

Algumas notas sobre o contrato de distribuição seletiva

SÓNIA
DE CARVALHO*

Introdução

Os contratos de agência, de concessão comercial e de franquia, ao longo dos anos, têm ofuscado o contrato de distribuição seletiva, o qual, por isso, tem suscitado pouco interesse na doutrina e jurisprudência.

No Direito da Concorrência da União Europeia, pelo contrário, esta figura contratual tem assumido um amplo destaque, sendo, inclusivamente, alicerce contratual de um sistema autónomo de distribuição.

Em homenagem à relevância deste contrato no ordenamento jus-concorrencial da União Europeia, entendemos ser pertinente proceder à sua caracterização jurídica e consequente delimitação de outras figuras afins, problematizando, quer na perspectiva de direito europeu, quer de direito nacional, alguns aspetos do regime jurídico aplicável a este contrato.

* Professora auxiliar convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Universitário da Maia. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. Advogada

É com muito gosto que nos associamos a esta homenagem ao Senhor Juiz-Conselheiro Araújo Barros, jurista brilhante, que marcou, de forma indelével, o Direito, a Jurisprudência e o curso de Solicitoria no ISMAI.

I. Noção e conteúdo do contrato de distribuição seletiva

O contrato de distribuição seletiva, a par dos contratos de agência, de concessão comercial e de franquia, também é um instrumento jurídico utilizado pelo produtor para a distribuição dos bens.¹

O produtor constrói, apoiado neste contrato, um sistema de distribuição, no qual os produtos são comercializados exclusivamente através de revendedores que respondam a determinados parâmetros de competência profissional, qualidade de serviço e prestígio do ponto de venda fixados pelo produtor.²

¹ O produtor pretende, com este sistema, que os produtos cheguem ao consumidor final através de revendedores selecionados, sendo, por isso, normalmente, celebrado entre o produtor e o retalhista, de forma a criar uma rede de pontos de venda. No entanto, nos casos em que não há uma venda direta, ou seja, entre o produtor e o retalhista, existindo a intermediação pelo grossista ou importador, impõe-se a celebração deste contrato com estes intermediários, de forma que também recaia sobre estes a obrigação de não vender produtos a retalhistas estranhos à rede. Foi o que se verificou na rede da SABA, no caso Metro I, Ac. do TJ de 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão*, Proc. 26/76, Colect. 1977, p. 01875, pontos 8, pp. 23 e 26. Cfr. Didier Ferrier, *Il contratto di distribuzione nel diritto francese*, CI/Eu, Anno I, n.º 1, 1996, p. 227, *idem*, *Droit de la distribution*, 4.ª ed, Lexis Nexis – Litec, Paris, 2006, p. 262, Bortolotti, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, CI/Eu, Anno I, n.º 1, 1996, p. 129. Em algumas situações poderão ser os grossistas ou importadores a selecionar os retalhistas dentro do seu território. Um exemplo deste tipo de organização de rede de distribuição seletiva é o da Grundig, descrito na decisão 85/404/CEE da Comissão de 10.07.1985, publicada no JO L 233, de 30/8, pp. 1 e ss, como dá nota Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., p. 262, n.18.

² Nesse sentido, cfr. Bortolotti, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto*, cit., p. 127. Paolo Cesarini, *Les systèmes de distribution selective en droit communautaire de la concurrence*, Revue du Marché Unique Européen, 1992, n.º 2, p. 81.

A legislação da União Europeia não apresenta uma definição para este contrato, mas para o sistema de distribuição seletiva que este alicerça, correspondendo, nos termos do art. 1.º, al. e) do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20.04.2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, 23/04/2010, p. 5, doravante Regulamento n.º 330/2010, a "um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores selecionados com base em critérios especificados e em que estes distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema". O que apresenta diferenças relativamente à abordagem deste sistema, em comparação com a noção propugnada na al. d) do art. 1.º do Regulamento n.º 2790/1999, que considerava estar

Entre o produtor e os revendedores selecionados é, assim, celebrado um contrato-quadro, através do qual as partes se vinculam a um feixe de direitos e obrigações destinados a permitir a integração do revendedor

em causa "um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores selecionados com base em critérios especificados e em que esses distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a negociantes não autorizados" ao colocar ênfase no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema. Esta referência ao território reservado para o sistema de distribuição seletiva que vai estar presente na redação do art. 4.º, al. b), iii) do Regulamento n.º 330/2010 até aí ausente do art. 4.º, al. b) do Regulamento n.º 2790/1999, tem sido entendida como uma forma de evitar que os fornecedores usem um sistema de distribuição seletiva num Estado-membro e outros sistemas de distribuição noutros Estados-membros. Nesse sentido, Gianni De Stefano, *The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions*, E.C.L.R. Issue 12 (2010), p. 489.

O Regulamento (CE) n.º 1400/2002 da Comissão de 31 de julho de 2002 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor automóvel, JO n.º L 203 de 01/08/2002 p. 0030-0041, doravante Regulamento n.º 1400/2002, também propõe no art. 1.º, al. f), uma definição de sistema de distribuição seletiva, mas bastante mais complexa, reflexo do objeto específico deste Regulamento, o setor da distribuição automóvel, definindo-o como "o sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores ou oficinas de reparação selecionadas com base em critérios específicos e em que estes distribuidores ou oficinas de reparação se comprometem a não vender esses bens ou serviços a distribuidores ou a oficinas de reparação independentes não autorizadas, sem prejuízo da possibilidade de vender peças sobressalentes a oficinas de reparação independentes ou da obrigação de fornecer a operadores independentes todas as informações técnicas, equipamento de diagnóstico, ferramentas e formação necessários para a reparação e manutenção de veículos a motor ou para a aplicação de medidas de proteção ambiental", distinguindo nas als. g) e h) a distribuição seletiva quantitativa da qualitativa.

Atualmente, o Regulamento (UE) n.º 461/2010 de 27 de maio de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis, relativamente aos acordos verticais relativos à compra, venda ou revenda de veículos a motor novos, JO L 129 de 28.5.2010, p. 52, doravante Regulamento n.º 461/2010, adotou no art. 1.º, 1, al i) uma definição mais simples, idêntica à constante do Regulamento n.º 330/2010. Sobre os Regulamentos 2790/1999 e 1400/2002, cfr. António Scognamiglio, *Esiste una reale possibilità di scelta tra sistema esclusivo e sistema selettivo?* CIEU, 2003, I, pp. 163 e ss, Velia Maria Leone, *Accordi di distribuzione esclusiva e selettiva di autoveicoli: il nuovo regolamento*, CIEU, I, 1996, I, pp. 348 e ss, Didier Fernier, *Droit de la distribution*, cit., p. 262, Góriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, pp. 31-32. Sobre os Regulamentos n.ºs 330/2010 e 461/2010, cfr. Joanna Goyder, *EU distribution law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 144-145, 167 e ss, Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 4.ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 690, 695 e ss.

na rede de distribuição seletiva e a sua sujeição à política comercial do produtor.³

Neste conjunto de direitos e obrigações, assume especial importância a obrigação assumida pelo produtor de fornecer, de forma regular e periódica, ao distribuidor, produtos e acessórios, e este de adquirir os produtos, de acordo com as condições fixadas no contrato, onde se inclui o montante mínimo de compras, a fixação do preço e dos descontos em função do volume de negócios e as condições de entrega das mercadorias.

A par destas obrigações, o produtor obriga-se a não fornecer produtos aos comerciantes que estão fora da rede, recaindo sobre os distribuidores da rede a obrigação de não vender produtos aos distribuidores fora da rede.⁴

Estas obrigações de prestação de facto negativo dão origem a uma rede de distribuição fechada, na qual a comercialização dos produtos está circunscrita aos pontos de venda da rede.

A ausência destas obrigações conduziria à comercialização dos produtos para fora da rede, tomando inútil a seleção efetuada pelo produtor ou grossista e comprometendo a finalidade prosseguida pelo contrato.

³ Nesse sentido, Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, Almedina, 2002, p. 114. Sobre as obrigações recíprocas assumidas pelas partes, cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., pp. 270 e ss, Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, "Curso de Derecho Mercantil", Aurelio Menéndez Menéndez, Rodrigo Uría González (coord.), Tomo II, 2.ª ed., Civitas, Navarra, 2007, pp. 199 e ss.

O contrato de distribuição seletiva é, todavia, mais do que a seleção dos distribuidores, característica subjacente aos vários contratos de distribuição, apresentando-se com um conjunto de direitos e obrigações típicos que lhe conferem autonomia perante os demais contratos de distribuição, tendo como traço essencial o facto de o contrato impor a todos os seus membros a seleção efetuada, atendendo a que, quer o produtor quer os comerciantes, apenas podem vender produtos aos comerciantes que se integrem na rede, para além dos consumidores finais. Nesse sentido, cfr. Gómiz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, p. 35, ao referir a "vocación de clausura".

⁴ Neste aspeto, alguma doutrina defende que a distribuição seletiva é mais suscetível de afetar a concorrência, atendendo a que não está limitada uma área territorial, podendo excluir os distribuidores mais eficientes. Cfr., nesse sentido, Alicia Garcia Herrera, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 162-163.

A seleção dos comerciantes, subjacente à rede seletiva, mostra-se instrumental à comercialização dos produtos junto do consumidor, de acordo com os critérios técnicos e de qualidade que o produtor reputa necessários.⁵

A distribuição seletiva está normalmente associada a grandes marcas, em especial de produtos de luxo, como cosmética, relojoaria e ourivesaria ou de alta tecnicidade, na medida em que permite ao produtor controlar a distribuição, assegurar o prestígio da marca e a qualidade dos serviços, através de uma cuidadosa seleção de revendedores e de instalações comerciais adequadas, assim, salvaguardando o acesso condicionado aos produtos e protegendo os investimentos que efetuou de forma a aumentar a sua notoriedade, onde se compreende a qualidade das matérias-primas, as ações publicitárias e promocionais.

Este tipo de produtos exige igualmente serviços de pré-venda e pós-venda eficazes.⁶

⁵ Nesse sentido, Bortolotti, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, cit., p. 128. Conforme refere Stefano Bastianon, *Distribuzione selettiva e distribuzione esclusiva*, "I nuovi contratti nella prassi civile e commercial", XVI *Distribuzione*, Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon, Utet, Torino, 2004, pp. 247-248, reca sobre os distribuidores uma prestação de *non facere*, ou seja, de não vender os produtos a revendedores fora da rede. Esta limitação não é censurada pelo direito da concorrência da União Europeia, conforme resulta do art. 4.º, b) iii) do Regulamento n.º 330/2010. Cfr. Ac do TJ de 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão* (Metro I), cit., ponto 27.

⁶ Nesse sentido, Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, cit., p. 202, identifica como finalidades da distribuição seletiva a proteção da imagem de marca e a prestação de serviços, quer no momento da venda, quer no pós-venda. Cfr. num sentido próximo, Didier Ferrier, *Il contratto di distribuzione selettiva nel diritto francese*, cit., pp. 232-233.

Por regra, estão em causa produtos de elevada complexidade técnica, que podem exigir demonstração e aprendizagem no manejo numa fase inicial e, posteriormente, assistência periódica e reparação, como referem Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, cit., p. 200 e Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 113. Cfr. as decisões da Comissão sobre a marca de relógios *Junghans* de 21.12.1976 (IV/5715), JO n.º L 030 de 02.02.1977, pp. 10-17, de 5.12.1983, IV/30.668 sobre a marca de joelheria *Murat*, JO n.º L 348 de 10/12/1983, pp. 20-23, de 16/12/1991, IV/33242, a propósito da *Yves Saint Laurent*, JO L 12 de 18.1.1992, pp. 24-35 e o Ac. do TPI (TG) 12.12.1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc contra Comissão*, Proc T-88/92, Colect. 1996, p. II-1961, relativamente à marca de cosméticos *Leclerc*. Também se encontram decisões que consideram que há produtos que têm especiais exigências na distribuição, apesar de não poderem ser considerados de elevada complexidade

O facto de estarem em causa produtos que necessitam de um comércio especializado irá justificar a admissão pelo ordenamento jusconcorrencial do sistema de distribuição seletiva.⁷

técnica ou de luxo, como sucedeu com as mesas de porcelana *Villeroy & Boch* na decisão de 16.12.1985, IV/30.665 – *Villeroy & Boch*, JO L376 de 31.12.1985, pp.15-20, e as próteses dentárias *Ivoclar*, na decisão da Comissão de 27/11/1985, IV/30.846 – *Ivoclar*, JO L 369, *Jornal Oficial* L 369 de 31/12/1985, pp.1-5. No entanto, também são comercializados através deste tipo de rede de distribuição, cigarros, imprensa escrita, cerveja de pressão, em obediência a exigências de *stock*, recolha dos produtos não vendidos e às especificidades do equipamento e assistência necessários à preservação da qualidade do produto até chegar ao consumidor final, respetivamente. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., p. 266, Paolo Cesarini, *Les systèmes de distribution selective en droit communautaire de la concurrence*, cit., p. 89. Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Dalloz, Paris, 2006, p. 67, dá nota que a jurisprudência francesa considerou justificado este tipo de rede para a distribuição de *jeans* de gama alta e de produtos alimentares mais frágeis, cuja qualidade e frescura devam ser tuteladas. No entanto, a jurisprudência da União Europeia já afastou a utilização deste sistema de distribuição para relógios não reparáveis e películas fotográficas. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça considerou no Ac. de 10.12.1985, *SA ETA Fabriques d'Ébauches contra SA DK Investment*, Proc. 31/85, 1985, p. 3933, que os artigos de marca *Swatch* produzida pela *ETA Fabriques d'Ébauches* não se enquadravam no grupo de produtos que justificam as limitações na concorrência inerentes a um sistema de distribuição seletiva. A autora, *ibidem*, p. 68, rejeita esta posição da jurisprudência, alegando que a distribuição seletiva justifica-se em todos os produtos ou serviços. Paolo Cesarini, *Les systèmes de distribution selective en droit communautaire de la concurrence*, cit., p. 88, sublinha que à medida que a complexidade dos produtos diminui, também diminui a necessidade de o produtor recorrer a este sistema de distribuição.

Como refere Gómiz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., p. 35, os produtos que suscitem preocupações com os serviços de pré e pós-venda têm uma política concorrencial baseada na marca e não no preço.

⁷ Nesse sentido, Bortolotti, *I sistemi di distribuzione*, cit., pp. 143 e ss, Delli Priscoli, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Casa Editrice Giuffrè, Milano, 2002, pp. 133-135, Cartella, *Concessione di vendita*, "Dizionario del Diritto Privato", a cura di Natalino Irti, *Carnovali Diritto commerciale e industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p. 329.

