórdão do TPI acrescenta, no mesmo parágrafo, que: «Um tal argumento poderia ser convincente se esta faculdade se confirmasse na prática e se os estabelecimentos ficassem, portanto, regularmente disponíveis para recém-chegados ao mercado de referência. Ora, como a Comissão demonstrou, não é este o caso, uma vez que os acordos de distribuição da HB são denunciados, em média, ao fim de oito anos. Daqui resulta que o argumento assente na possibilidade de denunciar os acordos de distribuição da HB não é convincente, uma vez que esta possibilidade não tem, na realidade, qualquer papel na diminuição do grau de compartimentação do mercado de referência.».

<sup>18</sup> Tradução nossa de “[...] it would not have been rational for Unilever to attempt to foreclose the market by means of these restrictions and therefore that the Commission was not justified in obliging Unilever to accept the changes imposed on it”.

de restrições verticais terá justificação económica, devendo ser adoptada uma análise casuística (“*rule of reason*”).

Nos casos em apreço, deverá ser feita a destrição entre exclusividade do estabelecimento e exclusividade da cubicagem das arcas frigoríficas, podendo o balanço económico diferir de forma significativa entre estas duas formas de exclusividade.

Nas suas decisões sobre os efeitos restritivos da prática de exclusividade do espaço das arcas à marca dominante, tanto a CE como a CC parecem sustentá-las com base na presunção de que aquela prática de exclusividade implica a exclusividade do PV à marca dominante. Em particular, a CE fundamenta a sua decisão com base: (i) na existência de posição dominante por parte da HB; (ii) existência de um efeito cumulativo decorrente do facto de cerca de 83% dos PV estarem, de facto, encerrados a outras marcas (estando subjacente restrições de espaço inultrapassáveis para colocação de uma arca adicional no PV); (iii) cerca de 41% de PV estarem encerrados na marca HB; e (iv) o vínculo de exclusividade ter uma duração média de 8 anos (*vide supra*).

Ora, se é claro que a HB dispunha de uma posição dominante no mercado definido como relevante, facto este que foi aliás confirmado pelo Tribunal Irlandês antes da Decisão CE (*vide supra*), já não é óbvio que a exclusividade da arca à marca dominante implique a exclusividade do PV à marca – ou mesmo que aqueles quatro factos elencados pela CE sustentem a existência deste último tipo de exclusividade –, a menos que se comprovasse que a “rede” de arcas propriedade da empresa dominante pudesse ser considerada como uma infra-estrutura essencial (subsecção 3.1). Todavia, mesmo caso se comprovasse uma tal tese, poderia mesmo neste caso vir a ser demonstrada a existência de um balanço económico positivo – *i.e.*, de ganhos de eficiência – decorrente da prática de exclusividade da arca à marca dominante (subsecção 3.2). Por fim, a pôr-se termo à exclusividade, coloca-se a questão adicional de saber qual a percentagem óptima de abertura à concorrência da cubicagem das arcas propriedade da empresa dominante (subsecção 3.3).

### 3.1. Pode a “rede” de arcas da empresa dominante ser considerada uma infra-estrutura essencial?

A denominada “doutrina sobre infra-estruturas essenciais”<sup>19</sup> afirma que uma empresa dominante em determinado mercado (relevante) poderá ser acusada

<sup>19</sup> Vários autores disputam, inclusive, a existência de uma tal doutrina (*v.g.*, Müller & Rodenhausen, 2008).

de abusar da sua posição dominante se não der acesso a essa infra-estrutura, mesmo se a concorrentes seus, numa base não discriminatória.

Sendo assim, importa, primeiramente, definir o que se entende por infra-estrutura essencial. Uma infra-estrutura essencial, detida por determinada empresa ou conjunto de empresas, é uma infra-estrutura “*bottleneck*” (de esmagamento da possibilidade de entrada) na cadeia de valor (produção/distribuição/comercialização) de um determinado mercado. Pese, embora, a não existência de uma “lista oficial” de características que permitam identificar uma determinada infra-estrutura como essencial, devemos referir que, de acordo com Bishop & Walker (2002)<sup>20</sup>, e seguindo a prática decisória da CE, podemos listar cinco condições que deverão ser cumulativamente satisfeitas: (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, de facto, um nível baixo de concorrência no mercado relevante e uma expectativa fundamentada de que o acesso por terceiros à infra-estrutura em causa aumentará, significativamente, o nível de concorrência nesse mercado; e, (v) a empresa, ou grupo de empresas, que detém a infra-estrutura em causa, concorre no mesmo mercado relevante que as outras empresas em causa.

