I

AS RESTRIÇÕES VERTICAIS, CONCORRÊNCIA CONTRATUAL E A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSACÇÃO

VERTICAL RESTRAINTS, CONTRACTUAL COMPETION AND TRANSACTION COST THEORY

SÓNIA DE CARVALHO*

RESUMO: A subordinação da actividade produtiva à lei da oferta, decorrente da Revolução Industrial, transformou, de forma profunda, os esquemas tradicionais da distribuição comercial.

É, neste contexto, que é desenvolvida a distribuição indirecta integrada, na qual o distribuidor, através de estipulações contratuais inseridas nos contratos, para além de suportar os riscos e custos inerentes à sua actividade, fica sujeito à imposição de limites ao exercício da sua actividade resultantes da integração na política e estrutura comercial do produtor, beneficiando de uma posição privilegiada junto do produtor.

Estas cláusulas, características de contratos celebrados entre partes situadas em diferentes níveis da cadeia de produção, onde se incluem a imposição de um preço de revenda fixo ou mínimo, o reconhecimento de exclusividade em função do território e da clientela, a obrigação de marca única, dada a vantagem concorrencial em que colocam o distribuidor, afectam a concorrência, sendo, por isso, qualificadas de restrições verticais.

Neste paper, pretendemos demonstrar, com apoio na Teoria dos Custos de Transacção, que as restrições verticais, tendo por finalidade a redução dos custos da transacção, decorrentes de falhas de mercado, facilitam uma alocação de recursos mais eficiente, enquanto promovem a superação do modelo tecnológico de concorrência pela concorrência contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Restrições verticais, Custos de transacção, Concorrência contratual.

ABSTRACT: The subordination of productive activity to the law of supply, resulting from the Industrial Revolution, profoundly transformed the traditional schemes of commercial distribution.

It is within this context that the integrated indirect distribution will be developed. The distributor, through contractual stipulations included in the contracts, besides bearing the

* Sónia de Carvalho, Professora Auxiliar Convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do IPMAIA. Investigadora do IJP; Advogada; Porto; Portugal. Direção correio eletrónica: scarvalho@upt.pt.

risks and costs inherent to his activity, has to accept limits arising from the integration into the policy and commercial structure of the producer.

The distributor, nevertheless these restrictions, benefits from a privileged position near the producer.

These clauses, which are inherent to contracts concluded between parties located at different levels of the production process, such us *minimum and fixed price Resale Price* maintenance, exclusivity concerning the territory into which or the customers to whom the buyer may sell, given the competitive advantage granted to the distributor, are considered to affect competition. For this reason, are known as vertical restraints.

In this paper, we intend to demonstrate, with support in the Theory of Transaction Costs, that vertical restraints, aimed at reducing transaction costs, due to market failures, enable a more efficient allocation of resources, while promoting the overcoming of technological competition by contractual competition.

KEYWORDS: Vertical restraints, Transaction Costs, Contractual competition.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. MODELOS DE DISTRIBUIÇÃO COMERCIAL. III. A INCOMPREENSÃO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO MODELO DE CONCORRÊNCIA PERFEITA. IV. A REABILITAÇÃO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS PELA ESCOLA DE CHICAGO. V. A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSACÇÃO E A CONCORRÊNCIA CONTRATUAL. VI. CONCLUSÃO.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. COMMERCIAL DISTRIBUTION MODELS. III. THE INCOMPREHENSION OF VERTICAL RESTRAINTS IN THE MODEL OF PERFECT COMPETITION. IV. THE REHABILITATION OF VERTICAL RESTRAINTS BY THE CHICAGO SCHOOL. V. THE THEORY OF TRANSACTION COSTS AND CONTRACTUAL COMPETITION. VI. CONCLUSION.

I. INTRODUÇÃO

A distribuição comercial corresponde, no processo económico, à actividade de intermediação entre a oferta e a procura, através do qual o produtor, com recurso a intermediários, consegue fazer chegar os produtos e serviços aos consumidores, enquanto, ao mesmo tempo, procura conhecer e satisfazer as exigências destes últimos.

Se é certo que, ao longo da história, a distribuição, como complexo de actividades referentes à transferência de bens e serviços, mediante uma contraprestação monetária, do produtor para o consumidor, esteve abrangida pelo conceito de comércio, actividade existente desde os primórdios da civilização, também é verdadeiro que, desde a revolução industrial, a distribuição adquiriu autonomia, passando a estar entregue a intermediários especializados em distribuir bens[1].

[1] Nesse sentido, A. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 34, M. H. BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 2, R. BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, 8.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 1. R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, p. 8, acrescenta ainda

A revolução industrial trouxe novas técnicas de produção e a mecanização que permitiram que a produção dirigida para autoconsumo fosse substituída por uma produção excedentária, em grande escala, que fez surgir a necessidade de escoamento de bens.

Até à revolução industrial, o comerciante era o sujeito activo do desenvolvimento económico, analisando as necessidades do mercado e condicionando a actividade produtiva.

Com o advento do capitalismo industrial, a empresa industrial passou a assumir o papel central do sistema económico, sendo o comércio relegado para um papel secundário[2].

Os produtores começaram a sentir a necessidade de recorrer a intermediários que assumissem a distribuição dos produtos em diversos mercados, nomeadamente, em mercados distantes.

A distribuição começa a autonomizar-se da fase produtiva, apresentando-se como uma actividade auxiliar da indústria.

A organização estrutural do processo de distribuição irá sofrer uma alteração radical, com a subordinação da actividade produtiva à lei da oferta, ou seja, à procura do bem ou serviço em causa.

A distribuição comercial deixou de estar centrada na distribuição física dos produtos, passando a assumir um conjunto de actividades destinadas a ajustar a oferta à procura, nas quais se inclui a angariação de clientela, a prestação de serviços pós-venda, financiamento e assunção de riscos, assessoria, promoção e publicidade, entre outras.

Estas actividades estão articuladas em processos mais ou menos complexos[3].

As profundas alterações verificadas nas formas tradicionais de comércio tornaram instrumentos jurídicos até aí utilizados inadequados, nomeadamente a compra e venda e a comissão.

O excesso de oferta, por seu turno, impulsionou o desenvolvimento de técnicas de comercialização, destinadas a conseguir, com o menor custo, a aproximação dos produtos ao consumidor.

---

que a substituição do termo comércio pela distribuição não é acidental, reflectindo as alterações sofridas com a revolução industrial na relação produção – intermediação comercial.

[2] R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, p. 10. Actualmente, como dá nota M. F. RIBEIRO, *O Contrato de Franquia, (Franchising), Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 38, esta realidade está a ser posta em causa pela grande distribuição comercial, supermercados, hipermercados, centros comerciais, que, de novo, voltam a condicionar a produção.

[3] Cfr. I. MORALEJO MENÉNDEZ, *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 27. Sobre as funções da distribuição, cfr. E. DIEZ DE CASTRO, A. NAVARRO GARCIA, «Distribución comercial», E. DIÈZ DE CASTRO (coord.), *Naturaleza de la distribución*, 3.ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 2004, pp. 7 e ss, S. MIQUEL PERIS, F. PARRA GUERRERO, C. LHERMIE, M. J. MIQUEL ROMERO, *Distribución comercial*, 5.ª ed., ESIC Editorial, 2006, pp. 69 e ss, CASARES RIPOL, REBOLLO ARÉVALO, *Distribución comercial*, 3.ª ed., Thomson, Civitas, 2005, pp. 25 e ss.

A distribuição começa a representar o meio principal para aumentar os lucros da empresa, assumindo diferentes modalidades.

II. Modelos de distribuição comercial

A distribuição, de acordo com um esquema tendencialmente redutor, pode ser directa ou indirecta[4].

Na distribuição directa, a mercadoria é transferida directamente do produtor para o consumidor final.

Nesta forma de distribuição, estão incluídas as vendas efectuadas por intermédio de auxiliares dependentes do produtor, bem como as vendas realizadas através de centros de venda do produtor[5].

[4] A distribuição é directa, conforme refere F. Bacchini, *Nuove forme speciali di vendita ed il franchising. Vendita self Service nei grandi magazzini. Vendila a mezzo di distributore automatico*, Cedam, Padova, 1999, p. XI, seja porque a venda é feita directamente na sede da empresa produtora, seja porque a empresa assume todas as funções inerentes à comercialização do produto, ainda que a venda não seja feita na sede da empresa. R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, pp. 11-12.

[5] Também é considerada uma forma de distribuição directa a venda, a cargo de uma sociedade criada para o efeito, pela empresa produtora e que com esta está numa relação de domínio. Apesar de se tratar de um ente jurídico autónomo, que actua em nome próprio, não há independência jurídica material, uma vez que o centro de decisão pertence à empresa produtora, nem independência económica. Nesse sentido, cfr. G. Santini, *Commercio e Servizi, Due saggi di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 150, 156-160.

E. Gallego Sánchez, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, p. 30, também distingue a distribuição directa através de órgãos próprios e distribuição directa através de órgãos estranhos ao produtor, incluindo na primeira situação as sucursais, filiais e auxiliares dependentes e na segunda os agentes e comissários. Nesse sentido, M. Dominguez Garcia, *Aproximación al regimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distributore*, RDM, 1999, Jan-Dez, p. 425. Também inserem o contrato de agência na distribuição directa, M. Perassi, «Il contratto di agenzia», *Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell'economia*, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1991, p. 420, O. Cagnasso, «Concessione di vendita e Franchising», *Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell'economia*, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1991, p. 379, F. Martinez Sanz, *Contratos de distribución comercial: concesión y franchising*, Scientia Iuridica, XLIV, 1995, n.º 256/258, p. 346.

Consideramos que, relativamente aos agentes e comissários, impõe-se verificar o grau de subordinação existente em relação ao produtor, pois, como sujeitos juridicamente autónomos que exercem a sua actividade com autonomia, assumindo o risco relativamente à remuneração e o custo da actividade, não deveriam, por princípio, estar incluídos na distribuição directa, onde é pressuposto essencial a dependência jurídica, material e económica relativamente ao produtor. O que não significa que uma análise casuística não possa revelar esse nível de dependência. Cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de Distribuição Comercial*, *op. cit.*, p. 103. Inserem a agência na distribuição integrada indirecta, A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, I Volume, Almedina, Coimbra, 2001, p. 492, Santini, *Commercio e Servizi*, *op. cit.*, p. 162, numa perspectiva para a qual propendemos.

R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, p. 13, inclui o agente na distribuição directa, atento o perfil económico, mas exclui-o da categoria jurídica dos contratos de distribuição.

Nesta modalidade, o produtor faz uma integração vertical de todas as funções atinentes ao comércio do produto, que passam a ser realizadas pelos seus trabalhadores dependentes, mantendo, assim, o controlo do processo de comercialização do produto.

Na distribuição indirecta, o produtor dedica-se exclusivamente à produção, sendo a distribuição entregue a operadores independentes, juridicamente autónomos.

A constatação pelo produtor que a forma de distribuição mais eficiente terá, por um lado, de permitir a minimização dos custos inerentes à aproximação dos produtos ao mercado, como custos de armazenamento, de transporte, entre outros, a minimização dos custos com a planificação e direcção da distribuição, e, por outro, dotar o produto de valor acrescentado, justificou que, paulatinamente, os distribuidores se integrassem na política e aparelho comercial do produtor[6].

A distribuição indirecta integrada é, essencialmente, caracterizada pela existência de coordenação entre a produção e a comercialização, até aí ausente da distribuição indirecta.

Na distribuição indirecta integrada, o distribuidor, para além de suportar os riscos e os custos inerentes à sua actividade, fica sujeito à imposição de limites ao exercício da sua actividade resultantes da integração na política e estrutura comercial do produtor.

Como contrapartida por esta limitação, o produtor, através de um conjunto de cláusulas contratuais, nas quais, entre outras, reconhece a exclusividade do distribuidor numa determinada zona geográfica ou relativamente a determinada clientela ou imposição de um preço de revenda fixo ou mínimo, atribui uma posição priviligiada ao distribuidor[7].

Com efeito, a imposição de um preço de revenda fixo ou mínimo, a distribuição selectiva, o reconhecimento de exclusividade em função do território e da clientela são meios, dada a vantagem concorrencial em que colocam o distribuidor, ao alcance do produtor para cativar o distribuidor a integrar-se na política e estrutura comercial, com as limitações daí decorrentes.

Os preços de revenda fixos ou mínimos e a exclusividade permitem que os distribuidores se dediquem à qualidade de prestação de serviços oferecidos à clientela, uma

---

O direito da concorrência da União Europeia também parece incluir o agente na distribuição directa, considerando-o um órgão auxiliar integrado na empresa do principal, sendo critério distintivo do contrato de agência genuíno dos restantes contratos, o facto de o agente constituir com o principal uma unidade económica, apesar de ser juridicamente autónomo. Nesse sentido, Acórdão de 24.10.1995, *Bundeskartellamt contra Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*, Processo C-266/93, Colect. 1995 p. I-03477, ponto 19 e o Acórdão do TJ de 14.12.2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos SA*, Processo C-217/05, Colect. 2006 p. I-11987, pontos 44 a 46.