A jurisprudência da União Europeia, com fundamento na *workable competition*, aceita, a partir da decisão do Acórdão do TJ de 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão* (Metro I), pontos 21 e 22, sacrificar a concorrência sobre os preços nos produtos que integrem o comércio especializado para aumentar a qualidade dos serviços pós-venda. No entanto, exige, de igual modo, que o mercado tenha um nível suficiente de concorrência *interbrand* e que o distribuidor mantenha a liberdade de vender produtos concorrentes, apenas aceitando, em casos excecionais, que a exclusividade seja considerada um elemento essencial à correta comercialização do produto, como sucedeu na decisão da Comissão, de 27.11.1985, relativa a *Ivoclar*, que só fornecia as próteses aos distribuidores da rede, aos quais reconhecia exclusividade territorial.

O
reven
comei
à apre
vos, a
aos c
do pr
cia ne
técnic
O
distrib
quer i
O
trole |
da rec
Es
do co
-deve
gação

Cfr.
pro
com
8 Nes
cit.,
A fi
mui
ou
dist
mã:
Uni
19.
9 Ne
10 Co
um

Os distribuidores selecionados comprometem-se a promover a revenda dos produtos, respeitando as instruções dadas pelo produtor na comercialização do produto, onde se inclui obedecer a regras referentes à apresentação dos produtos, às instalações, à utilização dos sinais distintivos, ao preço recomendado, assim como a prestarem a assistência técnica aos consumidores, na fase do pós-venda, de acordo com as instruções do produtor, onde se inclui a necessidade de se dotarem da competência necessária para esta atividade, assim como dos meios e instalações técnicas necessários.⁸

O produtor, em contrapartida, obriga-se a prestar assistência técnica ao distribuidor e ao seu pessoal, quer na fase da comercialização dos produtos, quer na manutenção e reparação.⁹

O distribuidor, por força do contrato, fica obrigado a suportar o controlo pelo produtor, sob pena de o contrato ser resolvido e de ser excluído da rede.¹⁰

Este direito de controlo da atividade do distribuidor, no cumprimento do contrato, reconhecido ao produtor assume os contornos de um dever, atendendo a que não é só um direito, mas igualmente uma obrigação que onera o produtor relativamente à rede e aos seus membros, já

Cfr. A admissibilidade deste sistema, no entanto, tem de ser justificada pelas características dos produtos, como resulta do Ac. do TJ de 11.12. 1980, *NV L'Oréal, Bruxelles, e SA L'Oréal, Paris, contra PVBA "De Nieuwe AMCK"*, *Hoboken*, Proc. 31/80, Colect. 1980, p. 03775, ponto 16.

⁸ Nesse sentido, Didier Ferrier, *Il contratto di distribuzione*, cit., pp. 236-237, *Droit de la distribution*, cit., pp. 270-272, Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, cit., pp. 200-202.

A fixação de um preço de revenda mínimo tem sido censurada pelo direito da concorrência, muito embora possa ser admitida, de forma indireta, quando o produtor proíba descontos ou promoções que possam pôr em causa o prestígio da marca. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., pp. 272-273. A recomendação de preço de venda e a fixação de um preço máximo de venda têm sido consideradas isentas ao abrigo do direito da concorrência da União Europeia. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais* (2010/C 130/01), JO C 130, 19.5.2010, p. 1, doravante *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 226.

⁹ Nesse sentido, Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, cit., p. 201.

¹⁰ Como dá nota Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., p. 276, a jurisprudência tem fixado um prazo de 10 anos para a exclusão do distribuidor faltoso da rede.

que a boa ou má execução do contrato por um distribuidor terá inelutavelmente reflexo na rede e nos restantes membros.¹¹

A estes direitos e obrigações, juntam-se outros referentes à publicidade, políticas promocionais, garantia dos produtos.¹²

À semelhança do que acontece com o contrato de concessão comercial, também na distribuição seletiva, o distribuidor seletivo é um comerciante independente que compra para revenda, atuando em seu nome e por conta própria.

Tal como na concessão comercial, a exclusividade a favor do distribuidor não é uma característica essencial do contrato. Com efeito, o distribuidor seletivo não beneficia de qualquer direito de exclusividade, estando sujeito à concorrência de outro revendedor seletivo da mesma marca.¹³ Também nada obsta que o revendedor comercialize outros bens concorrentes.

A seleção de revendedores admitidos a fazer parte da rede poderá ser efetuada segundo critérios mais ou menos severos, entre os quais se compreendem as seguintes modalidades:

- a) Seleção qualitativa baseada em critérios puramente objetivos, também designada por distribuição seletiva simples. Esta forma de seleção implica uma escolha dos revendedores segundo critérios puramente qualitativos, atendendo à sua qualificação profissional e à do seu pessoal para comercializarem os produtos nas melhores condições e prestarem serviços pós-venda, ao potencial de clientela, à qualidade das instalações, à localização, pressupondo que o produtor

¹¹ Didier Ferrier, *Il contratto di distribuzione*, cit., p. 238. Em certos casos poderá ainda afetar mais os restantes membros do que o produtor, por exemplo, quando o distribuidor faltoso vende produtos a um distribuidor não selecionado colocado numa zona de potencial clientela. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., p. 275.

¹² Alonso Soto, *Los contratos de distribución*, cit., p. 202.

¹³ Nesse sentido, Philippe Toumeau, *Les contrats de concession*, Litec, Paris, 2003, p. 9, Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 113, Lucia Delogu, *La distribuzione selettiva al vaglio dei giudice italiani*, CI/EU, 1996, p. 188. Apenas é reconhecida a obrigação assumida pelo produtor de fornecer produtos exclusivamente aos membros da rede. Nesse sentido, Marie-Malaurie Vidal, *Droit de la distribution*, cit. p. 68, sustenta a existência de exclusividade de facto a favor do distribuidor.

pretenda admitir na rede todos os comerciantes que reúnam estes requisitos.¹⁴

- b) Seleção qualitativa com previsão de posteriores obrigações do revendedor. Trata-se uma modalidade em que aos critérios de qualificação objetiva são adicionados outros critérios relativos à disponibilidade do revendedor a assumir determinado tipo de obrigações comerciais. Ao produtor não basta que o revendedor tenha determinado tipo de qualificação profissional, é necessário que ele também assuma um determinado conjunto de obrigações, entre as quais a compra de um valor mínimo de produtos, regras referentes à apresentação dos produtos, manutenção de um determinado stock de produto, fixação de um montante mínimo de vendas, etc.¹⁵

¹⁴ Este é o primeiro nível de integração identificado por Pigassou, *La distribution intégrée*, RTD-Com, 1980, p. 485, em que a seleção assenta em critérios gerais de qualificação técnica ou comercial referentes à profissão ou ao setor em que o distribuidor se insere. A seleção qualitativa assenta em critérios objetivos que se mostrem necessários à comercialização dos produtos é normalmente considerada lícita, uma vez que, apesar de criar uma restrição na concorrência, os ganhos de eficiência excedem os prejuízos infligidos na concorrência. Cfr. Acórdão do TJ de 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão* (Metro I) e o de 28.10.1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão*, Proc107/82, Colect 1983, p. 03151. É, no entanto, exigido que os critérios sejam duplamente objetivos, ou seja, em primeiro lugar, têm de ser especificados os critérios qualitativos que são importantes para um determinado comércio e, em segundo lugar, estes não podem ser aplicados discriminatoriamente. Cfr. Korah/Rothnie, *Exclusive distribution and the competition EEC rules, Regulation 1983/83 & 1984/83*, Sweet & Maxwell, London, 1992, p. 259. Há determinados critérios que têm sido condenados, nomeadamente, a localização central do ponto de venda quando esta se mostra irrelevante à distribuição dos produtos, a existência de vitrinas exteriores para a venda de produtos de perfumaria ou a qualidade das instalações quando estão em causa produtos banais. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., p. 268. As exigências objetivas têm de se mostrar proporcionais e adequadas à comercialização dos produtos, sendo consideradas ilícitas quando excedem as necessidades da comercialização normal e melhorada do produto. Sobre esta modalidade, cfr. Korah, Rothnie, *Exclusive distribution*, cit., pp. 255 e ss.

¹⁵ Estes requisitos são inseridos pela doutrina na categoria dos critérios qualitativos subjetivos. Cfr. Bortolotti, *I sistemi di distribuzione selettiva*, cit., p. 155.

Este é o segundo grau identificado por Pigassou, *La distribution intégrée*, cit., p. 485, em que a par dos critérios de qualificação comercial e técnica é exigido o cumprimento de certas obrigações referentes às quantidades mínimas de produtos a adquirir e a vender pelo distribuidor e à atividade promocional. A fixação de quantidades mínimas de compras, de stock e variedade dos produtos comercializados exige, para ser válida, para além da razoabilidade, que o distribuidor

Através da seleção com base em critérios qualitativos, acompanhada de obrigações posteriores, é possível restringir os revendedores a admitir na rede de distribuição.¹⁶

O produtor, através da construção de uma rede de distribuição seletiva fechada, pretende que os seus produtos cheguem ao consumidor exclusivamente pelos revendedores que, cumprindo os critérios e assumindo as obrigações impostas pelo produtor, integram esse canal de distribuição, assim assegurando a qualidade e o prestígio dos produtos.¹⁷

A par desta modalidade, surge a seleção quantitativa, através da qual o produtor opta por limitar o número de revendedores em determinado território, sem exigir determinadas qualificações, tendo como principal instrumento o reconhecimento de exclusividade sobre determinado território em favor dos revendedores selecionados.¹⁸

possa adquirir os produtos a qualquer membro da rede e que este não esteja sujeito a limites no fornecimento de outros membros. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., 267. Têm sido sancionadas pelo direito da concorrência europeu as obrigações referentes à fixação de um preço mínimo de venda, às limitações territoriais na comercialização dos produtos e prospeção de clientela e à comercialização de marcas de fornecedores concorrentes, assim como à limitação do direito do distribuidor de vender a outros distribuidores, dentro da rede de distribuição, muito embora seja admitido que o grossista não possa vender a consumidores finais, clientes dos retalhistas. Cfr. als. b) e d) do art. 4.º e al. c) do art. 5.º do Regulamento n.º 330/2010. A Comissão tem sido favorável às restrições de comercialização entre distribuidores situados dentro e fora da UE, considerando que estas não são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, o que tem merecido críticas da doutrina. Cfr. Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., pp. 272-273. Também sobre os problemas levantados por esta modalidade no direito da concorrência da União Europeia, cfr. Korah/Rothnie, *Exclusive distribution*, cit., pp. 263 e ss.

¹⁶ Razão pela qual cai dentro da alçada da proibição prevista no art. 101.º do TFUE, sendo exigida a concessão de isenção pela Comissão, a qual era dada com alguma facilidade, desde que se mostrasse adequada às exigências de comercialização dos produtos. Cfr. Bortolotti, *Il sistema di distribuzione selettiva*, cit., p. 140.

¹⁷ Nesse sentido, Bortolotti, *Il sistema di distribuzione selettiva nel diritto antitrust*, cit., p. 128.

¹⁸ Este é o terceiro nível de integração referido por Pigassou, *La distribución intégrée*, cit., p. 485, em que são estabelecidas limitações ao número de distribuidores do produtor. Esta limitação também pode ser obtida através da fixação de um número considerado ótimo em determinado território ou quando numa aparente seleção qualitativa objetiva o critério usado envolve um número determinado de sujeitos, como sucedeu no caso da Vichy quando esta exigia um farmacêutico nos seus pontos de venda. Cfr. Bortolotti, *Il sistema di distribuzione*

Esta limitação quantitativa dos distribuidores tem sido justificada com a proteção do distribuidor do efeito boleia ou parasitismo dos restantes distribuidores nos investimentos efetuados; para garantir uma margem, por via da manutenção do preço, resultante da diminuição de concorrência intra-marca que assegure um retorno dos referidos investimentos ou funcione como contrapartida para o distribuidor aceitar as obrigações decorrentes do contrato ou ainda especificidades exigidas pelo produto.¹⁹

Este elemento quantitativo atinente à exclusividade territorial surge amiúde combinado com elementos qualitativos, levantando problemas de licitude ao abrigo do ordenamento jusconcorrencial europeu.²⁰

Já é uma questão distinta a inserção de uma cláusula de localização, no sentido de o distribuidor não poder alterar a localização do estabelecimento sem o conhecimento do produtor, com o intuito de proteger o

selettiva nel diritto, cit., p. 140, Paolo Cesarini *Les systèmes de distribution selective en droit communautaire de la concurrence*, cit., p. 91.

Sobre a distribuição quantitativa e qualitativa, cfr. Schricker, *Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen*, GRUR, 1976, pp. 525 e ss.

¹⁹ Cfr. Maria Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 129, onde se podem colher decisões dos tribunais franceses e da Comissão nesse sentido.

²⁰ Cfr., nesse sentido, Korah, Rothnie, *Exclusive distribution*, cit., pp. 259-261. Na jurisprudência, cfr. Ac. de 28.10.1983, *AEG Telefunken contra Comissão*, cit. No entanto, a Comissão em decisões como a *Junghans*, de 21/12/1976, considerou que esta restrição não configurava um critério quantitativo, mantendo-se um sistema de distribuição seletiva simples. Também na decisão da Comissão de 27/11/1985 referente à Ivoclar foi concedida excepcionalmente isenção, apesar de o sistema de distribuição estar alicerçado em critérios quantitativos, dada a exclusividade territorial atribuída aos distribuidores da rede.

A combinação da distribuição exclusiva ou da atribuição exclusiva com a distribuição seletiva só é isenta pelo Regulamento de Isenção por Categoria se as vendas ativas noutros territórios a utilizadores finais não forem restringidas, sob pena de ser considerada uma restrição grave. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 161.

Atualmente, a distribuição seletiva qualitativa e quantitativa é objeto da isenção do Regulamento de Isenção por Categoria desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem, cada uma delas, 30%, mesmo que combinadas com outras restrições verticais não graves, tais como uma obrigação de não concorrência ou a distribuição exclusiva, e as vendas ativas por parte de distribuidores autorizados, entre si e a utilizadores finais, não seja restringida. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, ponto 176.

distribuidor da possibilidade de outros distribuidores abrirem um estabelecimento nas proximidades.²¹

O contrato de distribuição seletiva alicerça, assim, um sistema de comercialização de produtos de marca em que o fabricante seleciona os seus revendedores em função do cumprimento de apertados requisitos, em regra de ordem qualitativa, os quais atuam em nome próprio e por conta própria, assumindo o risco da comercialização.²²

As obrigações resultantes deste contrato permitem que o distribuidor se integre na rede do produtor, que, assim, controla a comercialização dos seus produtos.