Nos casos em análise, é pouco verosímil que a condição em (i) se verifique. De facto, não existe evidência que não seja possível ou economicamente rentável, quer à Nestlé quer à Mars, atenta, nomeadamente, a dimensão destes grupos e o seu elevado grau de integração horizontal e vertical na cadeia alimentar, replicar a rede de arcas frigoríficas que a Unilever possui nos mercados de gelados de impulso em análise.

No que concerne à alínea (ii), dever-se-á referir, desde logo o considerando 197 da Decisão CE, onde se afirma que «*Tal como foi referido acima, o avultado investimento indispensável ao fornecimento de arcas congeladoras significa que os restantes investimentos necessários são preteridos, e que a subsequente afectação de recursos pelos fornecedores poderá conduzir a uma distorção das forças concorrenciais no mercado relevante. Os concorrentes obrigados a investir tão significativamente para conseguirem uma distribuição física, particularmente ao entrarem no mercado, poderão ver-se obrigados a negligenciar outros aspectos da comercialização dos seus produtos. Esta comercialização (publicidade, promoções, etc.) é particular-*

<sup>20</sup> Vide, de igual modo, M. Motta (2004: 66-69).

*mente fundamental na fase de entrada no mercado, altura em que o investimento em arcas congeladoras é também mais significativo. Os novos participantes ou os fornecedores que pretendem expandir-se no mercado vêem assim também limitada a sua capacidade de inovar e desenvolver novos produtos, não só em seu detrimento mas também em detrimento dos consumidores, devido ao custo da obtenção ou do aumento dos níveis de distribuição.».*

Atenta a elevada notoriedade de marca da Unilever nos mercados considerados e que poderá ser estabelecido como limites ao referido na alínea (ii) relativo ao conceito de “custo razoável”, poder-se-á afirmar que, não obstante a elevada capacidade financeira – para esforços publicitários e de inovação – de grandes grupos, tais como a Nestlé e a Mars, poderá ser expectável que estes grupos se deparem com dificuldades de crescimento nos mercados em análise, que não lhes permitam desenvolver a sua actividade a “custos razoáveis”. Neste sentido e embora a devida aferição desta conclusão devesse ser objecto de uma análise mais aprofundada, poder-se-ia presumir a condição referida na alínea (ii) *supra* como verificada.

No que respeita às demais condições, poder-se-á, desde já concluir pela verificação da condição referida em (v). Em contrapartida, parece aceitável que a condição referida em (iii) não se verifica, atenta a probabilidade da abertura das arcas da Unilever à concorrência poder resultar numa remoção parcial dos gelados da marca dominante (da Unilever), pelo menos, nos curto a médio prazos. Quanto à condição referida em (iv), embora da existência de uma empresa em posição dominante se possa presumir que exista, de facto, um nível baixo de concorrência no mercado relevante a jusante, na ausência de uma análise económica e/ou econométrica rigorosa – que parece não ter existido nos casos irlandês e britânico –, não é possível concluir pela existência de uma expectativa fundamentada (e inequívoca) de que o acesso por terceiros à infra-estrutura em causa aumentaria, de forma significativa, o nível de concorrência nesse mercado<sup>21</sup>.

Em conclusão, resulta do exposto ser pouco verosímil que a rede de arcas frigoríficas exclusivas à marca da empresa dominante possa constituir uma infra-estrutura essencial.

---

21 Saliente-se, a este propósito, o referido em M. Motta (2004: 397, parágrafo 4).

### 3.2. Balanço económico da exclusividade da arca à marca dominante<sup>22</sup>

Para que exista um balanço económico positivo, deverá ser demonstrado, de forma inequívoca, que estas práticas de exclusividade não levam ao fecho do mercado, à redução dos incentivos ao investimento (*v.g.*, publicidade e inovação) e à respectiva consolidação da dominância da arguida no mercado relevante. De facto, para efeitos de apreciação *jus* concorrencial, caberia à empresa o ónus de demonstrar que a sua prática de exclusividade seria subsumível às condições de isenção por categoria, previstas no artigo 81(3) do Tratado CE, através da demonstração da existência de um balanço económico positivo.