[6] Cfr. VÁSQUEZ CASIELLES, TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, *Distribucion comercial: estratégias de fabricantes y detallistas*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 23 e ss, CASARES RIPOL, REBOLLO ARÉVALO, *Distribución comercial*, *op. cit.*, pp. 43 e ss, É E. DIEZ DE CASTRO, A. NAVARRO GARCIA, «Distribución comercial», *op. cit.*, pp. 13 e ss, S. M. PERIS, S. MIQUEL PERIS, F. PARRA GUERRERO, C. LHERMIE, M. J. MIQUEL ROMERO, *Distribución comercial*, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

[7] Nesse sentido, *vd.* O. CAGNASSO, «Concessione di vendita e Franchising», *op. cit.*, pp. 379-380.

vez que foi eliminada a concorrência em função do preço e também acautelado o risco de parasitismo por outros distribuidores, tornando-o mais disponível a concretizar as directrizes do produtor no que diz respeito à política comercial[8].

A distribuição selectiva assegura ao distribuidor lucros mais altos, nomeadamente, através de cláusulas em que o produtor se obriga a fornecer, em regime de exclusividade, aos distribuidores da rede, recaindo sobre estes a obrigação de não vender a distribuidores fora da rede[9].

A doutrina mais recente, por este motivo, tem sustentado a existência de uma terceira via, a distribuição coordenada, que nem é directa, nem indirecta, mas na qual é possível coordenar a fase da produção e da distribuição, através de estipulações contratuais inseridas nos contratos, com salvaguarda da autonomia jurídica das partes[10].

O clausulado pactuado torna possível, num maior ou menor nível, a ingerência do produtor, com respeito pela independência jurídica das partes, assim se falando de uma *integrazione verticale convenzionale*[11].

O produtor consegue, através de um conjunto de cláusulas contratuais, organizar ou controlar um canal de distribuição, sem criar uma rede de distribuição directa, mantendo, no entanto, os distribuidores, autonomia jurídica e actuando por seu próprio risco.

As novas tecnologias informáticas e telemáticas e as novas tecnologias de organização facilitam várias formas de coordenação.

Em contratos, como a concessão comercial e o *franchising*, é possível assistir a uma integração do distribuidor na rede de produtor, ainda que, com graus de intensidade distintos, através da atribuição e reconhecimento de direitos de propriedade intelectual[12].

[8] Nesse sentido, *vd.* R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, pp. 35 e ss.

[9] Nesse sentido, *vd.* R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, pp. 65 e ss.

[10] Nesse sentido, R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, pp. 1-2.

[11] Expressão de R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, *op. cit.*, pp. 1-2.

[12] Relativamente à franquia, alguma doutrina autonomiza-a como um canal de distribuição associado, dada esta integração tão intensa. S. MIQUEL PERIS, F. PARRA GUERRERO, C. LHERMIE, M. J. MIQUEL ROMERO, *Distribución comercial*, *op. cit.*, pp. 81 e ss. A. FRIGNANI, *Il franchising*, UTET, Torino, 1990, pp. 78-79, afirma que este é um *distributore integrato*, ainda que possa ser *um «fratello separato»* com problemas de natureza particular.

Sublinhamos ainda que sufragamos a noção ampla de direitos de propriedade intelectual, onde se incluem todos os direitos referentes à actividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico, na esteira do defendido no art. 2.°, viii da Convenção da OMPI e do Acordo TRIPS – ADPIC integrado no *Agreement Establishing the World Trade Organization*, assinado em Marrocos, em 15 de Abril de 1994.

Esta noção ampla corresponde à adoptada pela jurisprudência da União Europeia e pela Comissão, pese embora a referência, à semelhança do que sucedia com o art. 30.° do Tratado CE, à protecção da propriedade industrial e comercial no art. 36.° do TFUE. Cfr., entre outros, no que se refere aos acordos verticais, o *Regulamento (UE) n.° 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.°, n.° 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*, JO L 102 de 23.4.2010. Para maiores desenvolvimentos, cfr. S.

O produtor, através da distribuição coordenada, consegue garantir o escoamento dos produtos e uma melhor programação das vendas e das actividades de *marketing*, reduzindo os custos de distribuição, tornando a distribuição mais eficiente.

Estes modelos de distribuição directa e indirecta, acima referidos, dificilmente, serão executados, no mercado, pois, como todas as construções teóricas, raramente, conseguem ser concretizados nas suas versões puras.

A doutrina aponta, com razão, que é pouco plausível que o produtor tome a seu cargo todas as funções e custos inerentes a uma distribuição dos seus produtos até ao consumidor ou que renuncie a exercer qualquer influência sobre a comercialização dos seus produtos[13].

A distribuição coordenada, ao situar-se num nível intermédio entre aqueles dois modelos extremos de distribuição, é a modalidade que está subjacente aos sistemas de distribuição implementados na prática, nomeadamente, à distribuição indirecta integrada.

O desenvolvimento das práticas comerciais e das novas técnicas de *marketing* veio alterar estruturalmente os contratos de distribuição, que passaram a conter cláusulas que põem a cargo do distribuidor não só a compra de produtos, mas a promoção da comercialização e angariação de clientela, de acordo com a política comercial delineada pelo produtor, assim integrando o distribuidor na rede[14]. Em simultâneo, a cláusula de exclusividade a favor do distribuidor ou de ambas as partes, até aí considerada uma cláusula essencial, começou a assumir um papel acessório[15].

A estas cláusulas, inerentes aos modelos de distribuição coordenada, vão ser atribuídos benefícios e efeitos nefastos no jogo da concorrência, seja quando surgem isoladas ou articuladas em múltiplos esquemas negociais, despertando, na literatura económica, em especial norte-americana, acesos debates em torno da sua justificação.

Assim se compreende que, quer o direito da concorrência norte-americano, quer o ordenamento jusconcorrencial da União Europeia vão dar particular atenção a estes acordos, variando, todavia, a permeabilidade à análise económica[16].

PAIS, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo Europeu,* Universidade Católica Editora, 2011, pp. 35-37.

Por último, assinalamos que os arts. 48.º e 1303.º do CC já acolhem esta noção ampla de direito de propriedade intelectual. Cfr. A. LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Da franquia da empresa*, BFD, vol. 73, 1997, p. 265, n. 48, *idem, Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Studia Juridica 55, BFD, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 123 e ss, referindo o efeito da tecnologia informática na aproximação da propriedade industrial à propriedade intelectual.

[13] Cfr., R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione, op. cit.*, p. 16, M. H. BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial, op. cit.*, p. 10.

[14] Nesse sentido, *vd.* A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti,vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 257.

[15] Cfr. a evolução descrita por R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione, op. cit.*, pp. 169 e ss.

[16] Cláusulas como a imposição de preços fixos ou mínimos, as restrições que conferem protecção absoluta em função da clientela e do território, restrições de vendas activas ou passivas a clientes finais

Com efeito, estas cláusulas, sob o ponto de vista da concorrência, são consideradas restrições da concorrência, na medida em que, em alguns casos têm efeitos negativos na concorrência intermarcas, como a obrigação de não concorrência e as vendas subordinadas, enquanto, noutros casos afectam essencialmente a concorrência intramarca, como é o caso da exclusividade em função do território e da clientela e a fixação de preços de revenda, conduzindo a uma compartimentação dos mercados, entendida como uma das maiores limitações à construção europeia do mercado único, tudo consequências potenciadas pelos efeitos cumulativos da utilização destas restrições por redes paralelas de distribuição e pela combinação das várias restrições entre si.

Estas cláusulas, uma vez que são características de contratos de distribuição, ou seja, de contratos celebrados entre partes situadas em diferentes níveis da cadeia de produção e distribuição de bens e serviços, merecem a qualificação de restrições verticais[17].

Propomo-nos demonstrar, ao longo deste paper, que estas restrições verticais, pese embora os receios que suscitam no direito da concorrência, têm uma justificação económica.

III. A INCOMPREENSÃO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS NO MODELO DE CONCORRÊNCIA PERFEITA

A hostilidade do direito da concorrência relativamente a estas cláusulas, que, nos Estados Unidos, ficou conhecida por *inhospitality tradition of antitrust*[18], *é explicada* pelo modelo da concorrência da teoria de preço, sufragado pela Escola de Harvard, nos anos 30.

---

por retalhistas integrados num sistema de distribuição selectiva, as restrições aos fornecimentos cruzados nos sistemas de distribuição selectiva, bem como as restrições que limitem a capacidade de o fornecedor vender componentes como peças sobresselentes a utilizadores finais ou a estabelecimentos de reparação ou a outros prestadores de serviços não autorizados pelo comprador para a reparação ou assistência dos seus bens são restrições de concorrência por objecto, ou seja, são aquelas cuja natureza grave e a experiência permitem presumir a produção de efeitos negativos na concorrência, contrariando os objectivos do direito da concorrência da União. Por esse motivo, fazem parte das *Hardcore restrictions, estando, por isso,* excluídas da Isenção por Categoria do Regulamento 330/2010 (art. 4.º) e da *Comunicação da Comissão – Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, JO C 291 de 30.8.2014, pp. 1-4, ponto 13.

[17] Os contratos de distribuição, na perspectiva adoptada neste paper, correspondem aos contratos, através dos quais o distribuidor se integra na rede distributiva do produtor, sujeitando-se a certas obrigações, mediante contrapartidas, colaborando de forma estável e continuada com o produtor para a distribuição dos seus produtos, constituindo um elo de ligação entre este e o consumidor. Neste sentido, BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia, op. cit.*, p. 1, BALDI, *Il diritto della distribuzione commerciale nella Europa comunitaria*, Padova, 1984, pp. 8-9, MARTINEK, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts: Belieferungs, Fachhandle-, Vertragshandler, Agentur und Franchise-Systeme*, 3.ª ed., RWS, Köln, 1992, pp. 1 e 18-20, M. H. BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial, op. cit.*, pp. 10-11.

[18] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, New York, 1985, pp. 19, 370-373, sobre a inhospitality tradition of antitrust, F. H.

Estes investigadores desenvolveram o paradigma S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*), no âmbito do qual a estrutura do mercado determinava a conduta das empresas que, por sua vez, condicionava o desempenho, nomeadamente, no que se refere ao crescimento, progresso técnico, rentabilidade, entre outros.

O desempenho das empresas era, assim, condicionado pela estrutura de mercado, ou seja, pelo número de empresas no mercado e pelo seu tamanho[19].

Numa aproximação à concorrência perfeita, este modelo pressupõe um mundo atomístico em que um conjunto de empresas vende produtos homogéneos e em que nenhum indivíduo ou empresa pode unilateralmente influenciar os preços, *output* ou quaisquer outros termos do comércio[20].

A Escola de Harvard tem, como ponto de partida, o modelo da concorrência da teoria de preço, ou seja, pressupõe um mundo atomístico em que um conjunto de empresas vende produtos homogéneos e em que nenhum indivíduo ou empresa pode unilateralmente influenciar os preços, *output* ou quaisquer outros termos do comércio[21].

EASTERBROOK, Response, *Is There a Ratchet in Antitrust Law?*, Texas Law Review, vol. 60, 1982, p. 715. Esta frase «*inhospitality tradition of antitrust*» tem origem em D. F. TURNER, *Some Reflections on Antitrust*, N.Y. ST. B.A. ANTITRUST L. SYMP., 1966, pp. 1-2: «*I approach territorial and customer restrictions not hospitably in the common law tradition, but inhospitably in the tradition of antitrust law.*»

[19] Cfr. H. HOVENKAMP, *The antitrust enterprise. Principle and execution*, Harvard University Press, 2008, p. 36, *idem, United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, Minnesota Law Review, vol. 94, 2009, p. 350. A Escola de Harvard vai desempenhar um papel muito importante na política da concorrência norte-americana entre 1940s e 1970s, tendo como principais mentores Chamberlin e Edward S. Mason da Harvard Economics Faculty e Joe S. Bain, que, apesar de doutorado sob orientação de Mason, em Harvard, esteve ligado, grande parte da sua vida, ao departamento de Economia da *University of California* em Berkeley. Nos anos 50, destacam-se os contributos de C. KAYSEN, D. TURNER, nomeadamente, com a obra *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, Harvard University Press, 1959, para a construção desta escola económica na concorrência, sendo uma das obras mais representativas desta Escola. Nesse sentido, cfr. E. S. Mason, no prefácio a esta obra, p. XIX. Durante os anos 70, esta Escola vai sofrer uma transformação, tornando-se mais próxima da Escola de Chicago, como dá nota R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. L. Rev., vol. 127, 1978-1979, p. 925. Alguma doutrina critica a pouca importância que a academia tem dado à influência que a Escola moderna de Harvard desempenhou no direito da concorrência norte-americano, tratando os seus investigadores como figuras de segunda linha ou mesmo ignorando-os. Cfr., nesse sentido, W. E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, COLUM. BUS. L. REV., 2007, p. 28.

[20] Cfr. J. BAIN, *Pricing, distribution, and employment: economics of an enterprise system*, H. Holt, 1948, pp. 95-135. A. J. MEESE, *Reframing Antitrust in Light of Scientific Revolution: Accounting for Transaction Costs in Rule of Reason Analysis*, HASTINGS LJ, vol. 62, 2010, pp. 466 e ss.