O distribuidor mantém neste contrato, no entanto, um maior nível de autonomia, porquanto apenas surge diante do público como um comerciante que atua por conta e em nome próprio, proprietário de um estabelecimento especializado nos produtos de determinada marca, mas onde podem ser encontrados produtos de outras marcas.²³

O figurino assumido pelo contrato de distribuição seletiva comporta vantagens para ambas as partes, desde logo, porque permite ao produtor a implementação da política de *marketing* que reputa adequada às necessidades de comercialização dos produtos, assim, criando uma rede que, através dos critérios qualitativos exigidos aos distribuidores, responde às exigências do comércio especializado. A distribuição torna-se mais eficiente e menos onerosa. Outra das vantagens é aumentar a concorrência entre os distribuidores na prestação de serviços promocionais e pós-venda, reduzindo a concorrência baseada apenas no preço.

²¹ Esta cláusula, como decorre da al. c) do art. 4.º do Regulamento n.º 330/2010, tem merecido a tolerância do direito da concorrência da União Europeia, desde que se mostre indispensável para proteger os investimentos específicos desenvolvidos pelo distribuidor. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 185. Cfr. Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 126.

²² A este propósito impõe-se referir que o facto de o contrato de distribuição seletiva corresponder sempre a um sistema de distribuição seletiva não significa que o sistema de distribuição só possa estar apoiado neste contrato, surgindo, frequentemente, alicerçado, no setor automóvel, no contrato de concessão comercial.

²³ Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 67.

Por outro lado, o distribuidor beneficia das sinergias derivadas da integração da rede, nomeadamente, a imagem e reputação da marca e o incremento da qualidade dos serviços de pré e pós-venda, no seguimento da política de *marketing* do produtor, com reflexo no aumento do volume de negócios.²⁴

A distribuição seletiva é, em alguns casos, por vezes, o único meio de penetrar num mercado e fazer face à concorrência de outros produtores.²⁵

II. Alguns efeitos na concorrência do contrato de distribuição seletiva

Este contrato, apesar de apresentar várias vantagens para ambas as partes, suscita, como já fomos dando nota ao longo deste artigo, algumas preocupações relativamente aos efeitos na concorrência, muito embora sejam também reconhecidos os ganhos de eficiência.

O sistema de distribuição seletiva tem, naturalmente, como efeito imediato a diminuição da concorrência intramarca. No entanto, esta diminuição pode ter por efeito aumentar a concorrência intermarcas, permitindo a entrada no mercado de novos produtos, assim beneficiando os consumidores que passam a ter mais opções ao seu alcance.

Também o aumento da concorrência entre distribuidores pela qualidade dos serviços promocionais e na assistência pós-venda tem um reflexo positivo no bem-estar dos consumidores.²⁶

No entanto, a recusa de venda a fornecedores não selecionados, inerente ao sistema de distribuição seletiva, tem suscitado algumas dúvidas, sob

²⁴ Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 65-66. Górriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., p. 28.

²⁵ Nesse sentido, Kovar, *Le consommateur, la distribution intégrée et le droit communautaire de la concurrence*, Rev Eur. Dr. Consommation, 1987, p. 263.

²⁶ Alguma doutrina refere que alguns consumidores podem estar interessados nestes serviços, aceitando o aumento dos preços que habitualmente os acompanha. Cfr. Górriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., p. 28.

ponto de vista jusconcorrencial, atendendo a que excluindo distribuidores do mercado, este sistema pode diminuir a concorrência intramarca e facilitar a colusão entre fornecedores e distribuidores.²⁷

A recusa pelo produtor de vender aos distribuidores que não possuam as características qualitativas necessárias à venda dos produtos tem sido encarada com tolerância pelo Direito da Concorrência da União Europeia e pelos vários direitos dos Estados-membros, desde que a seleção dos distribuidores esteja alicerçada em critérios objetivos de natureza qualitativa que são estabelecidos uniformemente e disponibilizados a todos os revendedores potenciais, sem discriminação, e a natureza do produto justifique esta sistema de comercialização.²⁸

A distribuição seletiva pode também conduzir a distorções na concorrência intermarcas conduzindo a práticas anticoncorrenciais, mas também pode aumentar a concorrência intramarca, melhorando a distribuição, garantindo a venda de produtos de elevado valor acrescentado e complexidade técnica em boas condições e assegurando um bom serviço pós-venda.²⁹

Nesse sentido, no que concerne à aplicação do art. 101.º do TFUE, os tribunais da União Europeia consideram que é inerente à distribuição seletiva uma restrição na concorrência, desde logo, porque restringindo os distribuidores que comercializam o produto, limita a distribuição dos produtos, referida no art. 101.º, n.º 1, al. b) do TFUE.³⁰

²⁷ Sobre os efeitos anticoncorrenciais, cfr. Stefano Bastianon, *Distribuzione selettiva e distribuzione esclusiva*, cit., p. 249, Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, cit., pp. 263-264 e as *Orientações relativas às restrições verticais*, ponto 175.

²⁸ No entanto, como alertam Korah, Rothnie, *Exclusive distribution*, cit., 255, nota 6, pode, em lugar de ser ditada pelas necessidades de comercialização dos produtos encapotar um conluio para prevenir a importação paralela e os distribuidores que atuam com margens menores.

²⁹ Cfr. Marie Malaurie-Vignat, *Droit de la distribution*, cit., p. 67. Lorenzo delli Priscoll, *Le restrizioni verticali delle concorrenze*, cit., pp. 135-136. A Comissão, nas *Orientações relativas às restrições verticais*, ponto 185, reconhece ainda a este sistema de distribuição ganhos de eficiência na prevenção do parasitismo entre os distribuidores e quando estão em causa produtos novos e produtos em que as qualidades são difíceis de apreciar quer antes do consumo (produtos de experiência), quer mesmo após o consumo (produtos de confiança).

³⁰ Cfr. Acórdão de 25.10.1983, *AEG-Telefunken/Comissão*, Proc. 107/82, Recueil, p. 3151, ponto 33.

No entanto, a jurisprudência da União Europeia tem entendido que esta pode ser justificada pela natureza específica dos produtos e pelas exigências da sua distribuição, dado que contribui para melhorar a concorrência na parte em que esta não se exerce unicamente sobre os preços, um fator de concorrência em conformidade com o art. 101.º, n.º 1 do TFUE.³¹

O Regulamento n.º 330/2010 referente ao reconhecimento de uma isenção por Categoria aos acordos de fornecimento e de distribuição traduz, de forma nítida, o balanço entre os efeitos anticoncorrenciais e os benefícios pró-competitivos, inerente ao tratamento jusconcorrencial da distribuição seletiva.

A distribuição seletiva, independentemente da natureza do produto em causa e da natureza dos critérios de selecção, beneficia da isenção de categoria.³²

Nesse sentido, a distribuição seletiva qualitativa e quantitativa está isenta, pelo Regulamento n.º 330/2010, desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassem, cada uma delas, 30%, mesmo que combinadas com outras restrições verticais não graves, tais como uma obrigação de não concorrência ou a distribuição exclusiva, desde que as

³¹ Cfr. Ac. do TJ de 25.10.1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão* (Metro I), cit., ponto 27, Ac. *AEG-Telefunken/Comissão*, já citado, ponto 33, Acórdão do TPI [TG] de 12.12.1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc contra Comissão*, Proc. T-88/92. Colect., 1996, p. II-01961, ponto 11. Nesse sentido, Lorenzo delli Priscoli, *Le restrizioni verticali delle concorrenze*, cit., p. 137, n. 39.

A recusa em contratar subjacente a este sistema é uma conduta que, para além de desafiar o art. 101.º do TFUE, pode ser reconduzida a um abuso de posição dominante proibido no art. 102.º TFUE.

Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 16.09.2008 *Sot. Lélos kai Sia EE e outros contra GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton*, anteriormente *Glaxowellcome AVEE*, Procs. apensos C-468/06 a C-478/06, Colect. 2008, p. I-07139.

Não obstante a análise da recusa em contratar extravase o âmbito deste artigo, impõe-se referir que esta conduta, pelos efeitos concorrenciais que pode produzir, para além de ser sancionada pelo direito da concorrência da União Europeia, também tem merecido a atenção das normas de direito da concorrência dos Estados-membros.

³² No entanto, sempre que as características do produto não exigirem a distribuição seletiva ou os critérios aplicados pode ser retirado o benefício de isenção. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 176.

vendas ativas por parte de distribuidores autorizados, entre si e a utilizadores finais, não seja restringida.

Apesar de serem consideradas graves, na al. b) do art. 4.º, as restrições territoriais ou de clientela impostas ao comprador ou aos seus clientes, relativamente à distribuição seletiva, é igualmente admitido, no ponto iii), que o fornecedor possa impedir o distribuidor designado num sistema de distribuição seletiva de vender, em qualquer estágio da atividade comercial, a distribuidores não autorizados situados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema.³³

É, todavia, considerada uma restrição grave, nos termos do art. 4.º, al. c) do Regulamento n.º 330/2010, a restrição de vendas ativas ou passivas a utilizadores finais, independentemente de serem utilizadores finais profissionais ou consumidores finais, no âmbito do sistema de distribuição seletiva, operando ao nível retalhista.

A Comissão pretende, com esta disposição, salvaguardar a liberdade do distribuidor para vender, de forma ativa ou passiva, a todos os utilizadores finais, inclusivamente através da Internet.

Esta alínea tem de ser articulada com *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, na qual a Comissão considera uma restrição grave, relativamente ao sistema de distribuição seletiva, a imposição de restrições às vendas ativas ou passivas com objetivos e resultados distintos dos aplicados às restantes vendas, apenas podendo ser diferentes, desde que justificadas pela natureza de cada um.³⁴

³³ Esta referência ao território reservado para o sistema de distribuição seletiva relativamente à redação do art. 4.º, al. b) do Regulamento, como o já assinalámos na nossa nota 2, pretende evitar que os fornecedores usem um sistema de distribuição seletiva num Estado-membro e outros sistemas de distribuição noutros Estados-membros.

³⁴ *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, pontos 56 e 57.

Esta ausência de correspondência entre o texto do Regulamento e as Orientações tem suscitado dúvidas quanto à força jurídica da tipificação de restrições graves, por as mesmas estarem previstas num documento que apenas tem por finalidade "ajudar as empresas a efetuarem a sua própria apreciação dos acordos verticais à luz das regras da EU em matéria de concorrência" e ao qual não é reconhecida força vinculativa. Nesse sentido, Mario Velez, *Significant changes to the block exemption on vertical restraints*, cit., p. 217.

A Comissão admite, no entanto, que o fornecedor, para impedir as vendas a distribuidores não autorizados, possa exigir que os seus distribuidores selecionados limitem as vendas a cada utilizador individual a uma determinada quantidade dos produtos contratuais, podendo ser mais exigente nas vendas *online*, se for mais fácil a aquisição pelo distribuidor não autorizado através da Internet ou no estabelecimento tradicional quando se verifica a situação inversa.³⁵

A restrição de fornecimentos cruzados entre distribuidores designados no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, independentemente de estarem em níveis distintos do processo económico, também é considerada uma restrição grave constante do artigo 4.º, alínea d), do Regulamento 330/2010.

Deste modo, a distribuição seletiva não pode ser combinada com restrições grossistas nem com limitações à aquisição, como a compra exclusiva, que forcem os distribuidores a adquirirem os produtos contratuais apenas a uma única fonte.

A possibilidade de aquisição dos produtos no interior da rede de distribuidores tem por finalidade assegurar um nível de concorrência mínimo

Cfr. a este propósito a imposição pela Pierre Fabre, nos seus acordos de distribuição seletiva, que as vendas dos produtos cosméticos e de higiene pessoal das marcas Avène, Klorane, Galénic e Ducray fossem realizadas num espaço físico cujas características eram definidas em pormenor, na presença de um licenciado em Farmácia. Cfr. Ac. do Tribunal de Justiça de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Proc. C-439/09, Colect 2011, página 00000.

³⁵ Também é aceite que as vendas *online* possam estar sujeitas a requisitos específicos relativamente aos prazos de entrega e aos serviços de assistência pós-venda, como forma de compensar os custos decorrentes da devolução do produto por parte dos clientes e da aplicação de sistemas de pagamento seguros. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 56. Ainda no âmbito das restrições às vendas *online*, a Comissão, admitindo a especial relevância para a distribuição seletiva, reconhece ao produtor a possibilidade de estabelecer normas de qualidade para a utilização do site da Internet para revender os seus bens, à semelhança do que acontece com o estabelecimento *brick and mortar*, sendo admitido que o fornecedor possa exigir que os seus distribuidores disponham de um ou mais estabelecimentos tradicionais ou de salões de exposição como condição para se tomarem membros da sua rede de distribuição. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, ponto 54.

no interior da própria marca, que quer a jurisprudência quer a Comissão reputam essencial ao processo concorrencial.³⁶

O trajeto da disciplina europeia da concorrência relativamente à distribuição seletiva traduz, igualmente, nos vários avanços e recuos, este efeito bipolar reconhecido à distribuição seletiva, nomeadamente, sempre que esta seja um obstáculo à realização de importações paralelas, matéria particularmente sensível para a União Europeia na construção do mercado interno.

Na verdade, a distribuição seletiva surge associada à importação paralela, fenómeno normalmente correspondente à venda fora dos canais de distribuição utilizados pelo produtor.³⁷

Pesem embora as vantagens inerentes à distribuição seletiva, a jurisprudência dos tribunais da União Europeia tem assumido, com algumas exceções apenas, uma posição hostil quando é alegado que este sistema de distribuição pretende prevenir as importações paralelas.³⁸

³⁶ Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, 3, pontos 56 e 57.

³⁷ A importação paralela pode ser, sucintamente, descrita como uma revenda de um produto genuíno, efetuada por um terceiro, que, por ser independente do respetivo fabricante e seus distribuidores, é muitas vezes designado *free-rider* ou *maverick*, num território diferente daquele em que o produto foi inicialmente introduzido no comércio, pelo fabricante ou por alguém com o seu consentimento.