Segundo esta norma, para que a prática de exclusividade verifique as condições de isenção por categoria, esta deverá, cumulativamente, *(i)* contribuir para melhorar a distribuição de produtos; *(ii)* reservar aos utilizadores (retalhistas e consumidores) uma parte equitativa das vantagens obtidas; *(iii)* ser indispensável para a obtenção das vantagens invocadas (*vide* para a comercialização do produto e para a redução dos custos no retalho e dos preços de venda ao consumidor final); e, *(iv)* não oferecer à empresa dominante a possibilidade de eliminar uma grande parte da concorrência no mercado relevante.

Sem prejuízo do facto deste ónus recair sobre a empresa, não resulta claro da apreciação económica dos casos em análise que os mesmos não se compaginem com o conjunto destas condições, embora a literatura económica não seja unânime quanto a esta questão. Embora alguns estudos rejeitem a existência de um balanço económico positivo (*v.g.*, Robertson & Williams, 1995, e Aldred & Bamford, 2007), outros sugerem que daquelas práticas de exclusividade podem decorrer ganhos de eficiência (*v.g.*, McDowell, 1996; Motta, 2004; e Ridyard, 2005).

Se por um lado, e tal como *supra* referido, a CE e a CC consideram nas suas decisões que atento, nomeadamente, o espaço reduzido de venda dos retalhistas com arcas frigoríficas e a dimensão destas, a exclusividade do espaço da arca a uma marca implica a exclusividade do PV a essa marca, por outro lado, e segundo Motta (2004, pp. 391-398) tal presunção, pelo menos no caso da Decisão CE, terá sido, conjuntamente com a forma *ad hoc* em que o mercado (do produto) relevante foi definido, uma das principais causas de enviesamento daquela decisão.

Enquanto que este autor defende que a apreciação dos eventuais efeitos pró- e anti-competitivos de práticas de exclusividade pode justificar a proibi-

<sup>22</sup> *V.g.*, M. Motta (2004: 391-398).

ção de cláusulas que imponham a exclusividade do PV, o mesmo sugere que a prática de exclusividade da arca deveria ser permitida atentos os seus ganhos de eficiência e o facto de à mesma estar associado um fraco, se não mesmo inexistente, efeito potencial de fecho de mercado.<sup>23</sup>

Atendendo a esta divergência de posições sobre a existência, ou não, de um balanço económico positivo, importa assim analisar cada uma das condições necessárias para uma isenção por categoria.

No que respeita à alínea (i) notemos, primeiramente, que no caso de um bem destinado ao consumo individual imediato no local de aquisição ou na sua proximidade e de fácil acessibilidade, o seu sucesso de vendas depende, de forma crucial, da existência de uma densa rede de PV cujo desenvolvimento, ao implicar elevados investimentos, depende, entre outras condições, da manutenção de um suficiente volume de vendas em cada PV. Ora, a venda de gelados de impulso sob uma condição de exclusividade das arcas frigoríficas num número suficiente de PV poderá constituir uma condição necessária para que sejam garantidos esses volumes de vendas.

No que respeita à alínea (ii), o desenvolvimento de uma densa rede de PV potencia ganhos em economias de escala e gama, que se poderão traduzir em produtos com maior diversidade, menor preço e vendidos em locais mais próximos das necessidades de consumo, para benefício dos retalhistas e dos consumidores. Por outro lado, a CE argumenta que a abertura das arcas da HB aos seus concorrentes permitiria uma maior diversidade de marcas, em benefício do consumidor final, bem como, eventualmente, menores preços em resultado da maior concorrência intermarcas.<sup>24</sup>

Todavia, este argumento da CE é apenas aplicável aos PV onde só existem arcas HB, sem que a Comissão se tenha pronunciado sobre o remanescente da malha de retalho da HB ou devidamente sustentado a por si alegada possibilidade dos PV onde existe uma arca HB poderem colocar uma arca de uma outra marca. Assim, o argumento da CE parece-nos estar enviesado pelo facto da Comissão, na sua decisão, não ter mantido a distinção entre exclusividade do PV e exclusividade da arca, o que, aliás, parece ter também ocorrido na argumentação da CC no caso BEW. Este enviesamento é tanto mais estranho perante a dimensão reduzida das arcas da Mars à data.

---

23 Em particular, M. Motta (2004: 398) defende que esta prática satisfaz, de facto, o conjunto de todas as condições de isenção por categoria, indo assim contra as conclusões da CE e da CC *supra* referidas.

24 Cf. Decisão CE (*cit.*, considerando 239).

No que concerne à alínea (iii), diversos argumentos podem defender esta tese, a saber: (a) o problema do “free-riding” relacionado com a cedência do espaço da arca, a custo zero, a marcas terceiras de pouca notoriedade junto do consumidor; (b) a promoção de entrada ineficiente no mercado; e, (c) menores incentivos para o adensamento da malha de retalho.