[21] Cfr. J. BAIN, *Pricing, distribution, and employment: economics of an enterprise system*, *op. cit.*, pp. 95-135. A. J. MEESE, *Reframing Antitrust in Light of Scientific Revolution: Accounting for Transaction Costs in Rule of Reason Analysis*, *op. cit.*, pp. 466 e ss.

Este modelo está alicerçado em premissas que permitem concluir que as empresas e os indivíduos podem recorrer ao mercado para conduzir a sua actividade económica, sem custos[22].

A informação, por parte dos compradores, acerca dos produtos que adquirem presume-se perfeita, sendo que quando os consumidores não têm esta informação, presume-se que a podem absorver através da iniciativa da empresa, também sem custos[23].

Os custos de negociação e de imposição são inexistentes, partindo da premissa que as partes podem celebrar entre si contratos completos que os tribunais facilmente podem impor[24].

A informação e contratação perfeitas assumidas, neste modelo, excluíam a existência de comportamentos oportunistas[25].

Em síntese, a teoria do preço defende um modelo no qual as partes recorrem ao mercado, sem suportar custos.

O mercado, nesta abordagem, é constituído por um conjunto de empresas que adquirem *inputs* e comercializam os produtos finais a preços uniformes junto dos consumidores, através de trocas apoiadas em contratos *standard* com os consumidores ou distribuidores[26].

A empresa é a unidade desta análise, sendo-lhe atribuída uma função meramente tecnológica e de alocação de recursos[27].

Neste modelo, a empresa adquire *inputs* no mercado que, depois de transformados em produtos finais, vende no mercado, sendo a quantidade de produto produzida e o custo determinado pela função de produção da empresa, ou seja, pela relação matemática entre os custos de *input* e o *output* da empresa[28].

[22] F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921, pp. 76-86.

[23] F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, *op. cit.*, pp. 77-78.

[24] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, *op. cit.*, p. 7.

[25] F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, *op. cit.*, pp. 78-79.

[26] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, *op. cit.*, pp. 18-19, 23-26. R. N. LANGLOIS, *Contract, Competition, and Efficiency*, BROOK. L. REV., vol. 55, 1989, pp. 834-35, sublinha que a teoria tradicional da empresa terá reflexo no paradigma de transacção acolhido pela teoria clássica do contrato, caracterizado pela troca, cujos termos estão previamente fixados, de produtos indiferenciados entre agentes indiferenciados.

[27] R. N. LANGLOIS, *Contract, Competition, and Efficiency*, *op. cit.*, p. 834, explica que, por isso, a empresa era considerada uma *black box* que transforma *inputs* em *outputs*. Cfr. R. H. COASE, *The Institutional Structure of Production*, AM. ECON. REV., vol. 82, n.º 4, 1992, p. 5.

[28] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, *op. cit.*, pp. 7, 23-26. O nível de *output* era determinado, pela empresa, com base no preço fixado no mercado para o produto e para os *inputs*, onde obviamente se inclui o trabalho.

Este processo permitia, no modelo de concorrência perfeita, explicar as decisões de consumo e produção que maximizavam o bem-estar da sociedade com os seus recursos limitados[29].

As empresas decidiam produzir ou comprar, comparando os custos da produção interna com os custos de recorrer ao mercado[30].

As fronteiras naturais da empresa, nesta perspectiva, resultavam destes custos que, por sua vez, estavam dependentes da tecnologia de produção.

Nesse sentido, a integração vertical era justificada com fundamentos tecnológicos, ou seja, quando se verificassem economias de escala que permitissem reduzir o custo de produção.

Ora, sempre que a justificação tecnológica estivesse ausente ter-se-ia de presumir que a integração era uma tentativa de obter ou manter poder de mercado[31].

A constatação que o mundo real é muito distinto do arquétipo desenhado no modelo da concorrência perfeita estará na origem da *workable competition*, a qual irá exercer uma influência decisiva na Escola de Harvard[32].

A *workable competition*, na noção proposta por Clark, pretendia demonstrar que as empresas podem realizar eficiências tecnológicas, reduzindo os custos de produção, aumentando o *output* e investindo na diferenciação do produto, por forma a satisfazer as preferências dos consumidores.

Esta concepção veio reforçar a função tecnológica da empresa, no âmbito da qual é justificada a expansão tecnológica[33].

Esta formulação considerava que o monopólio e a concorrência não são modelos alternativos, podendo coexistir na realidade[34].

A concorrência neste modelo não surge apenas dependente do preço, mas de um conjunto de factores como a standardização do produto, o número e tamanho dos produtores, método de determinação do preço, métodos de venda, as características geográficas da distribuição e consumo, características e meios de informação no mercado, capacidade

[29] E. S. MASON, *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States*, HARV. L. REV., vol. 62, 1949, pp. 1266-67.

[30] J. BAIN, *Industrial organization*, Jonh Wiley & Sons, Inc, New York, 1959, pp. 177-80.

[31] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, op. cit.*, p. 366. A. J. MEESE, *Price Theory, Competition, and the Rule of Reason*, U. ILL. L. REV, vol. 77, 2003, pp. 115-119.

[32] Cfr. E. S. MASON, Monopoly in Law and Economics, Yale L.J., vol. 47, 1937, p. 35, *idem*, The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, op. cit., pp. 1271-76.

[33] A integração vertical que não seja resultado de eficiência tecnológica é presumidamente anticoncorrencial. Cfr. C.KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis, op. cit.*, pp. 120-23.

[34] W. ADAMS, *The «Rule of Reason»: Workable Competition or Workable Monopoly?*, Yale L J., vol. 63, 1954, p. 349.

de controlo da produção, variação dos custos perante alterações na dimensão da empresa e a flutuação da produção e flexibilidade da capacidade produtiva[35].

Nesse sentido, as preferências heterogéneas dos consumidores começaram a justificar o interesse das empresas em investir na criação de produtos diferenciados destinados a satisfazer essa procura, ainda que a diferenciação do produto se cifre em poder de mercado.

Por outro lado, dentro da noção tecnológica da empresa, foi reconhecida a tendência das empresas a desenvolverem os seus produtos e métodos de produção, por forma a alterar a função produtiva e a baixar os custos, sendo, neste contexto, que vão ser compreendidas as fusões, com o objectivo de obter economias de escala[36].

O poder de mercado associado à diferenciação do produto e às economias de escala, apesar de poder resultar numa alocação menos correcta dos recursos da empresa, ao permitir que a empresa reduzisse o *output* abaixo do nível ideal, apresentava ganhos que superavam as perdas existentes na alocação de recursos na sequência do exercício de poder de mercado[37].

Nessas circunstâncias, a *workable competition* foi considerada, como sendo a mais adequada, a orientar o direito da concorrência[38].

[35] Cfr. J. M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, AM. ECON. REV., vol. 30, 1940, pp. 241-46. H. HOVENKAMP, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, *op. cit.*, p. 321, «*the most pragmatic theoretician of mid-century competition policy.*»

[36] J. BAIN, *Industrial organization*, *op. cit.*, pp. 84-85, C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, *op. cit.*, p. 128, J. B. DIRLAM, A. E. KAHN, *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, Cornell University Press, Ithaca, 1954, p. 33.

[37] A diferenciação do produto tinha como benefício satisfazer as preferências dos consumidores, apresentando ganhos que neutralizavam as consequências de um eventual exercício de poder de mercado. Cfr. MASON, *Monopoly in Law and Economics*, *op. cit.*, p. 36. Também as economias de escala ao permitirem a redução de custos realizavam ganhos de eficiência que maximizavam o bem-estar social, superando as ineficiências na alocação de recursos C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, *op. cit.*, pp. 6-8, J. B. DIRLAM, A. E. KAHN, *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, *op. cit.*, p. 32.

[38] J. BAIN, *Industrial organization*, *op. cit.*, pp. 13-17. G. W. STOCKING, *On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide*, Antitrust Bull. vol. 2, 1956-1957, p. 3. Cfr. J. B. DIRLAM, A. E. KAHN, *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, *op. cit.*, p. 31.

A *rule of reason* era considerada um instrumento para implementar a *workable competition* no direito da concorrência. Cfr. J. B. DIRLAM, A. E. KAHN, *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, *op. cit.*, pp. 13, 268-269.

Este modelo será determinante na política da concorrência da União Europeia. Cfr. na jurisprudência da União Eurpeia, o Acórdão do TJ de 25.10. 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão*, Processo 26/76, Colect. 1977, p. 1875, ponto 20, a alusão à *workable competition*, correspondente a uma concorrência eficaz, definida como «*um grau de concorrência necessário para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objectivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno.*»

Esta, no entanto, apesar de abandonar certos pressupostos da concorrência perfeita, não representa uma ruptura com o modelo, mantendo-se alguns dos seus pressupostos, nomeadamente, que o conhecimento circulava livremente entre empresas e consumidores e que a informação era perfeita, que não existiam custos de transacção e que o oportunismo era irrelevante.

As empresas podiam, assim, sem custos, transaccionar com os fornecedores e clientes[39].

Este novo modelo de *concorrência possível ou praticável* e as premissas do modelo de concorrência perfeita vão servir de paradigma para a análise das práticas negociais.

Nesta construção, à empresa também era reconhecida como função essencial, a função tecnológica, através da qual eram alocados, num processo eficiente, os recursos.

Esta premissa lançava uma suspeição sobre as práticas negociais que extravasassem estas fronteiras e que fossem para além dos habituais *contratos standard,* celebrados no mercado pelos produtores com fornecedores, consumidores ou distribuidores[40].

Com efeito, num modelo em que não há custos de informação, não há custos de negociação, o oportunismo é inexistente, não era compreensível que a empresa pudesse optar por recorrer ao mercado, galgando os limites da empresa, celebrando *contratos non standard* com os distribuidores, através dos quais cria restrições contratuais sobre os produtos que estes lhe adquiriram.

Sem justificações tecnológicas, estes contratos *non standard,* tal como a integração vertical não ditada por fins tecnológicos, são explicados com recurso ao poder de mer-

---

Identificando a concorrência praticável como paradigma da concorrência no ordenamento jusconcorrencial da União Europeia, na doutrina portuguesa, M. GORJÃO-HENRIQUES, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia à Franquia da Distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 58-61 e M. P. FREIRE, *Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência,* A.A.F.D.L, Lisboa, 2008, p. 122, parece fazer corresponder a noção de concorrência efectiva à noção de *workable competition*, que associada à integração do mercado, constitui o conceito funcional de concorrência presente no ordenamento jusconcorrencial da União Europeia. (Cfr. P. FREIRE, *Eficiência Económica e Restrições Verticais*, *op. cit.*, pp. 574-575)

[39] C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, *op. cit.*, p. 7, sublinhando que o modelo de concorrência perfeita é o ponto de partida para a definição da concorrência a ser implementada politicamente, apesar de ser um modelo teórico, sem possibilidade de reprodução na prática. Este modelo, no entanto, oferecia a noção do mercado no qual cada vendedor actua como se as suas acções não influenciassem nenhuma variável, como o preço, número de vendedores e respectivas vendas, e a definição de eficiência económica na relação entre custos e preços. Neste sentido, A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, Minn Law Rev, vol. 89, 2005, pp. 782-783, *idem, Exclusive Dealing, the Theory of the Firm, and Raising Rivals' Costs: Toward a New Synthesis*, Antitrust Bull., vol. 50, 2005, pp. 386-387.

[40] LANGLOIS, *Contract, Competition, and Efficiency, op. cit.*, pp. 834-35, A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm, op. cit.*, pp. 786 e ss., *idem, Exclusive dealing, op. cit.*, p. 387.

cado, sendo considerados instrumentos destinados a aumentar o poder de mercado ou a proteger o poder de mercado já existente, criando barreiras à entrada[41].

A *leverage theory*, segundo a qual o monopolista usa o poder de mercado no mercado relevante para monopolizar o mercado secundário terá, neste período, o seu apogeu, manifestando-se na apreciação dos contratos subordinados (*tying agreements*)[42].

Os defensores da *leverage theory* consideravam que este expediente permitia que o fornecedor estendesse o monopólio que detinha no mercado do produto inicialmente procurado no mercado do produto subordinado[43].

Nesse sentido, as restrições verticais, como os contratos acorrentados ou subordinados, a exclusividade negocial, seja como obrigação de marca única ou a atribuição exclusiva de clientela e territórios e os acordos para manutenção do preço *(resale price maintenance)* foram tratadas com animosidade, sendo considerados factores de limitação da concorrência, responsáveis pelo aumento das barreiras à entrada por não produzirem quaisquer benefícios, sendo utilizadas para criar ou para manter poder de mercado[44].

IV. A REABILITAÇÃO DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS PELA ESCOLA DE CHICAGO

No início dos anos 30, desenvolveu-se, na Universidade de Chicago, um movimento ideológico que, tendo começado por se centrar na economia, ficou conhecido por Escola económica de Chicago.

[41] J. BAIN, *Industrial organization*, *op. cit.*, pp. 330-331, considera os contratos subordinados, a exclusividade negocial e outras práticas *non-standard* práticas predatórias destinadas a enfraquecer a concorrência efectiva. No mesmo sentido, C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, *op. cit.*, pp. 157-59.