³⁸ Nesse sentido, no Acórdão de 28.04.1998, *Javico International e Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, Proc. C-306/96, Colect. 1998, p. I-01983, o tribunal considerou que as cláusulas inseridas no contrato celebrado entre a YSL e a Javico, empresa sediada na Alemanha, segundo as quais a Javico assumia a obrigação de exportação de produtos cosméticos de luxo para um país terceiro, neste caso Rússia, Eslovénia e Ucrânia, mas obrigava-se a não reimportar e comercializar esses produtos na Comunidade, estavam sujeitas à proibição do art. 85.º do Tratado, na altura dos factos, atual art. 101.º do TFUE, apesar da isenção reconhecida ao sistema de distribuição da YSL. Nesse sentido, entendeu o tribunal que o artigo 85.º, n.º 1 do Tratado da CEE, se opunha à proibição imposta por um fornecedor estabelecido num Estado-membro da Comunidade a um distribuidor estabelecido noutra Estado-membro, ao qual confia a distribuição dos seus produtos num território situado fora da Comunidade, de proceder a qualquer venda num território diferente do território contratual, incluindo o território da Comunidade, tanto por comercialização direta como por reexportação a partir do território contratual, se tal proibição tiver por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior da Comunidade e se envolver o risco de afetar os fluxos de trocas entre os Estados-membros, nomeadamente, se estiver em causa um mercado caracterizado por uma estrutura oligopolística ou por uma diferença sensível entre os preços do produto contratual praticados no interior da União e os praticados no exterior e quando, tendo em conta a posição ocupada pelo fornecedor dos produtos em causa e o volume da produção e

das vendas nos Estados-membros, a proibição implicar um risco de influência sensível sobre os fluxos de trocas entre os Estados-membros suscetível de prejudicar a realização dos objetivos do mercado único (cfr. Acórdão de 28.04.1998, *Javico Internacional e Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, pontos 25 e 28).

Apesar de ter sido decidido que estas cláusulas não tinham por objeto, pela sua própria natureza, impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum, na aceção do artigo 85.º, n.º 1, deveria o juiz nacional verificar se elas tinham por efeito um tal resultado, tendo em conta o contexto económico e jurídico em que eles se inserem e o facto de a YSLP ter estabelecido no interior da União um sistema de distribuição seletiva que beneficiava de uma isenção. (Cfr. Acórdão de 28.04.1998, *Javico Internacional e Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, ponto 22.) Paolo Cesarini, *Les systèmes de distribution selective en droit communautaire de la concurrence*, cit., pp. 100-102. Sobre as vantagens inerentes à análise do contexto económico, cfr. Bastianon, *I profumi di lusso e la distribuzione selettiva nuovamente al vaglio del giudice comunitario*, Foro It, 1998, pp. 390 e ss, em anotação a este acórdão.

Também o TPI [TG], no Acórdão de 26.10.2000, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. T-41/96. Colect. 2000, pp. II-03383, é convocado a apreciar o impacto da política comercial da Bayer nas importações paralelas.

Neste caso, estava em causa a comercialização de uma gama de medicamentos destinada a tratar doenças cardiovasculares, sob a marca «Adalat» ou «Adalate» da Bayer.

Na maioria dos Estados-membros, o preço do Adalat é, direta ou indiretamente, fixado pelas autoridades sanitárias nacionais. De 1989 a 1993, os preços fixados pelos serviços de saúde espanhol e francês eram, em média, 40% inferiores aos aplicados no Reino Unido. Por causa destas diferenças de preços, os grossistas estabelecidos em Espanha começaram, a partir de 1989, a exportar Adalat com destino ao Reino Unido, tendo sido seguidos pelos grossistas estabelecidos em França, cerca de dois anos depois. Ora, por causa destas importações paralelas, as vendas de Adalat efetuadas pela sua filial britânica, Bayer UK, baixaram quase para metade em razão das importações paralelas, provocando assim uma perda de volume de negócios de 230 milhões de marcos alemães (DEM) para a sua filial britânica e para a Bayer uma perda de receitas de 100 milhões de DEM.

O que levou a Bayer a alterar a sua política de fornecimento e a deixar de satisfazer a totalidade das encomendas, cada vez mais importantes, feitas pelos grossistas estabelecidos em Espanha e em França às suas filiais espanhola e francesa.

Apesar de a Comissão alegar a existência de um acordo com os grossistas, de forma a ser aplicado o atual art. 101.º, o tribunal considerou que está em causa uma política unilateral destinada a reduzir as importações paralelas, no âmbito da qual a Bayer criou um sistema geral de controlo da distribuição de Adalat que lhe permitia, com base na análise das quantidades fornecidas aos grossistas durante os anos anteriores, fixar antecipadamente as quantidades que queria a fornecer a cada grossista.

A Comissão invocava o Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.12.1996, *Merck e Beecham (C-267/95 e 268/95)*, Colect., p. I-6285, para argumentar a necessidade de proteger em todas as circunstâncias as importações paralelas, argumentando que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça tinha afirmado que um controlo dos preços em certos Estados-membros não justificava nenhuma derrogação ao princípio da livre circulação de mercadorias e que a possibilidade de impedir as

A União Europeia, apesar de admitir a distribuição seletiva para certos produtos, assume perante a importação paralela uma postura complacente, com a convicção que esta facilita a integração dos mercados, um dos objetivos fundamentais da União Europeia (cfr. art. 3.º, n.º 3 do TUE e arts. 26.º e ss do TFUE).

Alguma doutrina considera que as importações paralelas tiveram um papel essencial na disciplina europeia da concorrência, enquanto forma dos consumidores terem acesso a outras formas alternativas de fornecimento dos produtos, bem como dos distribuidores se abastecerem junto dos distribuidores da marca fora do território abrangido pela exclusividade.

importações paralelas originaria um encerramento indesejável dos mercados nacionais. O que permitiu à Comissão concluir que mesmo no setor farmacêutico, as importações paralelas não podem ser entravadas nem por medidas nacionais, nem por acordos entre empresas.

O TPI [TG] relembra então que no Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.12.1996, *Merck e Beecham* estava em causa a data do termo de certas disposições transitórias constantes do Ato de adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa (artigos 47.º e 209.º do Ato de adesão) que permitiam impedir as importações paralelas de produtos farmacêuticos destes países para outras partes da Comunidade e, por outro, o regime jurídico aplicável às importações paralelas depois do termo dos períodos transitórios relevantes. Ora, como refere o TPI, o Tribunal de Justiça, neste acórdão, no ponto 47, concluiu que, embora a imposição de controlos de preços seja efetivamente um fator suscetível, em certas condições, de falsear a concorrência entre os Estados-membros, essa circunstância não pode, contudo, justificar uma derrogação ao princípio da livre circulação de mercadorias, competindo às autoridades da União tomar as medidas necessárias a obviar às distorções causadas por uma diferente regulamentação dos preços num Estado-membro, não podendo ser daqui extraída uma proibição geral de impedir as exportações paralelas que se aplicaria não só aos Estados-membros mas também, e em todos os casos, às empresas.

Nesse sentido, concluiu que a Bayer pode adotar a política de fornecimentos que considere necessária, mesmo se, pela própria natureza do seu objetivo, esta estiver orientada para entravar as importações paralelas, a introdução desta política possa comportar restrições de concorrência e afetar o comércio entre Estados-membros, desde que o faça sem abusar de uma posição dominante, na ausência de qualquer concordância de vontades com os seus grossistas (cfr. Acórdão de 26.10.2000, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, ponto 176).

No entanto, recentemente, o Tribunal de Justiça defendeu que sempre que o sistema de distribuição tem por finalidade limitar o comércio paralelo, deve, em princípio, considerar-se um acordo que tem como objetivo restringir a concorrência, Acórdão do TJ de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services e o/Comissão*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colect., p. I-9291, ponto 55.

III. O contrato de distribuição seletiva enquanto tipo contratual autónomo pertencente à categoria jurídica dos contratos de distribuição

O contrato de distribuição seletiva não se confunde com o contrato de distribuição autorizada ou *contrat d'agrèation*, no âmbito do qual a distribuição é feita através de revendedores a quem o produtor reconhece a qualidade de distribuidor oficial, habitualmente designados por revendedores autorizados, sem excluir a possibilidade, que não existe no contrato de distribuição seletiva, de os produtos poderem ser vendidos simultaneamente por outros comerciantes fora da rede, nomeadamente, através do direito que assiste aos revendedores autorizados e ao produtor de venderem os produtos a outros comerciantes.³⁹

O distribuidor surge diante do público como um distribuidor preferencial do produtor, procedendo à comercialização do produto, de acordo

³⁹ Nesse sentido, Bortoloti, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, cit., p. 128. No entanto, alguma doutrina utiliza, de forma indiscriminada, a designação distribuição seletiva e autorizada para definir o contrato. Cfr. Alonso Soto, *Los contratos de distribución comercial*, cit., pp. 199 e ss, Ignacio Moralejo Menéndez, *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 127.

Em França, há uma corrente doutrinária que não distingue estes dois contratos, utilizando a expressão *contrat d'agrèation* e de distribuição seletiva como sinónimos. Nesse sentido, Collart-Dutilleul, Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 6.^a ed., 2002, n.º 961. Philippe Le Toumeau, *Les contrats de concession*, cit., p. 7, começa por considerar que a distribuição seletiva é uma derivação do contrato de distribuição autorizada, com critérios mais exigentes e com a prossecução de uma imagem uniforme da rede, mas acaba por concluir que com o decurso do tempo se tornou impossível distinguir os dois contratos. Contra, Didier Ferrier, *Il contratto di distribuzione selettiva nel diritto francese*, cit., p. 228, e Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 69, assinalando que na distribuição autorizada o produtor não se compromete a fornecer apenas os distribuidores que integram a rede. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 85, acrescenta que na distribuição autorizada são considerados critérios territoriais e subjetivos, para além dos objetivos, o que, na nossa opinião, não chega para distinguir os dois tipos de distribuição, atendendo a que também na distribuição seletiva são considerados critérios subjetivos atinentes à aptidão do distribuidor e territoriais, presentes na cláusula de localização que, normalmente, acompanha estes contratos. Sobre o contrato de distribuição autorizada, cfr. Guyénot, *Concessionnaires et commercialisation des marques*, LJNA, Paris, 1975, pp. 14 e ss, Maria Helena Brito, *O contrato de concessão*, cit., pp. 13-15, e Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., pp. 68-69.

com as indicações do produtor, mas sem a sujeição a uma teia complexa de obrigações referentes à aquisição e à revenda dos produtos, salvaguardando a sua autonomia jurídica e independência económica, sem estar sujeito a quaisquer limitações no abastecimento e fornecimento dos produtos.⁴⁰

O menor grau de integração do distribuidor autorizado na rede justifica que os critérios de seleção sejam menos exigentes, assim como é menor o controlo pelo produtor.

A obrigação de promoção de venda dos produtos é bastante mais ténue, neste contrato, consistindo, essencialmente, numa obrigação de o distribuidor orientar a clientela para os produtos objeto do contrato.⁴¹

Alguns autores destacam como elemento distintivo o facto de este contrato não contemplar a obrigação de exclusividade de venda a cargo do produtor, nem a atribuição ao distribuidor de exclusividade de revenda dos produtos.⁴²

Discordamos desta posição, na medida em que, também no âmbito da distribuição seletiva, a concessão de exclusividade a favor do distribuidor não constitui um elemento típico, tendo este de suportar a concorrência dos outros membros da rede. Por outro lado, também não é imposta exclusividade a favor do produtor, mantendo o distribuidor liberdade para vender produtos de fornecedores concorrentes.

As obrigações de o produtor fornecer exclusivamente membros da rede e de estes não venderem os produtos a distribuidores fora da rede são um dos aspetos de distinção entre os dois contratos, atendendo a que não estão presentes na distribuição autorizada.⁴³

A distribuição autorizada, pese embora a menor integração do distribuidor, comporta vantagens para ambas as partes, permitindo, por um lado, ao produtor exercer o controlo, ainda que com menor intensidade,

⁴⁰ Guyénot, *Concessionnaires et commercialisation des marques*, cit., pp. 14-15.

⁴¹ Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 85. Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 14.

⁴² Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 14.

⁴³ Marie Malaunie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 69.

com transferência do risco da comercialização, e, por outro, ao distribuidor, beneficiar da clientela e notoriedade associada ao produto.⁴⁴

Ao invés da distribuição seletiva, a distribuição exclusiva tem como característica essencial o facto de o produtor seleccionar um único distribuidor para determinada zona ou grupo de clientela, empenhando-se em vender só àquele, obrigando-se este a não desenvolver uma política de vendas ativa fora daquela circunscrição territorial, embora deva manter como condição de licitude à luz do direito da concorrência da União Europeia, o direito a efetuar vendas passivas, no âmbito de pedidos oriundos fora do território.⁴⁵

⁴⁴ Guyenot, *Concessionaires et commercialisation des marques*, cit., pp. 15-16.

⁴⁵ A compra e venda com exclusividade é excluída do âmbito da distribuição exclusiva, porquanto é apenas um contrato de troca, donde não emergem direitos e deveres de colaboração, não existindo a integração do revendedor no sistema de distribuição, como sucede nos contratos de distribuição que analisámos. Por isso, o contrato de compra e venda exclusiva não se encaixa na noção de contratos de distribuição que perfilhamos. Nesse sentido, Górriz López, *Distribucion selectiva*, cit., p. 38, nota 19. Em sentido oposto, Alonso Soto, *Los contratos de distribución comercial*, cit., p. 193, Dell'Priscoli, *Le restrizioni verticali delle concorrenze*, cit., 144, lamenta que a recusa em contratar tenha na distribuição seletiva e na distribuição assente na exclusividade um tratamento legal diverso, uma vez que considera que a distribuição seletiva, com base em critérios quantitativos, levanta problemas concorrenciais idênticos à distribuição exclusiva.

A exclusividade tem efeitos paradoxais relativamente à concorrência, pois, se, por um lado, pode ser um estímulo à concorrência *interbrand*, por outro, elimina a concorrência *intra-brand* entre distribuidores. Nesse sentido, Valentina Korah/Denis O'Sullivan, *Distribution agreements under EC competition law*, cit., p. 19. O Regulamento n.º 1984/83 traduz, nos considerandos 5, 6 e 7, de forma bastante assertiva, as vantagens subjacentes aos sistemas de distribuição exclusiva.

A exclusividade pode surgir relativamente à compra, à venda ou a ambas, sendo que, na primeira hipótese, é o distribuidor que se obriga a adquirir mercadorias apenas ao produtor, enquanto na segunda o produtor compromete-se a fornecer apenas ao distribuidor dentro de determinada área territorial ou perante determinado grupo de clientela, conferindo-lhe um monopólio na comercialização daqueles bens. Dell'Priscoli, *ob cit.*, pp. 120 e ss.

Esta pode ainda assumir, pelo menos, duas modalidades, consoante seja aberta ou fechada. Na exclusividade aberta, o distribuidor adquire o direito de ser o único sujeito que pode comprar os produtos diretamente do produtor para revenda no seu próprio território, tendo, por isso, uma posição privilegiada relativamente aos seus potenciais concorrentes, mas não um monopólio absoluto. Os chamados importadores paralelos podem adquirir os produtos a terceiros, grossistas ou outros distribuidores, para os revender no território reservado ao distribuidor.