Ora, tal como referido *supra*, a cláusula de exclusividade das arcas à marca da empresa que as detém deve ser interpretada como a criação de um direito de propriedade que justifica um determinado investimento na produção e distribuição de gelados de impulso. Caso contrário, a rentabilidade desse investimento não estaria garantida *a priori*, pondo em causa a sua realização. Assim, caso esta empresa fosse obrigada a ceder parte do espaço das suas arcas (por si cedidas e mantidas) a outras marcas, estas últimas teriam incentivo em desinvestir neste tipo de prática, com o efeito inevitável de desencorajar a cedência e manutenção de arcas pelas empresas fornecedoras nos PV.

Mesmo que a CE tivesse concluído que a rede de arcas frigoríficas da HB cedidas sob condição de exclusividade constituía uma infra-estrutura essencial – o que não o fez, à semelhança da CC no caso BEW – dificilmente se entende que o acesso à mesma rede pelos rivais da HB pudesse ser feito de forma gratuita. Apenas se exigiria que as condições de acesso à mesma fossem transparentes, não discriminatórias e a um preço considerado razoável.

No que respeita à alínea (iv), porque parecem não estar reunidas as condições necessárias à qualificação da rede de arcas como uma “infra-estrutura essencial” (subsecção 3.1 *supra*), dificilmente se poderá alegar que da prática resulte a consolidação de dominância da empresa. Conforme referido por M. Motta (2004), “não existe qualquer evidência que a exclusividade da arca à marca dominante implique o fecho de mercado, no sentido em que diversos retalhistas teriam espaço para uma arca adicional – eventualmente de menor dimensão [tal como as da Mars, por exemplo] – caso a respectiva marca fosse fortemente valorizada pelo consumidor”.<sup>25</sup>

As *supra* expostas divergências de argumentação sublinham a importância de uma análise económica (e/ou econométrica), suficientemente rigorosa, que possa responder às seguintes questões no contexto dos casos em apreço: (i) em que condições a existência de exclusividade da arca à marca dominante implica a exclusividade do respectivo PV a essa marca; (ii) em que condições pode uma rede de arcas em regime de exclusividade constituir uma infra-

<sup>25</sup> cf. M. Motta (2004: 397, 4.º parágrafo).

estrutura essencial; e (iii) caso constitua uma infra-estrutura essencial, em que condições se deve permitir o acesso de terceiros à mesma, incluindo uma possível tarifa de acesso, e qual a percentagem óptima de cubicagem a ceder aos rivais. Ora, não se nos afigura de todo claro que as decisões da CE e da CC de abertura das arcas da empresa dominante, respectivamente, total e a 50%, tenham sido sustentadas com base no tipo de análise *supra* referida que permitisse responder rigorosamente às três questões acima referidas.

De igual modo, as análises de Ridyard (2005) e da Mars (2007), relativas à avaliação *ex post* do impacto da medida imposta pelo DTI de abertura de 50% das arcas da BEW no RU, enfermam das mesmas limitações. De facto, parece carecer de fundamentação a conclusão da Mars de que aquela medida proporcionou ganhos de eficiência, tal como reflectidos pelo aumento dos investimentos em inovação e a queda dos preços de venda ao público dos gelados de impulso, observados no período 2000-2006. Não é linear que estes factos não provenham de outros factores que afectem o comportamento dos consumidores e/ou da concorrência, tais como eventuais alterações ao nível de outros segmentos de gelados, designadamente, os vendidos em embalagens múltiplas e/ou de consumo para o lar.<sup>26</sup> Por seu turno, a análise de Ridyard (2005), aplicada ao mesmo mercado mas no período 2000-2004, conclui, em oposição à análise da Mars, pela redução da procura e um aumento dos preços de venda ao público sem, todavia, se ter questionado quanto à possibilidade de tais resultados não provirem de outros factos que não da alteração do regime de exclusividade da BEW.