[42] Esta teoria, apesar de ter sido acolhida por alguns autores ligados à Escola de Harvard, por exemplo, D. F. TURNER, *The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws*, Harv. L. Rev., vol. 72, n.º 1, 1958, pp. 60-62, 63, n. 2, não teve grande eco nesta escola, tendo sido mais tarde abandonada pelos que a defenderam, com excepção de E. R. ELHAUGE, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, Harv. L. Rev., vol. 123, 2009, p. 397. Cfr. H. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics*, Antitrust Bull, vol. 55, n.º 3, 2010, p. 616, *idem*, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, *op. cit.*, p. 366.

[43] Os contratos acorrentados ou subordinados são contratos em que a condição de venda é a celebração de um contrato acorrentado, ou seja, a aquisição de um segundo produto. S. F. ROSS, *Principles of antitrust law*, the Foundation Press, Inc, New York, 1993, p. 273.

D. TURNER, *The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws*, *op. cit.*, p. 59, uma das vozes desta Escola que se debruçou sobre este tipo de prática, sustenta que todos os contratos subordinados deveriam ser considerados ilegais *per se*.

[44] C. KAYSEN, D. TURNER, *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, *op. cit.*, pp. 144-145, 146, 157-59, J. B. DIRLAM, A. E. KAHN, *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, *op. cit.*, pp. 113-114.

A par da Escola económica, formou-se em Chicago o programa de *Law and Economics*, que, tendo dado origem à Análise Económica do Direito, é considerado o mais bem-sucedido movimento de imperialismo económico[45].

A Análise Económica do Direito irá trazer para o direito da concorrência a maximização da eficiência, finalidade reconhecida, na perspectiva da Escola económica de Chicago, à concorrência, promovendo uma revolução no direito da concorrência que ainda hoje se faz sentir no direito norte-americano, o mesmo sucedendo, nos últimos anos, no direito da concorrência da União Europeia[46].

Bork, nesse sentido, defende que o direito da concorrência tem como tarefa melhorar a eficiência alocativa, sem contender com a eficiência produtiva, de tal forma que não sejam produzidos ganhos, nem perdas, no bem-estar do consumidor [47].

Uma das pedras basilares desta corrente consistiu na recondução da política da concorrência ao bem-estar do consumidor (*consumer welfare*), aqui entendido num sentido lato[48].

[45] MEDEMA, «Chicago Law and Economics», Ross Emmett (ed.), *The Elgar Companion to the Chicago School of Economics*, Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham, Northampton, 2010, p. 160.

[46] R. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, J. L. & ECON., vol. 9, 1966, p. 7. Nesse sentido, H. HOVENKAMP, *Chicago and its Alternatives*, Duke Law Journal, vol. 1986, 1986, p. 1020, refere que *«the Chicago School has done more for antitrust policy than any other coherent economic theory since the New Deal. No one, including myself, can escape its influence on antitrust analysis.»*

[47] Nesse sentido, R. BORK, *The Antitrust Paradox, A Policy at War With Itself*, New York, Free Press, 1993, p. 91, esclarece, partindo dos ensinamentos de Knight, que a eficiência alocativa corresponde à alocação de recursos na economia, ou seja, à forma como estes se distribuem pelas indústrias que os consumidores mais valorizam, enquanto a eficiência produtiva diz respeito ao uso efectivo que cada indústria faz dos recursos.

No modelo de bem-estar do consumidor, R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 107 e ss, reproduz o gráfico de O. E. WILLIAMSON, *Economies as an antitrust defense, the welfare tradeoffs*, AM. ECON. VER, vol. 58, n.º 1, 1968, p. 18, para demonstrar a relação entre as ineficiências alocativa e produtiva.

No entanto, não é pacífico na doutrina se o direito da concorrência deve ser orientado pelo *welfare* em sentido económico, correspondente ao *total surplus*, enquanto soma dos *surplus* do consumidor e do produtor, pressupondo que nenhum é afectado, ou ao *welfare* do consumidor, num sentido restricto.

Nesse sentido, alguns autores invocam o bem-estar do consumidor como *welfare of purchasers*, cfr. J. B. KIRKWOOD, R. H. LANDE, «The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, not Efficiency», Robert Pitofsky (ed.), *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008, p. 89, *idem*, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, NOTRE DAME L. REV., vol. 84, 2008, p. 192, n 2, enquanto D. W. CARLTON, S. PELTZMAN, *Does Antitrust Need to be Modernized?*, J. ECON. PERSP., vol. 21, 2007, p. 155, A. J. MEESE, *Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act: How Harvard Brought US a Total Welfare Standard and Why We Should Keep It*, N.Y.U. L. REV., vol. 85, 2010, p. 659, mantêm a defesa do *total welfare*.

[48] O direito da concorrência da União Europeia tende a ter como referência um conceito de consumidor amplo, que não se cinge, em nossa opinião com acerto, ao consumidor final. Cfr. *Comunicação da Comissão. Orientações relativas à aplicação do n.o 3 do artigo 81.º do Tratado* (2004/C 101/08), 3.2.2.2,

Com base nesta premissa, os tribunais tinham como princípio orientador a maximização da eficiência, responsável pela maximização da riqueza e bem-estar do consumidor, obrigando-os a distinguir os acordos e actividades que aumentassem a riqueza dos que significassem uma diminuição desta[49].

A Escola de Chicago vai desempenhar um papel muito importante na reabilitação, com recurso à análise empírica, dos efeitos concorrenciais e de eficiência das restrições verticais, até aí consideradas anticoncorrenciais[50].

Nesse sentido, esta corrente económica, através da aplicação da teoria do preço, alicerçada na maximização da utilidade pelos agentes económicos, procurou averiguar os motivos subjacentes à decisão das empresas aceitarem restrições no seu comportamento comercial.

À teoria da alavancagem, a Escola de Chicago vai opor a *single monopoly profit theory,* defendendo a existência de um único poder de monopólio com base no teorema da impossibilidade, ou seja, uma empresa com poder de mercado não pode aumentar os lucros de monopólio através da subordinação imposta, porque só há um lucro de monopólio susceptível de ser capturado[51].

Nesse sentido, os contratos subordinados (*tying agreements*) são justificados como um método de discriminação do preço, ou seja, como mecanismos para propor diferentes preços ou obter taxas de retorno distintas de diferentes consumidores[52].

---

ponto 84, que considera abrangidos pela noção de consumidor todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais.

A favor do consumidor final, cfr. Acórdão do TPI [TG] de 27.09.2006, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão, Processo T-168/01, Colect. 2006, p. II-02969, ponto 118.

Na doutrina, entre outros, S. BISHOP, M. WALKER, *The economics of EC Competition Law: concepts, application and measurement*, 3.ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2010, pp. 29 e ss, J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th edition, Oxford University Press, 2009, p. 11 e S. PAIS, «O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Almedina, 2011, pp. 620-627.

[49] R. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, *op. cit.*, pp. 38-39 e ss.

[50] Nesse sentido, será decisivo o trabalho de A. DIRECTOR, E. LEVI, *Law and the Future of Trade Regulation,* Nw. U. L. Rev., vol. 51, 1956, p. 281, mais tarde prosseguido por R. BORK, *Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception*, U. Chi. L. Rev., vol. 22, n.° 1, 1954-1955, p. 157, W. BOWMAN, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, Yale Law Journal, vol. 67, n.° 1, 1957, p. 19.

Como refere A. J. MEESE, *Price Theory, Competition, and the Rule of Reason*, *op. cit.*, p. 147: *«Nowhere has Chicago's influence been more important than with respect to vertical distribution restraints, that is, contracts governing the terms under which dealers may resell a manufacturer's product.»*

[51] R. BORK, *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, pp. 229-231.

[52] Esta teoria é, inicialmente, sustentada por A. DIRECTOR, E. LEVI, *Law and the Future of Trade Regulation*, *op. cit.*, p. 290 e, mais tarde, prosseguida por W. BOWMAN, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *op. cit.*, pp. 21-23, sendo posteriormente aceite por R. BORK, *The Antitrust Paradox,*

A Escola de Chicago pôde, assim, afirmar que esta prática, longe de prejudicar o bem-estar do consumidor, melhorava a produção e aumentava a eficiência alocativa[53].

A Escola de Chicago oferece ainda como justificação para esta prática, a protecção da *goodwill*, referindo que, em alguns casos, a subordinação de produtos é ditada por motivos tecnológicos, ou seja, o produtor receia que os produtos substituíveis do produto subordinado não cumpram as especificações técnicas necessárias para o bom funcionamento do produto subordinante, prejudicando a *goodwill* do produtor[54].

A legalidade da subordinação imposta para tutela da *goodwill* apresenta-se, deste modo, justificada por os efeitos pró-competitivos claramente superarem os eventuais efeitos anticoncorrenciais[55].

A Escola de Chicago irá, igualmente, demonstrar os efeitos pró-competitivos da exclusividade negocial[56].

---

op. cit., pp. 376-78, R. BORK, *Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception*, *op. cit.*, pp. 196-98, R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, *op. cit.*, p. 926.

[53] R. BORK, *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, pp. 396-98, R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, *op. cit.*, pp. 926, 928. A identificação desta prática com a discriminação do preço suscitou algum debate, admitindo R. A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 176-177, que a recondução à discriminação do preço não a torna automaticamente lícita.

[54] Como dá nota W. BOWMAN, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *op. cit.*, pp. 27-28, foi o argumento invocado na substituição dos cartuchos de tinta na comercialização de mimeógrafos e dos cartões perfurados e os computadores IBM. Cfr., no mesmo sentido, R. BORK, *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, pp. 379-380, R. A. POSNER, *Antitrust Law*, *op. cit.*, pp. 175-176, *Antitrust Law*, 2.ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2001, pp. 200-201. Mais recentemente, a subordinação dos rolos à aquisição da câmara Kodak ou dos cartuchos de tinta da Lexmark às impressoras.

[55] Está aqui presente a análise, baseada na teoria do preço, orientada para o equilíbrio parcial do bem-estar, a que Williamson chamou a *basic partial equilibrium welfare economics model*. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *Economies as an antitrust defense, the welfare tradeoffs*, *op. cit.*, p. 20.

A par desta explicação, foi ainda apontada a existência de economias de escala. Neste sentido, nos casos em que a combinação de produtos é ditada pelo facto de a produção e comercialização em conjunto ter menos custos do que a produção e comercialização em separado encontra-se afastada uma eventual imposição da subordinação, já que a diminuição de custos, necessariamente, tem como efeito a diminuição do preço. Cfr. W. BOWMAN, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *op. cit.*, pp. 29-30.

[56] A exclusividade que está em causa, nesta análise, é a exigida pelo produtor ao distribuidor, de forma a que este não distribuía os produtos de rivais, assim como os *requirements contracts* contracts correspondem ao acordo que o fornecedor e comprador fazem no sentido de o fornecedor satisfazer todas as necessidades do produto e do comprador adquirir os produtos ao fornecedor, durante um determinado período de tempo. No fundo, reconduz-se ao que na doutrina europeia é referido como cláusulas de exclusividade bilateral. Cfr BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, *op. cit.*, pp. 120-121.

H. P. MARVEL, *Exclusive Dealing*, J. L. & ECON., vol. 25, 1982, p. 2, salientou que esta cláusula aparece frequentemente associada a outras restrições, como a *resale price maintenance* e as restrições territoriais, e que o facto de as justificações de eficiência das outras restrições não serem consideradas aplicáveis à exclusividade negocial a favor do produtor, exigia uma análise centrada nas eficiências da cláusula. Nesse sentido, alguma doutrina critica a Escola de Chicago por se ter limitado a afastar a existência de prejuízo para os consumidores, defendendo, ao abrigo da teoria do preço, a impossibilidade de

A doutrina de Chicago começou por explicar que o produtor que pretende exigir exclusividade ao comprador tem de lhe dar uma contrapartida, que, habitualmente, é um preço mais baixo[57]. Ora, para o produtor poder baixar o preço, é porque o contrato em que se insere a cláusula de exclusividade produz eficiências. No entanto, o produtor, em vez de diminuir o preço, pode oferecer outras contrapartidas, nomeadamente, o abastecimento exclusivo e a eliminação dos custos de compra e venda. A compra exclusiva dos produtos, no âmbito dos *requirement contracts*, surge, assim, compensada por contrapartidas que beneficiam o comprador[58].

A exclusividade, tal como as outras restrições, irá merecer uma justificação assente nos efeitos pró-competitivos, nomeadamente por ser um meio de protecção contra o *free riding* (*efeito boleia*) de outros produtores nos investimentos do produtor no distribuidor, nomeadamente, no ponto de venda e na formação do pessoal[59].

A imposição de preços de revenda *(resale price maintenance)* e a exclusividade territorial, enquanto restrições verticais, vão beneficiar da posição favorável de Chicago sobre estes mecanismos de integração, sendo objecto de uma cuidadosa análise para justificar os seus efeitos pró-competitivos, de molde a sustentar a sua legalidade e sujeição à *rule of reason*, sempre que se levantassem dúvidas quanto a eventuais efeitos anticoncorrenciais[60].