Na distribuição seletiva, a atribuição de um território em exclusivo ao distribuidor não é um elemento essencial do contrato, suscitando grandes dúvidas sob ponto de vista jusconcorrencial, como referimos, não existindo exclusividade quer a favor do distribuidor quer do produtor, apenas a imposição a ambos que não transacionem com revendedores fora da rede.

Pese embora a distribuição seletiva partilhe com o contrato de concessão algumas características, sendo igualmente um esquema distributivo através do qual o produtor transfere para um comerciante que atua em nome e por conta própria o risco de comercialização, com a integração do distribuidor na rede de distribuição, estas surgem, no entanto, com menor intensidade no contrato de distribuição seletiva.⁴⁶

Na exclusividade fechada ou perfeita as partes eliminam esta possibilidade, fazendo com que os produtos não possam chegar àquele território sem ser através do distribuidor.

A proteção territorial absoluta da zona do distribuidor é assegurada, normalmente, pela proibição a todos os distribuidores pertencentes à rede de venderem fora da sua própria zona. A distribuição exclusiva pode ser concretizada através do contrato de concessão, de franquia ou de agência, sempre que estes contratos contenham pactos de exclusividade.

O direito da concorrência da União Europeia, desde o Regulamento n.º 2790/99, limita a validade desta proteção territorial à restrição das vendas ativas no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservados ao fornecedor ou atribuídos pelo fornecedor a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador. Cfr. Regulamento n.º 2790/99, art. 4.º, al. b) e Regulamento n.º 330/2010, art. 4.º, als. b), i).

Já nos Estados Unidos, estas restrições merecem um tratamento mais benevolente, considerando-se que as limitações à concorrência *intra-brand* são compensadas pelo aumento da concorrência *inter-brand*. Para a Escola de Chicago, como iremos ver, o sistema de exclusividade fechada é frequentemente acompanhado pela obrigação de o distribuidor que integra a rede oferecer serviços complementares de promoção dos produtos, sendo a comercialização pelo distribuidor não oficial, reconduzida ao *free-riding* (efeito boleia ou parasitismo), ao colher os frutos do esforço desenvolvido pelos distribuidores oficiais na promoção dos produtos, sem cumprir as obrigações a que estes estão sujeitos. Cfr. Robert H. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, Yale L.J., vol. 75, n.º 3, 1966, pp. 430-438, Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981, p. 337, n. 165, Posner, *The Chicago school of antitrust analysis*, U. Pa. L. Rev., vol. 127, 1979, pp. 926-927. As orientações relativas às restrições verticais, 2010, ponto 164, reconhecem à distribuição exclusiva vantagens sempre que se mostrem necessários investimentos por parte dos distribuidores a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca, em especial quando estão em causa novos produtos, produtos complexos, produtos de experiência e produtos de confiança.

⁴⁶ Nesse sentido, cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 114.

Para os autores que consideram que a exclusividade é uma característica essencial da concessão, como Alicia García Herra, *La duración del contrato de distribución exclusiva*, cit., pp. 162-163,

Por maioria de razão, o nível de integração do distribuidor na rede é menor na distribuição seletiva do que na franquia.

Apesar de em ambos os contratos ser efetuada pelo produtor uma seleção criteriosa dos distribuidores, ser permitida a utilização dos sinais distintivos do produtor e poder ser transmitido *know-how*, na distribuição seletiva, o distribuidor, apesar de beneficiar da imagem e reputação da rede, não surge diante dos olhos do público com a imagem do produtor, mantendo os seus sinais distintivos próprios, a transmissão de *know-how* está limitada à assistência pós-venda, não se verificando a transmissão dos direitos de propriedade intelectual subjacentes à fórmula comercial que é explorada pelo contrato de franquia, cuja contrapartida é um rigoroso controlo exercido pelo franquizador que não se verifica na distribuição seletiva. Por outro lado, ao contrário do que se verifica no contrato de franquia, o distribuidor seletivo distribui produtos concorrentes e não está sujeito ao pagamento da *entry fee* e *royalties*.⁴⁷

Já relativamente à agência, a distribuição seletiva também partilha algumas características essenciais, nomeadamente, a integração do revendedor na rede de distribuição do produtor através de uma relação comercial estável de colaboração, orientada para a prossecução do mesmo objetivo, a distribuição de bens do produtor ao consumidor, por via de uma atividade de promoção da comercialização dos bens, com a sujeição a instruções do produtor, ainda que em menor grau do que na concessão ou na franquia.

No entanto, também tem aspetos que a distinguem da agência, nomeadamente, o facto de o distribuidor seletivo, ao contrário do agente, atuar em nome próprio e por conta própria, adquirindo a propriedade da

166 e ss., Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, cit., p. 69, considera a ausência de exclusividade na distribuição seletiva um dos traços distintivos entre as duas figuras.

⁴⁷ A doutrina que não reconduz a franquia a um contrato de distribuição, tese que repudiamos, aponta, desde logo, o facto de a franquia não ter como finalidade a distribuição de produtos. Relativamente à franquia de distribuição é assinalada como traço distintivo a ausência de vocação da franquia para a distribuição de produtos de luxo e tecnologia. A autonomia entre estes contratos nem sempre foi pacífica, tendo sido defendido, por alguma doutrina alemã, que a franquia é uma forma especial de distribuição seletiva, mostrando-se, por isso, difícil a distinção entre ambas as figuras. Cfr. Górriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., pp. 52-53.

mercadoria para revenda, assumindo os riscos da comercialização. Também a retribuição de ambos é distinta, estando, no caso do agente, dependente da comissão, enquanto a retribuição do distribuidor é obtida, indiretamente, na margem de lucro resultante da comercialização dos bens.⁴⁸

Em face do exposto, podemos destacar como principal característica deste contrato a obrigação assumida pelo produtor em não vender os produtos, caracterizados pela complexidade técnica e pela aura de luxo que os rodeia, a distribuidores que não reuniam os requisitos exigidos para a integração na rede, construída, para, através do recurso a distribuidores independentes, que atuam em nome próprio e por conta própria e que assumem o risco da comercialização, o produtor implementar a política comercial que considera adequada à comercialização dos seus produtos.⁴⁹

A destrição do contrato de distribuição seletiva destes contratos permite-nos concluir que é comum a todos estes contratos a incorporação, com maior ou menor intensidade, do distribuidor na rede de comercialização do produtor, salvaguardada a respetiva autonomia jurídica, mas, ao mesmo tempo, com a vinculação ao cumprimento de um conjunto de obrigações, consideradas essenciais para a preservação e a manutenção da rede distribuição e subordinação ao controlo e fiscalização pelo produtor.

Conforme refere Pinto Monteiro, o mínimo denominador comum entre os contratos de distribuição aqui referidos coincide com a noção de contrato de agência, que, assim, poderá funcionar como modelo para o regime jurídico dos restantes contratos.⁵⁰

Por esse motivo, podemos sustentar que este contrato autónomo integra-se na categoria dos contratos de distribuição, já afirmada na doutrina nacional e europeia, escorada na obrigação de o distribuidor zelar pelos interesses do produtor e de promover a distribuição dos bens e serviços do produtor, no contexto de uma relação duradoura de colaboração entre

⁴⁸ Cfr. Góriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., pp. 41-42.

⁴⁹ Cfr. Stefano Bastianon, *Distribuzione selettiva e distribuzione esclusiva*, "I nuovi contratti nella prassi civile e commercial", cit., p. 247, Góriz López, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, cit., pp. 34-35.

⁵⁰ *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 77 e ss.

as partes, através da qual o distribuidor fica integrado, com maior ou menor intensidade, na rede de distribuição do produtor.⁵¹

IV. Enquadramento jurídico do contrato de distribuição seletiva

O contrato de distribuição seletiva, tal como os restantes contratos de distribuição, é um tipo social, ou seja, um tipo que emerge da prática negocial,⁵² sendo certo que, enquanto o contrato de agência foi objeto de

⁵¹ A construção de uma categoria unitária suscetível de englobar os contratos de distribuição é, tal como o fenómeno da distribuição comercial, relativamente recente.

A progressiva influência do produtor na distribuição dos bens, com o objetivo de orientar a procura em relação à oferta, através da criação de novos métodos de colocação de produtos no mercado e da sua distribuição, inseridos em novos esquemas contratuais, deu azo a que a doutrina começasse a discutir a existência de uma categoria jurídica, dotada de autonomia.

O reconhecimento de uma categoria jurídica pressupõe a existência de elementos comuns aos vários tipos contratuais que permitam desenhar os contornos da categoria jurídica.

Impõe-se, assim, verificar se é possível encontrar um núcleo de obrigações, mais reduzido, que seja comum ao contrato de agência, concessão comercial e franquia e que corresponda a uma das funções da distribuição.

A promoção de negócios da outra parte, no quadro de uma relação duradoura e estável, é uma obrigação fundamental da distribuição que, por isso, também está presente na respetiva categoria jurídica.

Ora, esta obrigação, como vimos, é comum aos contratos que analisamos neste artigo.

Outra peculiaridade destes contratos reside no facto de a autonomia jurídica, característica dominante nestes contratos, coexistir com integração, com menor ou maior intensidade, na política comercial da contraparte, e, por via disso, a sujeição ao seu controlo e fiscalização. A independência surge combinada com a interdependência.

Na esteira de Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 69 e ss. a reunião destas características, numa relação contratual duradoura, é bastante para a construção de uma categoria jurídica autónoma, pesem embora as mesmas possam ter níveis de intensidade distintos. Nesta leitura, a promoção de contratos não se cinge à compra para revenda, abrangendo de igual modo a promoção da celebração de contratos, sendo requisito essencial que esteja em causa uma relação contratual, entre sujeitos juridicamente autónomos, duradoura e de colaboração, destinada à integração do distribuidor na rede.

Por outro lado, em todos estes contratos está presente a representação económica dos interesses do produtor, ideia com base na qual tem sido construída esta noção.

⁵² Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 59 e ss. O autor explicita que se a cada tipo contratual legal corresponde um tipo contratual social, o contrário já não é verdade. Com efeito, se há tipos sociais que foram recebidos pela lei, outros, e não poucos, não têm correspondente na lei. Esta ausência de correspondência na lei pode derivar

regulamentação jurídica, os outros permanecem atípicos, mas gozando de tipicidade social.⁵³

Os contratos de distribuição, onde se inclui o contrato de distribuição seletiva, atenta a complexidade da causa,⁵⁴ não podem ser reconduzidos

do facto de se tratar de um tipo de configuração muito recente que o legislador ainda não recebeu ou porque o legislador entendeu ser inútil e desnecessária a respetiva tipificação.

⁵³ Sobre o sentido que atribuímos à tipicidade social e à tipicidade legal, vd. nosso, *O Contrato Factoring – Na prática negocial e sua natureza jurídica*, Universidade Católica Portuguesa, 2007, pp. 221 e ss, onde se podem colher indicações bibliográficas. Na esteira de Pedro Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 59, consideramos um contrato típico quando a disciplina básica do contrato está prevista na lei e se aproxima do tipo social.

O contrato de distribuição seletiva é um contrato atípico nos ordenamentos jurídicos próximos, sendo certo que o direito da concorrência da União Europeia tem disciplinado alguns aspetos atinentes à validade e à eficácia do contrato. Cfr. Laurent Rieben, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, Librairie Droz, Genève, 2000, pp. 93, e Carlos Góriz Lopez, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, *cit.*, p. 37.

Em Espanha, a distribuição seletiva foi objeto do Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, que veio regulamentar a Ley 16/1989, de Defensa de la competencia, no sentido propugnado pelos Regulamentos n.ºs 2790/99 e 1400/2002, sendo reconhecida uma isenção, no art. 2.º, n.º 1, aos acordos verticais que afetem exclusivamente o mercado espanhol e cumpram os requisitos dos regulamentos acima referidos. Posteriormente, a Ley 16/1989 é revogada pela Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa da competencia e o Real Decreto 378/2003 pelo Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprovou o Regulamento de defensa de la competencia, sendo certo que também este diploma reproduz no art. 2.º, al. c) do art. 4.º do Regulamento Geral de Isenção, quer de 1999 quer de 2010, referente à restrição de vendas ativas e passivas numa rede de distribuição seletiva.

A Federación de Asociaciones de Concessionarios de la Automoción (FACONAUTO), com o apoio de grande parte das associações de retalhistas em Espanha, como a Confederación Española de Comercio (CEC), a Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios (CEEES), a Asociación de Distribuidores Españoles de Tecnologías de la Información (ADETI), a Asociación Española para el Desarrollo y Defensa del Franquiciado (AEDEF) encetou diligências para a elaboração de uma ley dos contratos de distribución, na qual estava expressamente previsto o contrato de distribuição seletiva. Esta lei não reuniu consenso e acabou por não ser aprovada, não obstante o mérito de algumas soluções.

⁵⁴ Sobre a causa como função económico-social, cfr. Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indireto*, BFD, Suplemento X, Coimbra, 1952, pp. 15 e ss. A causa entendida como função económico-social do negócio jurídico revela-se muito importante, sobretudo por dois aspetos. Em primeiro lugar, porque desempenha um papel muito útil na qualificação dos negócios jurídicos, uma vez que cada um deles tem uma causa económico-social específica, ajudando o intérprete a distinguir o contrato unitário no qual se introduziram aditamentos, do verdadeiro contrato misto ou de uma junção de contratos. Em segundo lugar, a identidade da função económico-social poderá ser determinante para aplicar, com recurso à analogia, uma norma

aos contratos típicos constantes dos códigos nem aos existentes na legislação mercantil avulsa.

Estas figuras contratuais evidenciam, desde logo, uma certa contradição, pois, não obstante seja afirmada a autonomia e independência do distribuidor face ao produtor, tal não impede que a doutrina os considere contratos de dependência.⁵⁵

As relações de interdependência que emergem da estreita e longa colaboração que caracteriza os contratos de distribuição leva a que alguma doutrina os insira nos *relational contracts*.⁵⁶

Esta interdependência assume especial destaque no momento em que o contrato termina, já que, dada a subordinação do distribuidor à política comercial prosseguida pelo produtor, este, na maior parte das situações, fica economicamente dependente do produtor, em especial quando estão previstas obrigações de não concorrência.

Nesse sentido, cedo a doutrina e os tribunais procuraram encontrar soluções no ordenamento jurídico que, impondo regras que disciplinassem

prevista para um dado tipo contratual a uma dada situação que careça de regulamentação negocial pelas partes.