Todavia, de ambas estas análises resulta uma ilação comum, a saber que, após o termo parcial da exclusividade das arcas BEW a esta insígnia, esta empresa viu a sua quota aumentar na venda de gelados de impulso no RU em detrimento das demais insígnias, incluindo da própria Mars. Se tal resultado pode provir de um eventual maior esforço de inovação da BEW do que no passado – favorável ao mercado e aos consumidores – o mesmo coloca sérias dúvidas quanto à devida sustentação das anteriores decisões da CE contra a HB e da CC contra a BEW de que a prática de exclusividade das arcas à

---

<sup>26</sup> No início do processo CE contra a HB, os gelados em de consumo para o lar já representavam a maior percentagem do consumo global de gelados de impulso na UE15, repartindo-se este último, em milhões de litros, da seguinte forma: 131,8 milhões (30,0%) em embalagens individuais, 26 milhões (6,0%) em embalagens múltiplas, 212 milhões (48,2%) em gelados de consumo para o lar e 69,6 milhões (15,8%) para restauração (v.g., M. Motta, 2004: 391).

marca dominante é restritiva da concorrência porquanto instiga o fecho do mercado e a respectiva consolidação de dominância das empresas em causa.

### 3.3. Qual a percentagem adequada de cedência do espaço das arcas?

Sem recurso a uma modelização económica e/ou econométrica, averigua-se difícil avaliar, *a priori*, qual a percentagem óptima de cedência da cubicagem das arcas propriedade da empresa dominante (*v.g.*, respectivamente, 100% e 50% nos casos da HB e BEW). De facto, esta análise económica poderia permitir a avaliação de como o *status quo* (exclusividade) se compara com os cenários contrafactuais (de não exclusividade parcial ou total) no que diz respeito ao fecho de mercado, à consolidação da posição dominante da empresa em causa e, em última análise, ao grau de concorrência no mercado relevante e ao nível de bem-estar do consumidor.

Em particular, uma baixa percentagem de cedência da cubicagem das arcas será, em princípio, suficiente para marcas com uma gama limitada de gelados, como a Mars, mas não para outras marcas de gama de gelados mais diversificada, como a Nestlé. Por outro lado, uma baixa percentagem de abertura mitiga o problema do “*free riding*” subjacente à utilização por marcas terceiras de um espaço cedido e mantido pela marca dominante. Em particular, refere Ridyard (2005) que a medida imposta à BEW de cedência de 50% do volume das suas arcas à concorrência levou ao termo da cedência e manutenção gratuita de arcas por aquela empresa a retalhistas. Na determinação do grau de abertura da cubicagem das arcas, deverão ser tomados em consideração, quer o grau de rotatividade dos produtos das diferentes marcas, quer o grau de inovação por marca que poderá resultar de diferentes graus de abertura dessa cubicagem. Em particular, um maior grau de abertura poderá implicar custos acrescidos de distribuição para a empresa dominante bem como aumentar os seus incentivos à inovação, com consequências opostas ao nível do bem-estar do consumidor.

Por último, este tipo de análise económica permitiria averiguar se a cedência da totalidade do espaço das arcas propriedade da empresa dominante a marcas terceiras, tal como a imposta pela CE à HB, na Irlanda, não terá sido excessiva, mesmo considerando que a rede destas arcas constituía uma infraestrutura essencial (*vide supra*).<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Acresce que nos termos das leis nacional e Comunitária da concorrência, atento o efeito cumulativo daquela prática respeitar todas as empresas do sector, não é linear do ponto de vista jurídico que a imposição da CE à Unilever de cessação daquela prática, enquanto acordo vertical restritivo da concorrência não devesse, de igual modo, ter abrangido outras empresas do sector que não recaíssem no critério de

No entanto, devido à própria dinâmica dos mercados e à complexidade do funcionamento destes, seria desejável que este tipo de análise fosse, de igual modo, realizada *ex post* para avaliação do impacto das medidas propostas relativamente à manutenção do *status quo*, eventualmente complementada por um exercício de acompanhamento do impacto daquelas medidas.

#### 4. COMENTÁRIOS FINAIS

Os acordos entre a Unilever e os vários retalhistas a quem é cedida, a título gratuito e sem custos de manutenção, uma arca frigorífica para armazenamento de gelados de impulso em regime de exclusividade à marca da Unilever são, para efeitos do artigo 81(1) do Tratado CE, “acordos entre empresas”.

Têm estes acordos por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado relevante em causa?

Se por um lado a notoriedade das marcas de gelados de impulso da Unilever nos países onde esta é dominante, a elevada quota desta empresa no mercado relevante, a densa malha de retalho das suas arcas por si cedidas e mantidas gratuitamente, mas em regime de exclusividade, à maioria dos retalhistas no mercado, podem dificultar a entrada e/ou expansão de fornecedores alternativos, há que notar a capacidade financeira de muitos destes – tais como da Nestlé e da Mars –, empresas de dimensão internacional, implantadas em diversos países europeus, bem como a notoriedade das suas marcas, nos gelados e noutros bens de consumo em geral.