---

esta cláusula ser usada para adquirir, manter ou aumentar o poder de mercado, sem apontar os benefícios concretos da mesma. Cfr. A. J. MEESE, *Exclusive Dealing, the Theory of the Firm, and Raising Rivals' Costs: Toward a New Synthesis, op. cit.*, p. 375. Não concordamos com esta posição, na medida em que a doutrina, Marvel em especial, irá demonstrar os benefícios desta prática.

[57] H. P. MARVEL, *Exclusive Dealing, op. cit.*, p. 5, R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, p. 309.

[58] R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 303, 309.

[59] Nesse sentido, L. G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, J.L. & ECON., vol. 3, 1960, pp. 86 e ss, H. P. MARVEL, *Exclusive Dealing, op. cit.*, pp. 1 e ss. R. A. POSNER, *Antitrust law*, 1978, *op. cit., pp. 204, 2001, op. cit., p. 232*, acentua igualmente a prevenção do efeito boleia. Mais tarde, B. KLEIN, J. WRIGHT, *The Economics of Slotting Contracts*, J.L. & Econ, vol. 50, n.º 3, 2007, pp. 421-454, também defendem o papel da exclusividade como forma de prevenção do *free riding* (parasitismo ou efeito boleia). No mesmo sentido, B. KLEIN, A. V. LERNER, *The Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty*, Antitrust L. J., vol. 74, 2007, pp. 473 e ss.

[60] A favor da legalidade das restrições verticais, R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 227-31, *idem*, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, Yale L J, vol. 75, n.º 3, 1966, pp. 429-65. R. A. POSNER, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, n.º 1, 1981, p. 8, defende a legalidade *per se* das restrições *intrabrand* na distribuição. A favor da sujeição à *rule of reason* das restrições verticais, W. F. BAXTER, *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, CAL. L. REV, vol. 75, n.º 3, 1987, pp. 948-49, F. H. EASTERBROOK, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, ANTITRUST L.J., vol. 53, 1984, p. 169, ainda que admita que a experiência possa vir a sugerir a legalidade *per se*. F. H. EASTERBROOK, *Maximum Price Fixing*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981, p. 886, defende que a *resale price maintenance* como fixação de preço, máximo ou mínimo, seja analisada ao abrigo da *Rule of Reason*.

A *resale price maintenance* corresponde à regulação pelo produtor ou fornecedor do preço a que os distribuidores independentes revendem os produtos, podendo estar em causa a manutenção de um preço fixo ou a imposição de um preço mínimo ou máximo[61].

A necessidade de protecção do *free riding* (parasitismo ou efeito boleia) entre os distribuidores é uma das principais justificações apontadas para esta restrição, na modalidade de fixação de preço mínimo[62].

Nesse sentido, a doutrina, em especial Telser, com o trabalho *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, começou por sublinhar que alguns produtos requerem que o distribuidor preste serviços específicos na venda, como por exemplo, a demonstração do produto na fase de pré-venda[63]. No entanto, na ausência de *resale price maintenance*, alguns distribuidores podem preferir não prestar estes serviços, optando por baixar o preço. Neste cenário, haveria distribuidores a vender a um preço mais baixo e a não prestar os serviços necessários à comercialização do produto, enquanto outros prestavam esses serviços, vendendo a um preço mais alto, dados os custos derivados daqueles[64].

[61] S. Ross, *Principles of antitrust law*, *op. cit.*, p. 224, F. H. Easterbrook, *Maximum Price Fixing*, *op. cit.*, pp. 886 e ss. A designação adoptada pela doutrina relativamente a estes mecanismos traduz o juízo positivo ou negativo em termos de concorrência, sendo para os seus defensores, entre os quais L. G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *op. cit.*, p. 86, referida como *«fair trade,»* e para os seus detractores, como W. S. Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, Harv. L. Rev., vol. 98, 1985, p. 983 e R. Pitofsky, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price fixing*, 71 GEO. L.J., vol. 71, 1983, p. 1487, pela expressão pejorativa *vertical price-fixing*.

[62] R. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, *op. cit.*, p. 430, n. 111, sublinha que também Bowman defendeu a fixação do preço mínimo como forma de prevenir o *free riding* a que, no entanto, chamava *«spilling-over effect»*. No mesmo sentido, L. G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *op. cit.*, p. 89, n. 4.

Será, em 2007, o Supreme Court presidido por Roberts que irá revogar, na decisão *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) a aplicação da proibição *per se* aos acordos de fixação de preço mínimo decidida no Dr. Miles, em 1911, quase 100 anos depois. Wright, *The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond*, cit., p. 52, considera este decisão como *«the strongest example of Chicago School influence on the Roberts Court's recent output»*.

[63] Estes serviços não se confundem, como nota L. G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *op. cit.*, p. 89, com os serviços gerais inerentes à comercialização de produtos, como o crédito, o ambiente, a entrega. Estes serviços específicos mostram-se necessários apenas para produtos novos ou produtos já antigos, mas que sejam procurados por um núcleo restrito do mercado, ou seja, que sejam pouco conhecidos do grande público. São casos em que, para além da publicidade, se impõe uma acção personalizada junto do consumidor para a mais eficiente promoção do produto.

[64] Cfr. L. G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*, *op. cit.*, pp. 90-93, explica que o efeito boleia é uma falha de mercado inerente ao recurso a distribuidores independentes, atendendo a que estes tendem a não prestar serviços promocionais, que aumentam a procura pelos produtos do produtor, preferindo apanhar boleia nos serviços promocionais prestados por outros distribuidores. Todos irão racionalmente optar por tirar proveito dos serviços promocionais prestados por outros, o que terá como consequência que nenhum distribuidor irá prestar esses serviços, dando origem à quebra da procura. A imposição de preços de revenda, assim como outras restrições verticais *intrabrand*, serão consideradas

Neste sentido, a fixação de um preço de revenda tem a vantagem de, fixando a diferença mínima entre o preço de retalho e o de produção (*minimum gross mark-up*), travar a concorrência pela redução de preço, incentivando a concorrência pela qualidade e variedade dos serviços específicos na comercialização do produto[65].

A *resale price maintenance mínima*, nesta perspectiva, é um mecanismo destinado a assegurar que os distribuidores prestam os serviços especiais, que os produtores pretendem[66].

A *resale price maintenance*, sob o ponto de vista jusconcorrencial, tem como resultado evitar o efeito boleia nos serviços promocionais a prestar pelos distribuidores, com repercussão no bem-estar do consumidor, sendo esta posição de Telser acolhida por grande parte dos elementos da Escola de Chicago[67].

---

mecanismos idóneos para prevenir este efeito, uma vez que a eliminação da concorrência pelo preço induz outras formas de concorrência, nomeadamente, pela prestação de serviços promocionais.

L. G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?*, J. L. & Econ., vol. 33, n.º 2, 1990, pp. 409-10, na ausência de controlo vertical, defende que este efeito boleia promove um equilibro a um equilíbrio ineficiente em que nenhum distribuidor prestaria serviços especiais de promoção.

[65] L. G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, op. cit.*, p. 92, considera que, mostrando-se estes serviços desnecessários, o produtor racionalmente abandonará a imposição de preços de revenda.

[66] L. G. TELSER, *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, op. cit.*, p. 91, nota 13, *idem, Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?, op. cit.*, p. 409, indicando como *special services* a promoção de vendas nos pontos de compra e informação acerca de algum produto em particular.

[67] R. A. POSNER, *Antitrust law*, 1978, *op. cit.*, pp. 14-15, 172-73, chega mesmo a comparar o efeito da *resale price maintenance,* na promoção da concorrência em factores que não o preço, ao resultado do acordo na promoção por cada membro de serviços sem o conhecimento dos outros.

Esta justificação foi estendida por R. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, op. cit.*, pp. 430-38, R. A. POSNER, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, Columbia. L. Rev., vol. 75, 1975, p. 285, à cláusula de exclusividade em função do território, defendendo que esta cláusula pode eliminar ou atenuar o efeito boleia e proteger os distribuidores que forneçam serviços especiais do parasitismo dos que não os prestam. Será com base nesta tese de Telser que a Escola de Chicago atribui efeitos competitivos às restrições verticais, cfr. R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 288-91, R. A. POSNER, *Antitrust law*, 1978, *op. cit.*, pp. 171-84, 196-207, 2001, *op. cit.*, pp. 193-207, 223-238, F. H. EASTERBROOK, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, *op. cit.*, pp. 148-50.

Outros autores defenderam que a imposição de preços de revenda mínimos tinha como finalidade certificar a elevada qualidade do produto aos consumidores, permitindo aos distribuidores recuperar o custo associado ao esforço de apurar os atributos do produto antes de certificarem a qualidade do produto aos consumidores, impedindo que os distribuidores de nível inferior apanhem boleia dessa certificação. Cfr. H. P. MARVEL, *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, Antitrust L.J., vol. 63, n.º 1, 1994, pp. 65-67; H. P. MARVEL, S. MCCAFFERTY, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, The RAND Journal of Economics, vol. 15, n.º 3, 1984, pp. 346-359, consideram que a distribuição do produtor pelo distribuidor é um «*quality certification service*».

A fixação do preço máximo, por seu turno, tem como justificação impedir que os distribuidores explorem uma posição monopolista junto dos consumidores ou se organizem em cartel[68].

Outra das finalidades atribuídas a esta restrição é a redução dos custos de transacção, numa clara antecipação da teoria dos custos de transacção[69].

A exclusividade territorial, enquanto acordo destinado a atribuir uma zona geográfica exclusiva aos retalhistas, assumindo estes o compromisso de não comercializarem produtos fora dessa zona, irá, igualmente, merecer uma análise por parte desta corrente económica.

Tal como defendido para a fixação de um preço mínimo de revenda, esta cláusula foi considerada um incentivo para os distribuidores providenciarem serviços de marketing, como demonstrações do produto, publicidade, serviços pós-venda, como a reparação e manutenção[70].

Tal como a imposição de preços de revenda, a exclusividade territorial garante aos distribuidores que os esforços desenvolvidos na promoção dos produtos terão retorno[71].

Por outro lado, esta restrição permite que os produtores reduzam a sua força de vendas, passando as encomendas a fluir de forma mais eficiente, possibilitando uma

[68] A imposição de preços de revenda máximos tem sido francamente menos controversa do que a fixação de um preço mínimo, havendo poucos autores a defender a aplicação da proibição *per se*, desde logo porque a existência de um tecto no preço tem o benefício de prevenir o aumento dos preços derivado de sucessivos monopólios. Nesse sentido, tendo o produtor um determinado grau de poder de mercado, através do recurso a restrições verticais, franquia ou contratos de distribuição simples, confere esse poder aos seus distribuidores, sendo a fixação de um tecto uma forma de constranger os distribuidores a explorarem esse poder de mercado. H. P. MARVEL, *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, *op. cit.*, p. 62, n. 2.

[69] Nesse sentido, B. KLEIN, *Transaction Cost Determinants of «Unfair» Contractual Arrangements*, AM. ECON. REV, vol. 70, n.º 2, 1980, pp. 356 e ss, EASTERBROOK, *Maximum Price Fixing*, *op. cit.*, pp. 895-897, destaca mercados em que os custos de transacção são muito elevados.

A existência de uma relação de continuidade entre ambas as escolas leva alguns autores a incluírem no âmbito da Escola de Chicago, autores e trabalhos marcadamente influenciados pela Teoria dos Custos de Transacção. Cfr. J. WRIGHT, *The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond*, Competition Pol'y Int'l, vol. 3, n.º 2, 2007, p. 34. Cfr. A. J. MEESE, *Robert Bork's Forgotten Role in the Transaction Cost Revolution*, Antitrust L. J, vol. 9, 2014, pp. 953-982.

[70] Nesse sentido, R. Bork defendeu que este mecanismo permite assegurar que os distribuidores invistam recursos suficientes na promoção dos produtos dos produtores. R. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, *op. cit.*, pp. 430-433. Cfr. R. A. POSNER, *The Chicago School of antitrust*, *op. cit.*, p. 927, sobre a imposição de preços de revenda.

[71] W. F. BAXTER, *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, *op. cit.*, p. 946, R. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, *op. cit.*, pp. 430-38; R. A. POSNER, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, U. Chi. L. Rev., vol. 45, 1977, p. 4.

melhor planificação da produção. As poupanças nestes custos podem exceder as perdas do monopólio[72].

A imposição de preços de revenda e a exclusividade territorial, também designadas restrições *intrabrand*, dados os efeitos na concorrência intramarca, apesar de diminuirem a concorrência entre os vários distribuidores, surgem, na perspectiva da Escola de Chicago, como métodos para ultrapassar as falhas existentes no mercado da distribuição provocado pelo efeito boleia dos distribuidores[73].

Assim, ao mesmo tempo que podem ter um efeito negativo na concorrência *intrabrand*, podem intensificar a concorrência *interbrand*[74], sendo certo que, estando apenas em causa uma só marca, não se pode sustentar que tenham um efeito de exclusão[75].

Em face do exposto, é possível divisar na abordagem da Escola de Chicago às restrições verticais, duas fases metódicas distintas.