⁵⁵ Nesse sentido, vd. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 47. Há autores, como Georges Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986, pp. 5 e ss., 45 e ss., que sublinham a dependência do distribuidor, sujeito a obrigações de conteúdo múltiplo destinadas à integração do distribuidor na rede comercial. No entanto, não podem ser ignoradas as vantagens que o distribuidor tem ao pertencer a uma rede organizada. Mas que, de certa forma, explica que o papel central que a contratação coletiva tem desempenhado na regulamentação do contrato de agência em Itália e o debate em torno da aplicação analógica ao contrato de agência das disposições de direito laboral referentes à cessação do contrato, nomeadamente, o princípio da imutabilidade da causa de cessação do contrato, os pressupostos da resolução com justa causa, a denúncia *ad nutum* durante o período experimental. Cfr. Baldi, Venezia, *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, 8.^a ed., Giuffrè Editore, 2008, pp. 293-245, 358-374, Augusto Baldassari, *Il contratto di agenzia*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 15-23, 40-53 e Marino Perassi, *Il contratto di agenzia*, Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell'economia, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, 1991, Cedam, Padova, 1991, pp. 409 e ss.

⁵⁶ A doutrina anglo-americana adota esta classificação, opondo os *relational contracts* às *discrete transactions*, caracterizadas por relações pontuais e instantâneas. Vd. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 47, nota 92, onde se podem colher indicações bibliográficas sobre esta categoria contratual.

a cessação do contrato e as respetivas consequências, nomeadamente, no que diz respeito a prazos de aviso prévio, à sindicância das causas subjacentes à cessação do contrato, ao montante da indemnização e à indemnização da clientela, colmatassem a debilidade do distribuidor.

A disciplina do contrato de distribuição seletiva, à semelhança do que se verifica com o contrato de concessão comercial e de franquia, estará entregue, em primeiro lugar, ao clausulado previsto pelas partes, desde que este não contenha normas ilícitas⁵⁷, considerando que foi celebrado ao abrigo da liberdade contratual prevista no art. 405.º do CC.

Não obstante a sua natureza jurídico-mercantil, estes contratos também estão sujeitos às regras gerais do Código Civil referentes ao direito dos contratos e aos negócios jurídicos.⁵⁸

⁵⁷ Cfr. Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, cit., p. 218, Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 63, *idem*, *Denúncia de um contrato comercial*, cit., p. 50.

⁵⁸ A comercialidade do contrato de concessão e da distribuição seletiva resulta da analogia *legis* com o contrato de compra e venda mercantil, atendendo a que, em ambos os contratos, há a venda e aquisição de coisas móveis para revenda, com a prossecução, não só, mas também, da atividade mercantil de intermediação de trocas. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, col. I, 9.ª ed, Almedina, 2013, pp. 97-98, colocando ênfase nas muitas diferenças existentes entre a concessão e a compra e venda mercantil, fundamenta a comercialidade deste contrato, por analogia *iuris*, considerando que a concessão consubstancia um ato de intermediação nas trocas, integrado no comércio em sentido económico e jurídico. Entendemos que, apesar das diferenças existentes entre a compra e venda mercantil e estes contratos, é possível recorrer à analogia *legis* para a respetiva qualificação, uma vez que subjacente a estes contratos, ainda que não seja de forma exclusiva, está a intermediação nas trocas, ou seja, a interposição entre oferta e a procura.

Posto isto, interessa averiguar se os sujeitos destes contratos podem ser considerados comerciantes.

Nesse sentido, o concedente-fabricante e o produtor que recorrem à distribuição seletiva, seja assumindo a forma de sociedade comercial ou enquanto pessoas singulares, são comerciantes, por força da aplicação do art. 230.º, n.º 1, do CCom, independentemente da querela doutrinária em torno da qualificação pelo art. 230.º do CCom dos atos praticados pelas empresas, constantes deste artigo, como objetivamente comerciais, nos termos do art. 2.º do CCom, com a conseqüente qualificação como comerciante do titular da empresa ou da atribuição direta da qualidade de comerciante ao titular das empresas. Cfr. a favor da primeira posição de índole objetiva, que sufragamos, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 158, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., pp. 82-85. Em favor da segunda, José Tavares, *Sociedades e empresas comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1924, pp. 728 e ss, *Das empresas no Direito Comercial – Estudo sobre o*

Enquanto contratos que, normalmente, são celebrados através de cláusulas contratuais gerais, também é aplicável o regime jurídico deste tipo de cláusulas, previsto no DL n.º 446/85, de 25 de outubro.⁵⁹

art. 230.º do Código Comercial Português (1898), p. 107, mais tarde seguido por Barbosa de Magalhães, *Do estabelecimento comercial*, Estudo de Direito Privado, 2.ª ed., 1964, p. 21. Numa perspetiva ou noutra, como nota com precisão Lobo Xavier, *Direito Comercial (Sumários)*, ed. policopiada, Coimbra, 1977/78, p. 44, qualquer das posições tem como resultado prático a atribuição da qualidade de comerciais aos atos, seja pelo facto de serem considerados objetivamente comerciais, seja por via da atribuição da qualidade de comerciante, com consequente comercialidade de todos os atos por este praticado que não tenham natureza exclusivamente civil ou deles não resultar o contrário, nos termos do art. 2.º, 2.ª parte do CCom.

No que concerne ao concedente-distribuidor, cuja atividade, em parte, é reconduzida à venda mercantil, ou seja, à venda de coisas móveis para revenda, nos termos do art. 463.º do CCom, se assumir a forma de sociedade comercial, com observância do disposto no art. 1.º do CSC, é comerciante nos termos do art. 13.º, n.º 2 do C Com. Sendo uma pessoa singular, terá de fazer do comércio, ou seja, dos atos comerciais praticados no âmbito da concessão, profissão, nos termos do art. 13.º do CCom. O mesmo se aplica ao concessionário, seja na forma de sociedade comercial, seja como pessoa singular, que, ao contrário do concedente-distribuidor, que vende para revenda, adquire mercadorias para revenda. Para maiores desenvolvimentos, cfr. Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, cit., pp. 186 e ss. Este raciocínio valerá de igual modo para a distribuição seletiva.

Enquanto matéria jurídico-mercantil, estes contratos estão sujeitos à aplicação subsidiária do Direito Civil sempre que a lei comercial seja omissa. São aplicáveis as normas referentes à responsabilidade pré-contratual (art. 227.º), à interpretação da declaração negocial (art. 236.º), à integração da declaração negocial (art. 239.º), ao objeto (art. 280.º), ao cumprimento e não cumprimento do contrato (arts. 762 e ss). Sobre a subsidiariedade do Direito Civil, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, com colaboração de Henriques Mesquita e António A. Caeiro), Universidade de Coimbra, 1973, pp. 43 e ss, e Vasco da Gama Lobo Xavier, *Direito Comercial*, cit., pp. 13 e ss.

⁵⁹ Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 63, *idem*, *Denúncia de um contrato comercial*, cit., p. 51.

Este diploma foi alterado e republicado pelo DL n.º 220/95, de 31 de agosto, pelo DL n.º 249/99, de 7 de julho e pelo DL n.º 323/2001, de 17 de dezembro.

A propósito das cláusulas contratuais gerais / contratos de adesão, como já tivemos oportunidade de referir no nosso *Contrato de factoring. Na prática negocial e natureza jurídica*, cit., p. 190, nota 435, perfilhamos o entendimento de Pinto Monteiro quando distingue estes dois conceitos. Com efeito, o contrato de adesão pode ter um significado mais amplo que as cláusulas contratuais gerais, na medida em que, se este normalmente é concluído através de cláusulas contratuais gerais, não é menos verdade que também pode ser concluído através de cláusulas que, apesar de rígidas, pré-formuladas e unilaterais, não são gerais nem se destinam a um número indeterminado de destinatários, o que faz com que não se enquadrem no conceito de cláusulas contratuais gerais. Atendendo a que é a ausência de negociação, timbre

O contrato de distribuição seletiva, bem como os restantes contratos de distribuição, incluindo, em certas situações, o contrato de agência, são objeto, quer no plano interno quer no plano da União Europeia, das normas relativas à defesa da concorrência, enquanto acordos verticais restritivos da concorrência⁶⁰.

Como já demonstrámos, o mínimo denominador comum entre os contratos de distribuição que analisámos coincide com a noção de contrato de agência, o que tem levado a doutrina e jurisprudência, no âmbito do enquadramento legal destes contratos de distribuição, a indagar se é possível aplicar, por analogia, o regime do contrato de agência, enquanto contrato típico mais próximo, a estes contratos, em especial no que diz respeito à cessação do contrato.

dos contratos de adesão, que justifica a necessidade de criação de mecanismo de controlo, sustentamos, no seguimento perflhado por Pinto Monteiro, *Contratos de Adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções*, "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares", III, BFDUC, p. 1128, Coimbra, 2001, que, mesmo antes da alteração do n.º 2 do art 1.º pelo DL n.º 249/99, o regime do DL 446/85 se aplicava a todos os contratos de adesão e não só aos celebrados através das cláusulas contratuais gerais, sendo certo que a estas últimas se encontra reservada a ação inibitória. Sobre o alcance da alteração introduzida pelo DL n.º 249/99 no art. 1.º, relativamente à aplicação do diploma a "*cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*", vd. António Pinto Monteiro, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais...*, cit, p. 1103, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 263-264, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, 2.ª ed, Coimbra, 2000, pp. 469 e ss, e Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2.ª ed. revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 37 e ss.

Poderá ter de atender-se, como nota Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 64, a normas que regulam aspetos específicos de cada contrato, dando como exemplo a aplicação do Código de Propriedade Industrial, alterado pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de julho, quando, no âmbito do contrato de franquia, estiverem em causa licenças de exploração de direitos de propriedade industrial, nomeadamente, o artigo 30.º, referente ao averbamento do contrato de licença no INPI, e o art. 31.º, quando sujeita o contrato de licença à forma escrita.

⁶⁰ Como já referimos, o contrato de distribuição seletiva é sindicado pelo art 101.º do TFUE, podendo em algumas circunstâncias, como no âmbito da recusa em contratar, suscitar a aplicação do art. 102.º do TFUE referente ao abuso de posição dominante. Cfr. a nossa nota 2 onde estão referidos os principais diplomas da União Europeia aplicáveis às restrições verticais presentes nos contratos de distribuição e onde se inclui o contrato de distribuição seletiva.

A analogia, enquanto instrumento jurídico de integração de lacunas, exige, desde logo, que a norma ou normas suscetíveis de aplicação analógica regulem interesses e fins idênticos à situação onde se verifica a existência de uma lacuna.⁶¹

Assim, é necessário verificar se estes contratos tutelam interesses comuns e cumprem finalidades idênticas.

O concessionário, o franquiado e o distribuidor seletivo, como já tivemos oportunidade de assinalar, distinguem-se do agente, na medida em que são comerciantes que compram para revenda, que atuam em nome e por conta própria, assumindo o risco da comercialização.

Ora, pesem embora estas diferenças, a verdade é que estes contratos, como já referimos, destinam-se a cumprir a mesma função económico-social, ou seja, a distribuição de bens do produtor.

Com efeito, em todos estes contratos recai sobre o distribuidor a obrigação de zelar pelos interesses do produtor e de promover a distribuição dos bens e da marca do produtor.⁶²

Aliás, é com base nesta obrigação de promover os negócios da outra parte que é justificada a autonomia dos contratos de distribuição como categoria jurídica, como já referimos.

⁶¹ Defendem a aplicação das normas sobre contratos típicos aos contratos atípicos, com recurso à analogia, Vaz Serra, *O objeto da prestação. A prestação – suas espécies, conteúdos e requisitos*, cit., p. 73, Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indireto*, cit., p. 74, Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, refundido e atualizado, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2002, p. 468.

No caso particular dos contratos de distribuição, nomeadamente, a concessão comercial e franquia, cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., pp. 64-69, sublinhando que a aplicação do regime da agência não é automática, *idem*, *Contrato de agência*, cit., pp. 67-69. *Idem*, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, pp. 77-78, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., n.º 206, p. 494, Pestana de Vasconcelos, *O contrato de franquia*, § Contrato de Franquia (Franchising), Almedina, Coimbra, 2000, pp. 73-74, Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 122.

Sobre a analogia, Baptista Machado, *Introdução ao estudo do Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 326.

⁶² Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 66. Martínez Sanz, *La indemnización por la clientela*, cit., pp. 318-319, assinalando, a propósito da concessão comercial, a natureza comum de negócios de gestão de interesses alheios (*geschäftsbesorgungsvertrag*) e o papel estrutural na concessão do dever de promoção da distribuição, atribuindo, o autor, *ob. cit.*, p. 348, à prospeção de mercado e captação de clientela uma função coadjuvante.

Por outro lado, também é verdade que, no plano interno, a relação que se estabelece entre concedente, o franquiado e o distribuidor seletivo e a respetiva contraparte é muito semelhante à relação que se estabelece entre o agente e o principal.

Como tivemos oportunidade de assinalar, todos estes contratos são marcados por uma relação duradoura de colaboração entre as partes, através da qual o distribuidor fica integrado na rede de distribuição do produtor.

Esta integração é acompanhada pela sujeição do distribuidor às instruções e diretivas do produtor e ao respetivo poder de fiscalização.

A existência destas características comuns, não obstante a diferente intensidade com que estão presentes em cada um destes contratos, justifica, por isso, a aplicação analógica do contrato de agência.⁶³

No entanto, esta perspetiva macrojurídica não é suficiente para concluirmos pela aplicação analógica do regime da agência, sendo necessário verificar, numa perspetiva microjurídica, se a *ratio legis* da norma que vai ser aplicada analogamente é adequada ao caso concreto a regular.⁶⁴

⁶³ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., n.º 206, p. 494, refere que a agência pode ser a figura matriz dos contratos de distribuição, podendo as suas normas ser aplicáveis aos contratos de distribuição.

⁶⁴ Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 66-67. No mesmo sentido, Martinez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., p. 323, referindo a necessidade de existir *identidade de razón*. Pinto Monteiro, *Contrato de agência, Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, 7.ª edição*, Atualizada, Almedina, Coimbra, 2010, p. 133, sublinha a existência de normas aparentemente privativas da agência, nomeadamente a faculdade prevista no art. 29.º, n.º 2 do DL n.º 178/86, referente à opção pela remuneração média mensal correspondente ao período de pré-aviso, já que quer no contrato de concessão e franquia, os distribuidores adquirem os produtos para revenda, beneficiando do lucro. Aliás, o autor de *Contratos de distribuição*, cit., p. 67, manifesta reservas relativamente à aplicação ao contrato de concessão das normas do contrato de agência referentes ao direito à comissão, nomeadamente, a norma do art. 16.º, n.º 2 do DL n.º 178/86, referente ao direito à comissão perante a violação da exclusividade, uma vez que o concessionário adquire os produtos para revenda, beneficiando do lucro. Estenderíamos, pelas mesmas razões, esta incompatibilidade aos contratos de franquia e distribuição selectiva. Como dá nota Pinto Monteiro, *O contrato de agência*, cit., p. 133, os tribunais já estenderam o art. 29.º, n.º 2, à concessão comercial, assumindo o lucro líquido o papel de remuneração mensal desempenhado pela comissão. No mesmo sentido, acerca do contrato de franquia, cfr. Pestana Vasconcelos, *O contrato de franquia*, cit., pp. 83-84.