Há, de igual modo, que evitar defender não a concorrência neste mercado mas os fornecedores concorrentes da Unilever. Em particular, existe um risco de uma eventual abertura das arcas frigoríficas da Unilever proporcionarem um “*free riding*” a empresas da dimensão da Nestlé ou da Mars, com eventuais consequências negativas no que respeita ao volume de gelados vendidos e à gama de gelados oferecidos aos consumidores finais pela extensa rede de retalhistas existente nos mercados em causa.

Por outro lado, alguns estudos posteriores às decisões da CE (contra a HB na Irlanda) e do DTI (contra a BEW no RU) relativos a uma avaliação *ex post* dos compromissos impostos à BEW, nomeadamente, no que respeita à sua política de exclusividade do espaço das arcas, concluem pela ausên-

---

*minimis* (ex vi Comunicação CE relativa “Orientações relativas às restrições verticais”, Jornal Oficial n.º C 291/01, de 13.10.2000).

cia de efeitos positivos sobre o mercado, quer ao nível da concorrência, quer em termos de bem-estar dos consumidores, em clara oposição ao alegado por aquelas decisões. Em particular, embora as análises da Mars (2007) e de Ridyard (2005) concluam, respectivamente, em favor e contra a medida do DTI, ambas revelam que, após o termo parcial da exclusividade das arcas BEW a esta insígnia, esta empresa viu a sua quota de mercado aumentar em detrimento das demais insígnias, incluindo da própria Mars. Se tal resultado pode provir de um eventual maior esforço de inovação da BEW do que no passado – favorável ao mercado e aos consumidores – o mesmo coloca sérias dúvidas quanto à devida sustentação das referidas decisões da CE e do DTI de que a prática de exclusividade das arcas à marca da empresa dominante é restritiva da concorrência porquanto instiga o fecho do mercado e consolida a dominância da empresa em causa.

Nestes termos, apenas uma análise económica (e/ou econométrica) rigorosa, *ex ante* e/ou *ex post*, pode permitir devidamente aferir, *ex ante*, se a referida prática de exclusividade pela empresa dominante consubstancia, de facto, uma infracção à legislação da concorrência enquanto abuso de posição dominante (*i.e.*, enquanto acordo vertical restritivo da concorrência por uma empresa em posição dominante) ou após condenação por uma tal infracção, para uma reavaliação *ex post* dos efeitos da cessação, na integra ou em parte, da prática de exclusividade sobre o mercado em causa.

Talvez em parte por este motivo esteja ora em discussão a eventual introdução de critérios de balanço económico no actual pacote de modernização das regras de aplicação do artigo 82 do Tratado CE. Aguardamos, com expectativa, que este pacote de modernização consagre a importância de análises económicas *ex ante* e *ex post*, mantendo um saudável cepticismo quanto à capacidade de previsão da ciência económica em geral. Como, aliás, é o caso da própria apreciação jurídica.

## BIBLIOGRAFIA

ALDRED & BAMFORD

2007 «Impulse Ice Cream – Frozen in Time», in *European Competition Law Review*, vol. 3, pp. 145-147.

BISHOP, Simon & WALKER, Mike

2002 *The Economics of EC Competition Law*, 2<sup>nd</sup> ed., London: Sweet & Maxwell.

MARS INC.

2007 “WHH Impulse Ice Cream Market in the European Union: Paper for the European Commission” (versão não confidencial), Relatório preparado pela empresa Mars Inc. para a CE, datado de 17.09.2007.

McDOWELL, Moore

1996 «An Ice Cream War: Bundling, Tying, and Foreclosure», in *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 197-220.

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, 1<sup>st</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press.

MÜLLER, Ulf & RODENHAUSEN, Anselm

2008 «The Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine», in *European Competition Law Review*, vol. 5, pp. 310-329.

RIDYARD, Derek

2005 «With the Benefit of Hindsight – the 2000 UK Impulse Ice Cream Investigation», in *European Competition Law Review*, vol. 10, pp. 533-537.

ROBERTSON, Aidan & WILLIAMS, Mark

1995 «An Ice Cream War: the Law and Economics of Freezer Exclusivity: Part 1», in *European Competition Law Review*, vol. 16, n.º 1, pp. 7-20.

WHINSTON, Michael D.

1990 «Tying, Foreclosure and Exclusion», in *American Economic Review*, vol. 80, n.º 4, pp. 837-859.