Em primeiro lugar, são negados os efeitos anticoncorrenciais imputados pela Escola de Harvard e, num segundo momento, explicados os efeitos pró-competitivos.

Será, no entanto, como iremos ver de seguida, a Teoria dos Custos de Transacção que, apoiada na genialidade de Coase, irá oferecer uma explicação seminal para as restrições verticais.

V. A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSACÇÃO E A CONCORRÊNCIA CONTRATUAL

Em meados dos anos 70, com a publicação de *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, o prémio Nobel Oliver Williamson, tendo como ponto de partida *The nature of the firm* e o *The problem of social cost* de Coase, desenvolve a Teoria dos Custos de Transacção, inaugurando o *New Institutional Economics*[76].

[72] F. EASTERBROOK, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981, p. 337, n. 165.

[73] L. G. Telser, *Why Do Manufacturers Want Fair Trade?, op. cit.*, pp. 96-99, alegando que a fixação de preços de revenda pode combater o efeito boleia do distribuidor e assegurar um nível óptimo de serviços promocionais. R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 430-38.

Há aqui uma clara antecipação dos contributos que, mais tarde, serão dados pela Teoria dos Custos de Transacção de Oliver Williamson.

[74] R. BORK, *The Antitrust Paradox, op. cit.*, pp. 430-38.

[75] A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, *op. cit.*, p. 824. Alguns membros da Escola de Chicago vão considerar que a fixação de preços de revenda mínimos e os territórios exclusivos são meios de distinguir os produtos, encorajando a promoção e associando o produto a um distribuidor. W. F. BAXTER, *Vertical Practices: Half Slave, Half Free*, Antitrust L.J., vol. 52, 1983, pp. 747-50, EASTERBROOK, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, *op. cit.*, p. 150.

[76] Se Williamson é o pai da TCE, Coase é o avô, como refere H. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics*, *op. cit.*, p. 623. O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, AM. ECON. REV, vol. 61, n.º 2, 1971, p. 112, reconhece igualmente a influência de K. J. ARROW, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, vol. I, Joint Economic Committee, Washington, 1969, pp. 47-64.

A Teoria dos Custos de Transacção tem como principal objectivo apurar as características fundamentais das transacções, de molde a compreender por que razão estas tendem a ser efectuadas no mercado ou no âmbito de estruturas de organização alternativas.

A principal unidade de análise das várias formas de organização é a transacção[77].

Esta teoria pretendeu colmatar as falhas da teoria do preço como paradigma económico da organização industrial e política da concorrência. A empresa era, na teoria do preço, o alicerce do mercado, no âmbito da qual desempenhava uma função tecnológica. Assumia igualmente um papel central na alocação de recursos, no cálculo e na produção, desempenhando uma função de produção que transformava o *input* em *output*, num processo que decorria dentro dos limites da empresa[78].

A empresa na teoria do preço neoclássica era a unidade de análise, não suscitando interesse aos economistas a investigação dos motivos subjacentes à estrutura e aos mecanismos de funcionamento interno[79].

A teoria dos custos de transacção irá superar a noção tecnológica da empresa da teoria neoclássica do preço, demonstrando, que, em face da informação incompleta e dos comportamentos oportunistas, as restrições verticais têm por finalidade reduzir os custos da transacção, tecnológicos e não tecnológicos, decorrentes de falhas de mercado, facilitando uma alocação de recursos mais eficiente.

Nesse sentido, mostrou-se essencial o contributo de Coase quando pôs a hipótese que todas as actividades normalmente atribuídas às empresas, como a produção, alocação e cálculo, pudessem ocorrer no mercado, através de um conjunto de transacções sem custos entre sujeitos independentes[80].

[77] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, op. cit.*, pp. 15-42. O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach*, U. Pa. L. Rev. 127, 1978-1979, p. 953. Sobre os limites dos custos de transacção, cfr. N. ARGYRES, «The transaction cost as the unit of analysis», *The Elgar Companion to Transaction Cost Economics*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, pp. 127 e ss, G. HODGSON, «Limits of transaction cost analysis», *The Elgar Companion to Transaction Cost Economics*, *op. cit.*, pp. 297 e ss.

[78] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting, op. cit.*, p. 366, as empresas e estruturas que ultrapassem estes limites eram reconduzidas a situações de poder de mercado.

[79] J. BAIN, *Pricing, distribution, and employment: economics of an enterprise system*, *op. cit.*, pp. 10-94, G. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, Macmillan, 1946, pp. 102-15, deixam transparecer essa ausência de interesse, constatada por COASE, *The Institutional Structure of Production*, *op. cit.*, p. 714, que equiparava a empresa neoclássica a uma *black box*, metáfora também adoptada por LANGLOIS, *Contract, Competition, and Efficiency*, *op. cit.*, p. 834, M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, JFE, vol. 3, 1976, pp. 306-307, A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, *op. cit.*, p. 775.

[80] R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, Economica, vol. 4, n.º 16, 1937, p. 390. Esta análise tem a virtualidade de demonstrar a tendência de a teoria do preço ignorar estes custos, demonstrando igualmente que a empresa não é o único veículo de alocação, cálculo e produção. Cfr. A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, *op. cit.*, p. 813.

Este exercício tem, desde logo, a virtualidade de sublinhar a possibilidade de a empresa optar pela produção interna ou pelo recurso ao mercado, obrigando a Teoria dos Custos de Transacção a encontrar o motivo que leva a empresa a optar por um comportamento ou outro, superando a justificação tecnológica da teoria do preço[81].

Coase em *The nature of the firm* mostrou que os indivíduos, apenas no modelo teórico da concorrência perfeita, podiam confiar totalmente no mercado para replicar as actividades que decorrem dentro das empresas, através da celebração de contratos perfeitos e completos com os parceiros que reputassem necessários à prossecução da actividade económica, em que o conhecimento perfeito, combinado com a celebração de contratos perfeitos, impedia a existência de comportamentos oportunistas[82].

Neste modelo, as empresas e os indivíduos podiam, sem custos, confiar no mercado para conduzir a actividade económica, dado que, enquanto seres racionais, tinham um conhecimento perfeito, comunicando entre si num processo igualmente sem custos[83]. A que acresce que, neste modelo, não havia custos de negociação, nem de imposição (*enforcement*) dos contratos, uma vez que os contratos perfeitos ao governarem todos os aspectos da relação entre as partes podiam ser facilmente feitos cumprir pelos tribunais[84].

Coase em *The nature of the firm*, de forma revolucionária, demonstra que, através da análise dos custos de transacção, a estrutura da empresa é determinada pela comparação entre os custos e os benefícios da produção interna perante o recurso ao mercado[85].

Nesta abordagem, o empresário, através da criação da empresa, forma uma organização, no âmbito da qual transacciona com outros factores de produção, sendo-lhe reconhecido o poder de dirigir os recursos. A obtenção, pelo empresário, dos factores de produção será, em princípio, a um custo inferior ao do mercado, dada a poupança de alguns *marketing costs,* mais tarde referidos por Coase em *The problem of social*

[81] Como R. H. COASE, *The nature of the firm: influence*, J.L. ECON. & ORG, vol. 4, n.º1, 1988, p. 33, reconhece, este artigo foi ignorado durante mais de 30 anos. Não podemos, no entanto, ignorar os autores que precederam Coase, em especial Maurice Clark que, em os *Overhead Costs*, cerca de 15 anos mais cedo do que o artigo de Coase, desenvolve uma teoria acerca da influência dos custos de coordenação e contratação no processo de decisão interno da empresa, associando o recurso ao mercado com os custos resultantes da negociação, da discussão, com destaque para *theory of information impactedness*, posteriormente, desenvolvida por Williamson. Cfr. H. HOVENKAMP, *Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics*, Indiana LJ, vol. 86, 2011, p. 536.

[82] Nesse sentido, KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, *op. cit.*, pp. 78-79. Também STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, *op. cit.*, p. 23, considerava que o conhecimento perfeito assumido pela concorrência perfeita permitia às partes escolher contrapartes que cumprissem escrupulosamente as obrigações contratadas.

[83] F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, *op. cit.*, pp. 76-86. STIGLER, *The Theory of Competitive Price*, *op. cit.*, p. 21-23, também admite estas premissas, no entanto, em *Economics of information*, a sua teoria da informação vem demonstrar a existência de custos de informação.

[84] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 7.

[85] S. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, J. L. & Econ, vol. 26, 1983, p. 21, equipara, em importância para a análise económica, os custos de transacção ao marginalismo neoclássico.

cost, como custos de transacção[86]. Todavia, se o custo for superior, este terá sempre a alternativa de recorrer ao mercado[87].

A empresa é, no fundo, uma forma especial de contrato, que, por ser um desvio aos contratos clássicos, será qualificado como *non standard contract*, mediante o qual os factores de produção inseridos na organização da empresa aceitam voluntariamente submeter-se, dentro de certos limites, ao poder de direcção do empresário[88].

Coase, em *The nature of the firm*, apesar de usar a análise dos custos de transacção para determinar quando é que a empresa usa processos internos ou recorre ao mercado, não abandona a noção neoclássica que limita a empresa à decisão de fazer ou comprar[89].

O papel atribuído, de forma brilhante, por Coase, em 1937, aos custos de transacção na formação da empresa e na sua dimensão, permitirá que Williamson, nos anos 70, supere, de forma definitiva, a noção tecnológica da empresa, na qual a empresa é apenas uma unidade centralizadora de recursos produtivos, por uma noção em que esta assume uma faceta substantiva, composta por um conjunto de pessoas que interagem voluntariamente entre si e com outros agentes no mercado, tomando decisões que condicionam a forma de organização adoptada e a dimensão da empresa, conferindo-lhe relevância na análise do mercado[90].

Williamson começa por centrar a análise na transacção, que define como a interacção em que um «*good or service is transferred across a technologically separable interface. One stage of activity terminates and another begins*»[91].

[86] R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, J. L. & ECON, vol. 3, 1960, p. 15.

[87] R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, *op. cit.*, pp. 389-392.

[88] R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, *op. cit.*, p. 391. Mais tarde, R. H. COASE, *The Nature of the Firm: Meaning*, J.L. ECON. & ORG., vol. 4, 1988, p. 28, considera a empresa a «*special kind of contract*». Nesse sentido, S. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, *op. cit.*, p. 3, refere que a empresa é uma descrição abreviada de uma forma de organização de actividade com recurso a contratos que se distinguem dos contratos habitualmente praticados no mercado. Coase também faz depender a empresa da existência de contratos celebrados pelo empresário com factores de produção cujas actividades sejam coordenadas por este. Cfr. R. H. COASE, *The nature of the firm: influence*, *op. cit.*, p. 41. Na expressão feliz de S. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm*, *op. cit.*, p. 10, a empresa coasiana era a *visible hand* que planeava e coordenava as actividades internamente organizadas por oposição à *invisible hand* do mercado.

[89] H. HOVENKAMP, *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics*, *op. cit.*, p. 629.

[90] Cfr. A. A. ALCHIAN, H. DEMSETZ, *Production, information costs and economic organization*, AM. ECON. REV, vol. 62, 1972, pp. 794-95. Apesar de Demsetz ser um autor essencialmente associado à Escola de Chicago, muito embira fosse da UCLA, o seu trabalho na teoria económica dos direitos de propriedade assume muita relevância no Novo Institucionalismo Económico.

[91] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, p. 1. E. FURUBOTN, R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, 2.ª ed., University of Michigan Press, 2005, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, *op. cit.*, pp. 49-50, assinalam que a transacção envolve a transferência de bens, serviços e direitos de propriedade, numa acepção ampla que inclui a informação, seja no mercado ou no âmbito das instituições. A transacção

Neste mundo real de produtos indiferenciados, custos de informação, custos negociais e outros mecanismos necessários à execução dos contratos, os custos de transacção são muito elevados.

Ora, os indivíduos e as empresas para obviar estes custos de transacção podem, desde logo, confiar na empresa para conduzir a actividade económica[92].

Assim, a empresa é justificada pela necessidade de as partes reduzirem os custos resultantes do recurso ao mercado para prosseguir essa actividade.

A Teoria dos Custos de Transacção ultrapassa, deste modo, a noção tecnológica da empresa, em que a teoria do preço se alicerçava, caracterizando a empresa como uma estrutura de relações contratuais que reduzam os custos de transacção, tornando-a uma organização digna de objecto de análise económica.

Os limites da empresa, nesta tese, correspondem à comparação entre os custos de transacção decorrentes do recurso ao mercado, em que se incluem os custos que antecedem a negociação do contrato, decorrentes da necessidade de descobrir parceiros, os custos inerentes à negociação e execução do contrato, nomeadamente, a monitorização e a imposição (*enforcement*) dos contratos, custos que podem ser diminuídos quando a actividade é organizada dentro da empresa, assumindo especial importância a maior capacidade de controlo e as vantagens em termos de informação, ainda que também aqui existam custos de coordenação[93].

Neste sentido, quer o recurso ao mercado, quer o recurso à organização interna da empresa têm custos.

económica é uma espécie de transacção social, onde se inclui a transacção política, necessária à manutenção da moldura institucional onde se desenvolve a transacção económica.