Já é pacífica a sujeição a escrito da obrigação de não concorrência prevista nestes contratos, por força da aplicação analógica do art. 9.º do DL n.º 178/86. Nesse sentido, *vd.* Maria

Esta questão assume particular relevo quando está em causa a aplicação de regras imperativas, como é o caso das atinentes à cessação do contrato, nomeadamente, a referente ao pagamento da indemnização de clientela ao agente.⁶⁵

A proteção do distribuidor nos contratos de distribuição é um dos aspetos que têm merecido a preocupação da União Europeia, sendo considerada a preservação da independência do distribuidor relativamente ao produtor um meio para reprimir restrições à concorrência e preservar a situação concorrencial do distribuidor.⁶⁶

A justificação para a integração de lacunas, através da aplicação analógica do regime jurídico da agência, em especial as referentes à cessação do contrato, reside no facto de esta fase do contrato ser o domínio no qual a ausência de regulamentação legal levanta maiores problemas e onde é mais notória a proximidade entre estes contratos.⁶⁷

No entanto, a aplicação, por via da analogia, das regras atinentes à indemnização de clientela ao contrato de concessão e à franquia tem suscitado algumas dúvidas na doutrina e jurisprudência, não sendo sequer equacionada com autonomia, no caso do contrato de distribuição seletiva.⁶⁸

de Fátima Ribeiro, *O contrato de franquia (franchising)*, DJ, cit., p. 103. No Ac. da TRL de 22.03.2011, Proc. n.º 1807/08.6TVLSB.LI-7, publicado em www.dgsi.pt/jtrl, é admitida a convenção entre as partes de uma cláusula de não concorrência, findo o contrato de franquia, ainda que nela se não estabeleça expressamente o direito do franquiado a uma compensação (artigos 9.º e 13.º, alínea g), do DL n.º 178/86, de 3 de julho). O que nos suscita dúvidas.

⁶⁵ Como observa Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 520, as restantes regras da agência servirão para suprir a regulação contratual.

⁶⁶ Cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1400/2002, para além de manter os prazos de duração do contrato e pré-aviso mínimos do art. 5.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1475/1995, exige no art. 3.º, n.º 4 que a cessação do contrato pelo produtor seja reduzida a escrito, com indicação das razões pormenorizadas, objetivas e transparentes da rescisão para evitar que o fornecedor rescinda um acordo vertical com um distribuidor ou oficina de reparação, devido a práticas que não sejam restringidas pelo presente regulamento.

⁶⁷ O legislador, no n.º 4 do preâmbulo do DL n.º 178/86, afirma expressamente a necessidade de aplicar ao contrato de concessão o regime do contrato de agência, por analogia "quando e na medida em que ela se verifique, sobretudo em matéria de cessação do contrato". cfr. Pinto Monteiro, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, cit., p. 78.

⁶⁸ Torna esta questão mais complexa a ausência de consenso doutrinário em relação à natureza da indemnização de clientela. O debate em torno da aplicação analógica do § 89 b) é comparável

Impõe-se, desde logo, verificar se as normas que atribuem ao agente o direito a uma indemnização de clientela, no nosso ordenamento, constantes dos arts. 33.º e 34.º do DL n.º 178/86, tutelam interesses semelhantes aos destes contratos, incluindo o contrato de distribuição seletiva, que se pretendem disciplinar legalmente e se a *ratio legis* das normas é compatível com a situação jurídica que se pretende regular.⁶⁹

Tal significa, na esteira da posição propugnada por Pinto Monteiro, averiguar, em primeiro lugar, se a atividade do distribuidor seletivo pode ser equiparada à do agente, de forma a apurar a existência de interesses comuns e funções idênticas que justifiquem a aplicação analógica dos normativos em análise.

Esta equiparação ao agente pressupõe que este distribuidor tenha zelado pelos interesses da contraparte, promovendo os seus bens e aumentando a clientela ou o volume de negócios, o que já demonstrámos que sucede⁷⁰.

em intensidade à discussão em torno da natureza jurídica da indemnização. Cfr. Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., p. 310. Este autor assinala ainda o reflexo da falta de consenso na natureza da indemnização na posição acerca da aplicação analógica. Cfr. Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 336-340.

⁶⁹ Consideramos pacífico que estas normas não têm natureza excepcional, assim excluindo o obstáculo contido no n.º 3 do art. 10.º do CC referente à proibição da aplicação analógica de normas excecionais. No mesmo sentido, no direito espanhol, Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 323 e ss, que a esse propósito relata com detalhe a discussão na doutrina alemã em torno desta questão.

Também não nos iremos deter na discussão acerca da qualificação da aplicação destas normas por via da analogia *legis* ou a *iuris*, descrita por Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 326-327, sendo certo que consideramos estar em causa a analogia *legis*.

⁷⁰ Seguindo de perto Pinto Monteiro, *Os contratos de distribuição*, cit., pp. 163-164. Como nota o autor, neste primeiro momento, já resulta provado o requisito exigido na al a) do art. 33.º do DL n.º 178/86, de 3 de julho. Cfr., em sentido idêntico, Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 340 e ss.

Neste juízo, é necessário atender ao grau de integração do distribuidor na rede, à sujeição a instruções e ao poder de fiscalização das obrigações assumidas na tutela dos interesses do dono do negócio e na promoção dos seus produtos. Quanto mais intensas se apresentarem estas características, maior será a dependência do distribuidor, pois, ao contrário do habitualmente apontado, no sentido de a maior integração estar acompanhada de um efeito menor da intervenção do distribuidor na angariação da clientela, mais provável é a manutenção da clientela na esfera do concedente e do franquizador, tomando ainda mais pertinente o reconhecimento da indemnização de clientela, prevista no regime da agência. Acompanhamos,

Num segundo momento, é necessário aferir se a *ratio legis* dos arts. 33.º e 34.º está de acordo com estes contratos.

Estes artigos pretendem, como já analisámos, compensar o agente dos benefícios que o principal vai continuar a usufruir depois de cessado o contrato, exigindo-se, cumulativamente, que o agente tenha angariado clientela ou aumentado substancialmente o volume de negócios, critério que já terá de se mostrar preenchido na primeira fase do processo de aplicação analógica deste normativo, e que, no futuro, o principal continue a usufruir dessa clientela ou dessa atividade.

A justificação da aplicação analógica destas normas exige, à semelhança do que acontece com o reconhecimento ao agente do direito à indemnização de clientela, o preenchimento dos requisitos legais: angariação de novos clientes ou aumento substancial do volume de negócios e o gozo pelo produtor, após a cessação do contrato, dos benefícios emergentes da atividade do distribuidor em causa.⁷¹

mais uma vez, Pinto Monteiro, *Denúncia de um contrato comercial*, cit, p. 86, n. 94, *Contratos de distribuição comercial*, cit, p. 164, n. 307.

A diferença existente em termos remuneratórios entre o agente e o concessionário, também presente na distribuição seletiva e na franquia, não é suficiente para afastar a aplicação analógica da indemnização de clientela, tal como não põe em causa a aplicação do art. 29.º, 2, como referimos na nota 64, equiparando a jurisprudência como equivalente à retribuição do concessionário o lucro líquido que este auferê. Cfr. nesse sentido, a propósito do contrato de concessão comercial, não sendo conhecida nenhuma decisão relativamente ao contrato de distribuição seletiva, os Acs. do STJ de 23.11.2006, Proc. n.º 06B2085; 15.11.2007, Proc. n.º 07B3933; STJ, de 13.9.2007, Proc. n.º 07B1958, 10.12.2009, 763/05.7TVLSB.SI, 17.05.2012, Proc. 99/05.3TVLSB.LI.SI, todos publicados em www.dgsi.pt/jstj

⁷¹ Sem razão, foi objetado relativamente à verificação do primeiro requisito que na concessão, sendo este argumento estendido à distribuição seletiva, e, em especial, na franquia, a angariação de clientela não resultava da atividade do distribuidor, mas do poder atrativo da marca (*Sogwirkung der Marke*). Nesse sentido, Bechtold, *Ausgleichsansprüche für Eigenhändler dargestellt am Beispiel des Automobilvertriebs*, NRW 1983, pp. 1397-1398, Fiammetta Coggi, *Le condizioni di fine rapporto, "I contratti di franchising. Organizzazione e controllo di rete"*, Luciano Pilotti/Roberto Pozzana (coord.), Egea, Milano, 1990, pp. 138 e ss. A doutrina tem contraposto que tal argumento não pode vingar, na medida em que também o agente beneficia da notoriedade da marca, sem que esse facto ponha em causa o preenchimento deste requisito, e, como assinala Pinto Monteiro, não é legalmente exigido que a atividade do agente seja o único fator responsável pela angariação de novos clientes ou aumento do volume de negócios. Será, no entanto, um fator a ponderar na determinação do preenchimento do requisito exigido pela

O preenchimento deste último requisito tem levantado maiores dificuldades, uma vez que, ao contrário da agência em que é o principal que contrata com os clientes, nos contratos de concessão, de franquia e de distribuição seletiva é o distribuidor que, atuando por conta própria, celebra os contratos com os clientes.

Com efeito, nestes esquemas negociais é extremamente difícil à contraparte beneficiar, depois da cessação do contrato, da clientela.

Este requisito poderá, no entanto, considerar-se preenchido, se a contraparte, aquando da cessação do contrato, tiver efetivo acesso à clientela angariada pelo distribuidor.⁷²

al. a) do art. 33.º do DL n.º 178/86 e, muito em especial, na determinação da indemnização. Nesse sentido, Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 167, nota 316, Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 157, 347-349.

Relativamente à concessão comercial foi apontado por alguma doutrina italiana que a indemnização de clientela, cuja origem é encontrada, como já referimos, nos acordos económicos coletivos, anteriores ao *Codice Civile*, surgiu num contexto particular, tendo como propósito a tutela específica do agente, sustentando que, estando em causa uma norma de proteção e de aplicação imperativa, não pode ser estendida ao contrato de concessão comercial. Por outro lado, também é acentuado que uma das prestações do agente é aumentar a procura dos bens, sendo a clientela, em primeiro lugar, do principal, enquanto na concessão o distribuidor atua em nome e por conta própria. Cfr., nesse sentido, Oreste Cagnasso, *Concessione di vendita*, Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell'economia, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, 1991, Cedam, Padova, 1991, pp. 388-389.

Também estes argumentos serão de rejeitar, quer relativamente ao contrato de concessão quer ao contrato de distribuição seletiva, na medida em que as normas imperativas e de tutela específica podem ser aplicadas por analogia desde que os interesses a tutelar sejam idênticos. Quanto ao segundo argumento, apenas se dirá que o concessionário, tal como o distribuidor seletivo, só terá direito à indemnização de clientela se efectivamente a perder com a cessação do contrato. Se esta se mantiver com este, obviamente que não há lugar à indemnização. Em ambos os contratos é exigido que o concedente ou produtor beneficie, ainda que potencialmente, da clientela angariada pelo concessionário.

⁷² Não é exigível, ao contrário do que a jurisprudência alemã inicialmente sustentou, que resulte do contrato a obrigação de transferência de clientela ou que o acesso à clientela seja um dever contratual, bastando que o concedente, o produtor ou o franquiador tenham efetivo acesso à clientela. Cfr. Peter Kindler, *L'indennità di fine rapporto spettante all'agente di commercio nel diritto tedesco*, cit., p. 823, Pinto Monteiro, *Os contratos de distribuição*, cit., pp. 165-166, Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 350-351.

Este raciocínio, apesar de inicialmente limitado pela doutrina e jurisprudência ao contrato de concessão comercial, também pode ser estendido aos contratos de franquia e de distribuição seletiva⁷³.

⁷³ O reconhecimento do direito do concessionário é pacífico na jurisprudência e doutrina nacional. Cfr. Acs. do STJ de 5.3.2009, Proc. 09B0297, de 31.03.2004, Proc. 04B545, de 21.04.2005, Proc. 05B603 e Proc. 04B3868, de 3.05. 2000, publicados em www.dgsi.pt/stj. Pinto Monteiro, *Os contratos de distribuição*, cit., 164, *idem*, *O contrato de agência*, cit., pp. 137-139, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 514, Menezes Leitão, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Almedina, Coimbra, 2006 cit., p. 84, Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 195, ressalvando que tal só se justifica se o contrato de concessão comercial se aproximar do contrato de agência, o que mantém em *A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial. Algumas observações*, Themis, II, 2001, pp. 320-321. Francisco Javier Valenzuela Garach, *El contrato de concesión mercantil y su extinción por denuncia unilateral*, RDM, 225, 1997, pp. 1319 e ss, Fernando Martínez Sanz, *La indemnización por clientela*, cit., pp. 346 e 357, Ignacio Moralejo Menéndez, *El contrato mercantil de concesión*, cit., pp. 317-321. Admitem a atribuição de clientela no âmbito do contrato de franquia Pinto Monteiro, *Os contratos de distribuição*, pp. 167-168, *idem*, *Contrato de agência*, cit., p. 49, sublinhando a delicadeza da questão, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 520, ainda que dependente de um juízo concreto, o que representa uma alteração em relação à posição do autor, *Do contrato*, cit., p. 83, em que a aplicação analógica era rejeitada com o fundamento que a clientela era angariada através da marca para o franquiado, Isabel Alexandre, *O contrato de franquia (franchising)*, cit., p. 369, propondo um análise casuística, Carlos Olavo, *O contrato de franchising*, Novas perspectivas do Direito Comercial, cit., pp. 171-172, Elsa Vaz Sequeira, *Contrato de franquia e indemnização de clientela*, Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2002, pp. 482-483, Luís Miguel Pestana Vasconcelos, *O contrato de franquia*, pp. 96 e ss, ressalvando, p. 98, que a prática confere a designação de contratos de franquia a contratos mistos de prestação de serviços e licença de marca ou licenças de exploração, nos quais, por já não estar em causa um genuíno contrato de franquia, o falso franquiado poderá aproximar-se do agente, assim se justificando a analogia. Luís Menezes Leitão, *A indemnização de clientela*, cit., p. 89, rejeita a aplicação analógica da indemnização de clientela ao contrato de franquia, por os clientes angariados pelo franquiado não serem clientes deste, mas do franquiador, rejeitando a existência de benefícios, dada a ausência de contrato entre os clientes e franquiador, a que acrescenta que o franquiado não sofre perda de remuneração com a cessação do contrato, já que explora diretamente o negócio, tendo de pagar ao franquiador uma retribuição pela licença de que beneficia. No entanto, admite que no contrato de franquia de distribuição possa haver lugar ao pagamento da indemnização, no âmbito do qual o franquiado é obrigado adquirir produtos, por se mostrar possível que o franquiado conquiste clientela, desde que com a cessação do contrato esta reverta para o franquiador. Fernando Martínez Sanz, *Contratos de distribución comercial: concesión y Franchising*, cit., pp. 366-367, apesar de manifestar reservas, como o mesmo admite, *La indemnización por clientela*, cit., p. 303, n. 673, Gallego Sánchez, *La franquicia*, cit., pp. 112-113, Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5 Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1999, pp. 771 e ss, Martinek, *Moderne*

Com efeito, a unanimidade em torno do reconhecimento do direito do concessionário à indemnização de clientela na jurisprudência e doutrina nacional, permite-nos afirmar que, pelo mesmos motivos, também ao contrato de distribuição seletiva, verificados os requisitos da analogia, poderá ser aplicado o regime do contrato de agência, em especial na cessação do contrato, ainda que salvaguardadas as particularidades dos contratos em causa.⁷⁴

vertragstypen, Band II-Franchising, Know-how, Verträge, Management und Consultingverträge, Verlag CH Beck, München, 1992, pp. 155-158, Canaris, *Handelsrecht*, C. H. Beck, München, 2000, pp. 388 e ss, Skaupy, *Franchising. Handbuch für die Betriebs – und Rechtspraxis*, München, 1989, pp. 120 e ss.