[92] Como refere A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, *op. cit.*, pp. 815-816, o produtor pode evitar os custos inerentes ao recurso a distribuidores independentes seleccionando e contratando indivíduos para exercerem essas funções no seio de uma relação laboral, no âmbito da qual assiste o poder de direcção ao empregador. A empresa pode evitar os custos inerentes ao uso de bens especializados, comprando-os e ensinando os seus trabalhadores a usá-los, de forma a maximizar os lucros, assim conseguindo evitar os custos inerentes ao recurso à contratação no mercado.

[93] O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, pp. 114-115. FURUBOTN, RICHTER, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, *op. cit.*, pp. 51 e ss, identificam os seguintes custos nas transacções efectuadas no mercado: custos de pesquisa e informação onde incluem os custos inerentes à busca de um parceiro comercial, os custos referentes à comunicação, os custos atinentes à recolha de informação acerca do preço e qualidade; custos inerentes à negociação e tomada de decisão, em que estão em causa os custos com a assessoria jurídica e os custos relacionados com o processo de tomada de decisão em grupo; custos de supervisão e imposição do contrato, onde se incluem os custos de monitorização do contrato,os custos com a avaliação da qualidade dos produtos e dos atributos do bem transaccionado, os custos com a supervisão e imposição das cláusulas contratuais; custos de investimento em relações sociais, referentes à formação de capital social necessário ao posicionamento da empresa no mercado.

Os limites verticais surgem, assim, associados aos custos e benefícios das várias formas de contratação existentes, numa perspectiva, em que as considerações tecnológicas dão lugar aos factores conexos com a organização[94].

A empresa até aí limitada à função de produção passa a ser uma *governance structure*[95], assumindo a superação da concepção tecnológica da empresa um papel revolucionário no estudo e compreensão teórica da integração vertical contratual, ou seja, das relações verticais[96].

Williamson demonstra, na esteira de Coase, que todas as transacções envolvem custos, dando, como exemplo, no mercado os custos associados a encontrar parceiros, a negociar e regatear os termos do acordo, a que ainda, na perspectiva *ex ante* transacção, acresce o custo de negociar, minutar e prever as cláusulas necessárias à protecção do acordado. Numa perspectiva *ex post* surgem os custos de vigilância e imposição do cumprimento do contrato, com o eventual custo associado ao recurso aos tribunais ou à arbitragem[97].

No entanto, também as transacções dentro das empresas têm custos, desde logo, os custos de coordenação da transacção, que incluem a monitorização, planificação e negociação do que deve ser feito, assim como os custos de motivação, em que são considerados os custos de avaliação, incentivos e o respeito pelos contratos celebrados[98].

A Teoria dos Custos de Transacção desenvolve uma abordagem contratual da organização económica, tendo como ponto de partida a constatação, por Coase, que a celebração de contratos perfeitos em que todas as contingências estão previstas, ainda que de duvidosa exequibilidade, é muito custosa[99].

Nesse sentido, começa por desenvolver no âmbito da teoria económica do comportamento contratual, a teoria dos contratos incompletos, a que atribui a origem das falhas das transacções.

[94] Nesse sentido, O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 112, a substituição da organização interna pelo recurso ao mercado é mais ditada pelas falhas nas transacções referentes à intermediação dos bens no mercado do que por benefícios tecnológicos na produção. Este processo de substituição das transacções, no mercado, pela organização interna é referido pelo autor como «*internalization*».

[95] *M. ROE, Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton University Press, Princeton, 1994, p. vii.

[96] A. PHILLIPS, *Schwinn Rules and the «New Economics» of Vertical Relations*, Antitrust L.J., vol. 44, 1975, p. 573, refere mesmo que a «*transaction cost theory is the "New Economics" of vertical market relations*».

[97] O. E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 379.

[98] P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economics, Organization and Management*, Prentice Hall, New Jersey, 1992, p. 25.

[99] R. H. COASE, *The Nature of the Firm*, *op. cit.*, pp. 390-91.

A organização económica, nesta construção, exige a celebração de contratos que quanto mais complexa for a transacção, mais incompletos se mostram, apenas prevendo algumas contingências futuras[100].

A teoria dos contratos incompletos assenta em duas presunções no comportamento dos indivíduos na Teoria dos Custos de Transacção: a racionalidade limitada (*bounded rationality*) dos agentes e o oportunismo[101].

A racionalidade limitada explica, assim, por que razão os contratos são incompletos, relativamente às contingências futuras. Os contratos incompletos, por sua vez, permitem que as partes assumam comportamentos oportunistas.

Por outro lado, o carácter incompleto dos contratos está ainda na origem daquilo que Williamson designa de (a) *unprogrammed adaptation*, ou seja, o facto de os contratos

[100] No modelo neoclássico, os contratos são completos, na medida em que regulam todas as decisões e acções a tomar no futuro, uma vez que, apesar de não ser conhecido o futuro com certeza, é possível prever as contingências futuras *ex ante*. Nesse sentido, O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 69.

[101] Nesse sentido, O. E. WILLIAMSON, «Transaction Cost Economics: An Overview», *The Elgar Companion to Transaction Cost Economics*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 14, defende, como consequência essencial da *bounded rationality*, que os contratos completos são inevitavelmente incompletos.

O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 388, também menciona uma terceira presunção do comportamento dos indivíduos, a *risk-neutrality*, que tem recebido pouca atenção da doutrina, como referem REINDFLEISCH, HEIDE, *Transaction cost analysis: past, present and future application*, Journal of Marketing, vol. 61, n.º 4, 1997, p. 31. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach*, *op. cit.*, p. 956. Nesse sentido, O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 45, cita Simon quando considera que a *bounded rationality* é uma forma de racionalidade em que os indivíduos são *«intendedly rational, but only limitedly so.»*

Esta racionalidade limitada significa que as pessoas têm capacidades cognitivas e de processar a informação limitadas, com um conhecimento imperfeito do ambiente, poderes de dedução limitados e influência emocional que afectam o processo de decisão. A que acrescem os limites no processamento, retenção e obtenção de informação. Williamson refere mesmo a necessidade de desenvolver a economia da atenção. Também aqui assumindo a influência de SIMON que, em *Rationality as Process and as Product of Thought*, AM. ECON. VER, vol. 68, n.º 2, 1978, pp. 1-16, considerou a atenção, enquanto capacidade para considerar e processar informação, um recurso escasso, reclamando a necessidade de encontrar processos para a atenção ser usada de forma produtiva e racional.

O oportunismo é definido por O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 47-48, como um *«self-interest seeking with guile»*. Este esforço em obter ganhos individuais através da falta de honestidade, assume, para O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations*, AM. ECON. REV, vol. 63, n.º 2, 1973, p. 317, um de dois tipos: o mais comum é a revelação de informação estrategicamente assimétrica por uma das partes em benefício próprio, podendo comprometer as negociações que antecederam a celebração do contrato. Nesse sentido, refere O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 47-48, *«the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate or otherwise confuse»*.

serem incompletos obriga as partes a adaptarem-se a situações novas não previstas no contrato, dando origem a *maladaptation* costs[102].

Com efeito, antes de celebrar o contrato, ambas as partes dispõem de uma panóplia de alternativas para negociar, em especial no mercado em concorrência. Ao longo da execução do contrato esta ampla variedade das opções na transacção fica reduzida a um *small numbers* de condições para negociar com o parceiro comercial[103], no seio de uma relação de dependência que se torna num monopólio bilateral, durante o período de duração do contrato[104].

Esta dependência é tanto mais profunda quanto maior for a *asset specificity,* que Williamson define como os investimentos duradouros efectuados na sequência de uma transacção[105].

A *asset specificity* pode residir em factores, como a localização, cuja distribuição geográfica pode ser determinada por uma *relação cheek-by-jowl* para poupança de custos e de transporte e gestão de inventário; nas características físicas do bem, cuja produção pode exigir instrumentos especiais; na formação exigida aos recursos humanos e no papel de relevo do *learning by doing*, na marca, na costumização do bem em função da vontade de um determinado cliente e na *temporal specificity*, inseparável da *technological nonseparability*[106] em que, por exemplo, a resposta a uma encomenda em determinado prazo é vital.

A *asset specificity* no seio de um contrato incompleto é um dos factores de formação de dependência bilateral, conduzindo igualmente ao *haggling*, ou seja, à ineficiente negociação[107].

[102] O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p.113.

[103] O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975, p. 29, *idem*, *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations*, *op. cit.*, p. 318.

[104] O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p.115.

[105] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, p. 55, *idem*, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, Administrative Science Quarterly, vol. 36, n.º 2, 1991, pp. 269-296.

[106] A *technological nonseparability* é um dos fundamentos da teoria da produção em equipa que ALCHIAN, DEMSETZ, *Production, information costs and economic organization*, *op. cit.*, p. 779, exemplificam com o transporte, para um camião, de mercadoria, por dois trabalhadores, em que o peso total carregado por estes dois homens não permite aferir a produtividade marginal de cada um.

[107] O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 115. A primeira referência à *asset specificity* é feita por B. KLEIN, R. G. CRAWFORD, A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, J. L. & ECON., vol. 21, n.º 2, 1978, p. 298, surgindo esta associada aos conceitos de quase-renda.

As relações contratuais caracterizadas pela *asset specificity* têm tendência a criar quase-rendas, expondo as partes a comportamentos oportunistas, entre os quais o *hold-up (captura)*[108].

Nesse sentido, o *hold-up* é um *maladaptation cost* correspondente ao risco de uma das partes ficar exposta a uma eventual alteração das circunstâncias subjacentes ao contrato que permita à outra parte extrair as quase-rendas provenientes dessa relação[109].

Outro dos efeitos nefastos deste receio de *hold-up* é a desconfiança entre as partes, com diminuição dos incentivos para investir nos bens em causa, reduzindo o potencial valor que a transacção pode criar, dando origem a um *underinvestment* que impede que as partes extraiam da transacção os lucros que esta, em face de um investimento normal, podia gerar[110].

As partes envolvidas em relações caracterizadas por *specific assets* tendem a desenvolver esforços *ex-ante* para negociar os contratos e as respectivas condições, de forma a prevenir a existência de *hold-up* e outros comportamentos oportunistas[111].

Assim, em face dos custos derivados dos contratos incompletos, o recurso ao mercado torna-se dispendioso, impondo-se procurar outras estruturas que minimizem os custos derivados da racionalidade limitada, do oportunismo e da especificidade de activos[112].

Neste sentido, a literatura económica estabelece a distinção entre os *technological* e *non-technological transaction costs*, referindo-se os primeiros aos custos de negociação e informação sublinhados por Coase, em *The nature of the firm,* e os segundos à diferenciação do produto, *asset specificiy*, oportunismo e o decurso do tempo[113].

[108] B. KLEIN, R. G. CRAWFORD, A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, *op. cit.*, pp. 298 e ss, definem a *relationship asset specificity* com base na capacidade do bem gerar quase-rendas, ou seja, um bem que tem maior valor para o utilizador que dele originariamente extrai rendas, do que para outros.

[109] A quase-renda, próxima da definição vista na nota anterior, é o excesso de retorno extraído do investimento mínimo necessário a manter o uso corrente de um recurso, ou seja, é a diferença de valor do bem para o utilizador original, na finalidade original, em comparação com o valor para o melhor uso alternativo. Cfr. MILGROM, ROBERTS, *Economics, Organization and Management*, *op. cit.*, p. 602.

[110] Cfr. P. KLEIN, «New Institutional Economics», Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Chelltenham, 2000, p. 467.

[111] Nesse sentido, P. JOSKOW, *Vertical Integration*, Antitrust Bull., vol. 3, 2010, pp. 545-586, F. LAFONTAINE, M. E. SLADE, *Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions – The Evidence*, Antitrust Bull, n.º 3, 2010, pp. 392-414, dão nota do esforço das empresas na redacção dos contratos para mitigar os riscos emergentes de relações caracterizadas pela *asset specificity*.

[112] Estes custos de transacção estão associados à existência de falhas de mercado, ou seja, uma alocação de recursos que é inferior à óptima. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 112.

[113] Cfr. A. J. MEESE, *Reframing Antitrust in Light of Scientific Revolution: Accounting for Transaction Costs in Rule of Reason Analysis*, *op. cit.*, pp. 492 e ss, os custos tecnológicos são em tudo idênticos aos custos tecnológicos de pesquisa do preço e de negociação que precedem a produção e comercialização do

É, neste contexto, que a integração vertical se apresenta, como solução para o investimento eficiente e processos de decisões eficientes, minorando o risco de negociação oportunista perante alterações futuras, estimulando um relacionamento de cooperação entre as partes e reduzindo as divergências entre as diferentes fases da cadeia produtiva ao sujeitá-las a um mesmo controlo[114].

A integração vertical até aí tradicionalmente entendida como forma de criar ou manter poder de monopólio, salvo quando tivesse fundamentos tecnológicos, surge, assim, justificada pelo interesse das partes em minimizarem os custos de transacção[115].

Williamson, no entanto, delineia outras formas menos completas de contratação com o mercado, que também representam uma diminuição dos custos de transacção[116].