Em sentido oposto, Maria de Fátima Ribeiro, *O contrato de franquia (franchising)*, DJ, cit., p. 93, *idem*, *O contrato de franquia*, cit., pp. 273, 284-285, Manuel Pereira Barrocas, *O contrato de franchising*, ROA, 1989, pp. 127, 159-160, Bussani, Cendon, *I Contratti Nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza, Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 471-72 e Cagnasso, *Concessione di vendita e Franchising*, cit., p. 339, apesar de estes últimos considerarem pacífico o reconhecimento de um direito sobre a clientela sempre que um pacto de não concorrência impedir o franquiado de exercer atividade concorrencial.

Relativamente à franquia tem sido argumentado pela doutrina que, uma vez que o franquiado já beneficia de uma clientela preexistente, qualquer benefício será imputável ao franquiador, ignorando que o franquiado paga ao franquiador os benefícios que este lhe proporciona através do contrato. Nesse sentido, Pinto Monteiro, *Os contratos de distribuição*, cit., p. 168, nota 318. Todavia, como refere Pinto Monteiro, *ibidem*, na esteira de Canaris, também é, neste contrato de distribuição que se dá uma maior ingerência do produtor na conformação da atividade do franquiado, com maior integração na rede, aproximando-o mais do agente.

⁷⁴ Na jurisprudência, sobre a aplicação analógica do regime da agência, cfr. Acs. do STJ de 5.3.2009, Proc. n.º 09B0297, de 15.11.2007, Proc. n.º 07B3933, de 09.01.2007, Proc. n.º 06A4416, de 12.4.2005, Proc. n.º 04A4685, de 6.7.2005, Proc. n.º 04B4598, de 21.4.2005, Proc. n.º 05B603 e de 21.04.2005, Proc. n.º 04B3868 e de 05.06.1997, Proc. n.º 96B817, todos publicados em www.dgsi.pt/jstj. Na doutrina nacional, Pinto Monteiro, *Contrato de agência*, cit., pp. 67 e 148-151, *idem*, *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, cit., n.ºs 3 e 5, pp. 49 e ss, 75 e ss, respectivamente, *idem*, *Contratos de distribuição comercial*, cit., pp. 64-69, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., n.º 206, cit., pp. 207, 212, 219, Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 124-125, Pestana de Vasconcelos, *O contrato de franquia*, cit., pp. 73 e ss. Na doutrina europeia, vd. Martinez Sanz, *Contratos de distribución comercial: concesión y franchising*, Scientia Iuridica, XLIV, 1995, n.ºs 256/258, pp. 348-350, 365-367, Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, cit., pp. 769 e ss, Martinek, Semler, *Handbuch des vertriebsrechts*, cit., pp. 333 e ss, pp. 477 e ss, Canaris, *Handelsrecht*, cit., pp. 388 e ss.

De salientar que acompanhamos José Alberto Vieira, *O Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, 2006, p. 127, quando sustenta a manutenção da natureza imperativa dos arts. 33.º e 34.º, ainda que aplicados analogicamente. Cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição*, cit., p. 155, *Contrato de agência*, pp. 145-146, sobre a natureza imperativa destas disposições, considerando nula, nos termos do art. 809.º do CC e do art. 19.º da Diretiva, a renúncia

Na esteira de Pinto Monteiro, também consideramos que os prazos de pré-aviso previstos no art. 28.º não se mostram aplicáveis aos restantes contratos de distribuição, onde se inclui o contrato de distribuição seletiva, apesar de poderem funcionar como um ponto de referência.

Estes contratos implicam para o distribuidor um nível de investimentos que não se compadece com os prazos curtos previstos no regime da agência, devendo os prazos convencionados pelas partes ser apreciados, casuisticamente, à luz da boa-fé.⁷⁵

antecipada. O ilustre autor admite, no entanto, que através de um acordo prévio ou posterior à indemnização, possa ser fixado em termos razoáveis o montante da indemnização.

Em sentido contrário, nega a imperatividade da indemnização de clientela na aplicação analógica ao contrato de concessão, por ausência dos fundamentos que justificam o carácter injuntivo da norma no contrato de agência, Martinez Sanz, *La indemnizacion por clientela*, cit., pp. 330-331. O autor, *ob. cit.*, p. 330, sublinha como ponto de partida na abordagem a esta problemática que a aplicação do regime do contrato de agência por analogia é derivada da defeituosa regulamentação contratual pelas partes. No mesmo sentido, relativamente ao contrato de franquia, acompanhando Martinez Sanz, Elsa Vaz de Sequeira, *Contrato de Franquia e indemnização de clientela*, cit., pp. 483 e 484, muito embora considere que a ausência de natureza imperativa não prejudica a aplicação dos mecanismos gerais do direito, funcionem, nomeadamente, os artigos do Código Civil sobre vícios da vontade, sobre a boa-fé e, sobretudo, os mecanismos de tutela previsto no regime das cláusulas contratuais gerais, sendo certo que, por regra, estes contratos são concluídos com recurso a este tipo de instrumentos. Também Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, cit., p. 370, defende que os preceitos com natureza injuntiva do tipo de referência podem ser derogados se contrariados por estipulações da regulação contratada, reservando a prevalência dos preceitos do tipo de referência aos da regulação contratada aos casos em que o contrato é típico e pertence ao tipo de referência.

No entanto, admite que a manutenção do carácter injuntivo em tais preceitos, caso se conclua que, atentas as circunstâncias, se mantém no caso concreto e no contrato atípico as razões de ordem pública que fundaram a injuntividade que tinham no tipo de referência, caso em que considera a natureza imperativa tributária diretamente da Ordem Pública. Também Martinez Sanz, *La indemnizacion por clientela*, cit., p. 331, admite que a manutenção da natureza injuntiva na aplicação analógica a concessão comercial se, de um ponto de vista abstrato, o concessionário tiver uma necessidade de tutela idêntica à do agente, o que o autor nega em princípio, apesar de admitir que pontualmente pode ocorrer.

A nossa jurisprudência tem considerado nula a renúncia antecipada à indemnização de clientela no âmbito do contrato de concessão comercial, como resulta dos Acórdãos da Relação de Lisboa de 17.03.2009, Proc. n.º 8340/2008-7, de 29.03.2007, Proc. n.º 2985/06-6 e de 12.05.2009, Proc. n.º 763/05.7TVLSB-7, publicados em www.dgsi.pt/jtrl

⁷⁵ Cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de distribuição comercial*, cit., p. 138. A doutrina maioritária tem sustentado que o artigo 28.º do citado DL n.º 178/86 não é aplicável aos contratos de

Aderimos assim à doutrina que reconhece o estatuto "matriz" ao contrato de agência relativamente aos contratos de distribuição, onde se inclui o contrato de distribuição seletiva, admitindo, desde que, verificados os pressupostos legais, a aplicação por analogia do respetivo regime jurídico, assumindo especial pertinência a indemnização da clientela.⁷⁶

Esta solução vem de encontro a uma das inquietações do ordenamento jusconcorrencial da União Europeia, na medida em que a proteção do distribuidor é concebida como um meio de reduzir o risco de comportamentos restritivos da concorrência, ao reforçar a posição daquele em face do produtor.

Conclusão

O contrato de distribuição seletiva é um contrato-quadro celebrado entre o produtor e os revendedores selecionados, através do qual as partes se vinculam a um feixe de direitos e obrigações destinados a permitir a integração do revendedor na rede de distribuição seletiva e a sua sujeição à política comercial do produtor.

concessão comercial e de franquia, não só por estarem em causa prazos curtos, mas por estes contratos importarem, em regra, investimentos de muito maior vulto por parte do concessionário e do franquiado, do que os que em regra o agente tem, funcionando os prazos neste estabelecido para a comunicação da denúncia como indicadores. Nesse sentido, Maria de Fátima Ribeiro, *O contrato de franquia*, cit., p. 243, e Pestana de Vasconcelos, *O contrato de franquia*, p. 82. Esta posição tem sido seguida pela jurisprudência nacional, cfr. resulta dos Acs. do STJ de 9.1.2007, Proc. n.º 06A4416, ainda que reconhecendo que os prazos de pré-aviso estabelecidos possam ser usados como indicadores de referência, de 21.4.2005, Proc. n.º 05B603, de 13.05.2004, Proc. n.º 04A381, de 4/2/2003, Proc. n.º 02A744, de 10.10.2001, Proc. n.º 02A744, todos publicados em www.dgsi.pt/jstj. Na doutrina estrangeira, cfr. Cagnasso, *Concessione di vendita e franchising*, cit., 399. No sentido de o art. 28.º do DL 178/86 definir os prazos mínimos para o pré-aviso do contrato de concessão comercial por tempo indeterminado, ainda que em certos casos a boa-fé imponha o respetivo alargamento, cfr. Ac. do STJ de 12.04.2005, Proc. 04A4685, publicado em www.dgsi.pt/jstj. Não põe em causa a inadequação dos prazos do referido art. 28.º, aplicando-o ao contrato de concessão, o Ac. da Relação de Lisboa de 02.02.2006, Proc. 9219/2004-6, publicado em www.dgsi.pt/jtri

⁷⁶ Cfr. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., pp. 495-496.

A par destas obrigações, o produtor obriga-se a não fornecer produtos aos comerciantes que estão fora da rede, recaindo sobre os distribuidores da rede a obrigação de não vender produtos aos distribuidores fora da rede.

Estas obrigações de prestação de facto negativo dão origem a uma rede de distribuição fechada, na qual a comercialização dos produtos está circunscrita aos pontos de venda da rede.

Este contrato alicerça, assim, um sistema de distribuição, através do qual os produtos são comercializados exclusivamente através de distribuidores selecionados, de acordo com os critérios técnicos e de qualidade que o produtor reputa necessários à comercialização dos produtos junto do consumidor, surgindo, por isso, associado a grandes marcas, em especial de produtos de luxo, como cosmética, relojoaria e ourivesaria ou de alta técnica.

O produtor pode optar por uma seleção quantitativa, limitando o número de revendedores em determinado território, sem exigir determinadas qualificações, tendo como principal instrumento o reconhecimento de exclusividade sobre determinado território em favor dos revendedores selecionados.

Este contrato permite que o produtor controle a distribuição, assegure o prestígio da marca e a qualidade dos serviços de pré e pós-venda, através de uma cuidadosa seleção de revendedores e de instalações comerciais adequadas, assim, salvaguardando o acesso condicionado aos produtos e protegendo os investimentos que efetuou de forma a aumentar a sua notoriedade, onde se compreende a qualidade das matérias-primas, as ações publicitárias e promocionais.

O distribuidor, por seu turno, beneficia das sinergias derivadas da integração da rede, nomeadamente, a imagem e reputação da marca e o incremento da qualidade dos serviços de pré e pós-venda, no seguimento da política de marketing do produtor, com reflexo no aumento do volume de negócios.

O Direito da Concorrência da União Europeia tem prestado muita atenção a esta figura contratual, porquanto esta, apesar dos ganhos de eficiência, produz efeitos na concorrência, desde logo, diminuindo a concorrência intramarca e prevenindo as importações paralelas.

Nesse sentido, no que concerne a aplicação do art 101.º do TFUE, os tribunais da União Europeia consideram que é inerente a distribuição

seletiva uma restrição na concorrência, desde logo porque restringindo os distribuidores que comercializam o produto, limita a distribuição dos produtos, referida no art. 101.º, n.º 1, al. b) do TFUE.

Todavia, quer a jurisprudência da União Europeia quer a Comissão, têm admitido que a distribuição seletiva pode ser justificada pela natureza específica dos produtos e pelas exigências da sua distribuição, dado que contribui para melhorar a concorrência na parte em que esta não se exerce unicamente sobre os preços, um fator de concorrência em conformidade com o artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

O balanço entre os efeitos anticoncorrenciais e os benefícios pró-competitivos tem estado subjacente ao tratamento jusconcorrencial dado à distribuição seletiva, como transparece da jurisprudência da União Europeia e do Regulamento de Isenção por Categoria.

O contrato de distribuição, no plano interno, é uma figura contratual autónoma que se distingue dos restantes contratos de distribuição, tendo em comum a incorporação, com maior ou menor intensidade, do distribuidor na rede de comercialização do produtor, salvaguardada a respetiva autonomia jurídica, mas, ao mesmo tempo, com a vinculação ao cumprimento de um conjunto de obrigações, consideradas essenciais para a preservação e a manutenção da rede de distribuição e subordinação ao controlo e fiscalização pelo produtor.

Por esse motivo, sustentámos que este contrato autónomo integra-se na categoria dos contratos de distribuição, já afirmada na doutrina nacional e europeia, escorada na obrigação de o distribuidor zelar pelos interesses do produtor e de promover a distribuição dos bens e serviços do produtor, no contexto de uma relação duradoura de colaboração entre as partes, através da qual o distribuidor fica integrado, com maior ou menor intensidade, na rede de distribuição do produtor.

O reconhecimento a estes contratos da mesma função económico-social permitiu-nos, conforme já defendido pela doutrina e pelos tribunais, relativamente ao contrato de concessão comercial e ao contrato de franquia, defender a aplicação, por via da analogia, do regime jurídico do contrato de agência, em especial na atribuição de indemnização de clientela.

I. C
C
nac
des
nãc
cia
que
de
des
tãc
Co
una
efe
boi
xoi
iso
de
.....
*
1
2
3