Assim, entre organizar a actividade económica no mercado, através do mecanismo do preço, e internalizar a transacção na empresa, com sujeição da alocação de recursos e da coordenação das várias decisões inerentes à organização interna da actividade à estrutura hierárquica, Williamson aponta estruturas de organização com natureza híbrida, destinadas a economizar esses custos, acrescentando ao binómio comprar e fazer, uma via intermédia.

---

produto final do consumidor no modelo de concorrência perfeita, em que a empresa assume uma função tecnológica. No entanto, Coase teve o mérito de assinalar a existência destes custos, até aí negados pelo modelo de concorrência perfeita, e de atribuir à empresa uma finalidade de redução dos custos de transacção inerentes ao recurso ao mercado, revolucionando a teoria da integração vertical.

[114] O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 117. A internalização da transacção com recurso à empresa assenta em três pilares: os incentivos, o controlo e a *«inherent structural advantages»*. Nos incentivos, a organização interna atenua o risco de oportunismo. No controlo, é indubitável que a empresa, através da autoridade e do mais fácil acesso à informação referente ao comportamento dos seus elementos, dispõe de mais mecanismos para controlar a actividade no seio da empresa. O mesmo valendo acerca dos mecanismos existentes para premiar e penalizar os comportamentos e para resolver os conflitos verificados no seio da empresa. Como vantagem estrutrual, Williamson aponta a economia nas trocas de informação. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, pp. 113-114.

[115] Cfr. O. E. WILLIAMSON, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 112.

Na esteira da teoria do preço que aceitava como inevitável a existência de alguma concentração de poder de mercado em algumas indústrias, decorrentes das economias de escala e da diferenciação do produto com resultados em termos de eficiência, nomeadamente, a produção de mais *output* do que nos mercados competitivos (J. BAIN, *Pricing, distribution, and employment: economics of an enterprise system*, *op. cit.*, pp. 84, 153), O. E. WILLIAMSON, *Economies as an antitrust defense, the welfare tradeoffs*, *op. cit.*, p. 18, formaliza, num modelo, que a Escola de Chicago aceitou, esta ideia neoclássica. Williamson demonstra que na fusão monopolista a redução dos custos de produção desta resultante tem efeitos benéficos no bem-estar social. Nesse sentido, a empresa realiza eficiências em cada unidade do seu *output*, enquanto as perdas resultantes da alocação de recursos só têm impacto na margem. Cfr. R. BORK, *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, p. 107.

[116] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 23-29, 185-95, 370-73.

Esta via intermédia é assegurada por estruturas de organização com natureza híbrida, destinadas a economizar esses custos, ou seja, contratos complexos, que são geralmente designados por formas *non standard*, porque são um desvio à representação neoclássica das empresas como produtoras e dos mercados como locais onde produtores e consumidores fazem as trocas.

Estes contratos de integração parcial, ou seja, situados entre a integração total e a confiança no mercado, são justificados pela redução de custos de transacção, no mercado atomístico[117]. Ao contrário do defendido pela teoria neoclássica do séc. XX, a actividade económica não está limitada ao mercado e à empresa, podendo os agentes optar por celebrar contratos que misturam elementos da empresa com elementos do mercado[118].

Estes contratos têm a virtualidade de, apesar de não envolverem um poder de direcção e controlo igual ao existente na integração completa, criar um nível de subordinação que permita ao empresário atenuar os custos de transacção que o recurso ao mercado acarretaria, mantendo os incentivos do mercado, esbatendo, nesta mistura de elementos da empresa e do mercado, a diferença entre estas duas opções[119].

Esta forma de integração permite, assim, como refere Meese, *the best of both worlds*[120], uma vez que assegura um nível de controlo que previne a existência de oportunismo inerente ao recurso ao mercado, enquanto, ao concentrar os custos e benefícios numa só entidade, consegue preservar os incentivos associados ao mercado[121].

[117] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 23-29, 185-95, 370-73. B. KLEIN, R. G. CRAWFORD, A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, op. cit.*, pp. 302-07, 319-22, A. J. MEESE, *Price Theory, Competition, and the Rule of Reason, op. cit.*, p. 81.

[118] É esta actividade económica binária que vai estar na origem da *inhospitality tradition* dos tribunais a que se refere O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 19, seja pela ilegalidade *per se* ou presunção que são ilegais, em face de contratos *nonstandard* que partilham características destes dois polos.

[119] KLEIN, CRAWFORD, ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, op. cit.*, p. 326, argumentavam que a celebração de contratos longos torna simplista a distinção feita por Coase em *The nature of the firm* entre as transacções feitas na empresa e no mercado, esbatendo a distinção entre ambas. Também, no mesmo sentido, A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm, op. cit.*, p. 318.

R. H. COASE, *The Nature of the Firm: Meaning, op. cit.*, p. 27, rejeita esta crítica, demonstrando que já em *The Nature of the Firm, op. cit.*, p. 392, n. 1, tinha ressalvado que não era possível traçar uma linha divisória entre a empresa e o que estava para além desta, admitindo que a supressão do mecanismo do preço pode variar em grau. No mesmo sentido, S. CHEUNG, *The Contractual Nature of the Firm, op. cit.*, p. 19.

[120] A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm, op. cit.*, p. 821.

[121] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 28-37. R. H. COASE, *The nature of the firm: influence, op. cit.*, pp. 42-46, B. KLEIN, R. G. CRAWFORD, A. A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, op. cit.*, pp. 302-07. Sobre a preservação dos incentivos do mercado nestes contratos, cfr. O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 158-59, A. J. MEESE, *Property Rights and Intrabrand Restraints*, CORNELL L. REV., vol. 89, 2004, pp. 586-92. O. E. WILLIAMSON, *Why Law, Economics, and Organization?*, Annu. Rev.

A Teoria c
integração vert
cada uma dest
Daqui tam
e às *vertical m*
de exclusivida
de franquia, sã
transacção resu
que, longe do
causa a óptima
Nesse sent
em relação a e
aumentar a efi
Estes cont
falhas de merc
restantes eleme
Williamso
consumidor te
distribuição no
sumidores, gera
o risco do *free*
poder pôr em c

Law Soc. Sci., 200
estruturas híbridas
a empresa incorre
que as restrições c
Também sob
ism, op. cit., pp. 1
O. E. WILLIAMSON
recurso, pela indús
the Structure of th
C. J. GOETZ,
95, referem que n
que o processo de
[122] O. E. Wi
estas estruturas a p
[123] O. E. Wi
[124] O. E. Wi
Cost Determinants
partes podem celeb
[125] No entan
of the transaction

A Teoria dos Custos de Transacção consegue assim demonstrar que a opção pela integração vertical completa ou parcial é ditada pelos custos de transacção inerentes a cada uma destas alternativas.

Daqui também é extraído por Williamson que o recurso aos *non-standard contracts* e às *vertical market restrictions*, em que se incluem os contratos subordinados, pactos de exclusividade, a imposição de preços de revenda, as restrições presentes no contrato de franquia, são métodos a que ambas as partes recorrem para reduzir os custos de transacção resultantes do recurso ao mercado na condução da actividade económica, que, longe do modelo utópico da concorrência perfeita, têm falhas que podem pôr em causa a óptima alocação de recursos[122].

Nesse sentido, vai ser defendido, por oposição à *inhospitality tradition* dos tribunais em relação a estas restrições, a presunção que estes mecanismos têm por finalidade aumentar a eficiência[123].

Estes contratos surgem, assim, como produto da vontade das partes evitarem as falhas de mercado, afastando a ideia que estes eram fruto da imposição do produtor aos restantes elementos da cadeia produtiva[124].

Williamson começa logo por sublinhar que a integração da distribuição junto do consumidor tem como factor distintivo, em relação à integração da produção ou da distribuição no mercado de intermediários, a necessidade de prestar informação aos consumidores, geralmente menos informados do que os profissionais. Assinala, igualmente, o risco do *free-riding* nos esforços promocionais desenvolvidos pelos distribuidores poder pôr em causa a integridade do sistema de distribuição[125].

Law Soc. Sci., 2005, 1, pp. 381 e ss, reforça a ideia que a integração vertical parcial, através do recurso a estruturas híbridas como o contrato de franquia, permite mitigar os riscos do recurso ao mercado, sem fazer a empresa incorrer nos custos burocráticos associados à organização interna da transacção, sublinhando que as restrições contratuais que acompanham este contrato não podem ser consideradas ilícitas.

Também sobre os incentivos de mercado, O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 158-59 e A. J. MEESE, *Property Rights and Intrabrand Restraints, op. cit.*, pp. 586-92. O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 110, 157-58, justifica assim o recurso, pela indústria automóvel, a contratos de franquia. Cfr. P. H. RUBIN, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, J. L. & ECON., vol. 21, 1978, pp. 226-30.

C. J. GOETZ, R. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, Virginia L Rev, vol. 67, 1981, pp. 1094-95, referem que num contrato duradouro as partes conseguem estruturar a relação contratual, de forma a que o processo de decisão seja igual ao verificado numa empresa única.

[122] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, pp. 18 e 28, atribuindo a estas estruturas a prossecução da eficiência e a economia de custos de transacção.

[123] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions, op. cit.*, p. 9.

[124] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 33. B. KLEIN, *Transaction Cost Determinants of «Unfair» Contractual Arrangements, op. cit.*, pp. 360-61, explicou como é que as partes podem celebrar *non standard contracts* sem considerarem o poder de mercado.

[125] No entanto, O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach, op. cit.*, pp. 955-956, insere esta falha do mercado no fenómeno mais

As restrições verticais, para além de terem por finalidade reduzir os custos de transacção, beneficiam da presunção que promovem a eficiência, obrigando as autoridades a aferirem, em primeiro lugar, os ganhos de eficiência destas resultantes, para só depois verificarem a existência de efeitos anticoncorrenciais[126].

Em síntese, as restrições verticais são mecanismos através dos quais os produtores conseguem distribuidores com mais conhecimento e incentivos para promover os produtos, evitando as desvantagens da integração completa e aproveitando, em simultâneo, as vantagens do sistema de distribuição com recurso ao mercado[127].

Na abordagem de Williamson, estas restrições são geralmente tentativas pró-competitivas de redução dos custos de transacção, devendo ser presumida a produção de efeitos competitivos[128].

Williamson aceita que, verificadas certas condições estruturais na indústria, possam resultar efeitos anticoncorrenciais que justifiquem uma reacção do direito da concorrência[129].

As restrições territoriais e de clientela são consideradas, na esteira do defendido pela Escola de Chicago, benignas, salvo quando tenham por finalidade acentuar a interdependência oligopolística[130].

Também a imposição de preços de revenda mínimos vai ser justificada como um mecanismo destinado a reduzir os custos de transacção[131].

As restrições verticais, enquanto meios para fortalecer um oligopólio, mereceram a análise de Williamson, que, não se limitando à *imposição de preços de revenda mínimos*, como instrumento mais eficiente de fixação do preço, as considerou anticoncorrenciais

---

geral da prossecução de sub-objectivos (*subgoal*), ou seja, a maximização de lucro por cada agente, com consequências nocivas para o sistema de distribuição.

[126] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, pp. 959-960.

[127] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 157-58.

[128] Cfr. O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, p. 28, O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 993, refere que «*Absent the existence of a dominant firm or a tight oligopoly within an industry, vertical restrictions of all kinds, exclusive dealing included, should be assumed to promote transaction costs economies*». Cfr. A. J. MEESE, *Monopolization, Exclusion, and the Theory of the Firm*, *op. cit.*, pp. 812-29; *idem*, *Price Theory, Competition, and the Rule of Reason*, *op. cit.*, p. 134-41.

[129] *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 956. Nesse sentido, O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 372-373, ressalva que a defesa das restrições verticais com base nos seus efeitos competitivos não significa que estas não possam, verificadas certas condições de concentração de mercado, produzir efeitos anticoncorrenciais, nomeadamente, na manutenção e como meio facilitador (*the facilitating practices doctrine*) do cartel.

[130] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 965.

[131] O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 185-89, O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, pp. 976-80.

quando estivessem em causa indústrias com produtos homogéneos em que se mostrasse mais difícil encontrar uma justificação económica para a restrição[132] .

A existência de poder de mercado é uma das condições especiais que permite a produção de efeitos anticoncorrenciais pelas restrições verticais[133].

A exclusividade (obrigação de marca única) pode funcionar como uma barreira à entrada num mercado caracterizado pelo domínio de poucas empresas ou mesmo em oligopólio, ao elevar os custos do capital para os potenciais rivais[134].

As restrições verticais, enquanto meios para fortalecer um oligopólio, mereceram a análise de Williamson, que as considerou anticoncorrenciais quando estivessem em causa indústrias com produtos homogéneos em que se mostrasse mais difícil encontrar uma justificação económica.

Nesse sentido, a cláusula de exclusividade negocial, praticada por uma empresa dominante ou num mercado em oligopólio, deve ser sujeita a uma análise dos tribunais e das autoridades administrativas, por poder estar a ser usada, de forma estratégica, para impedir a entrada de novos rivais no mercado.

É sustentado que tem de ser dada a possibilidade de o alegado infractor demonstrar que só tinha como finalidade reduzir os custos de transacção, cenário em que deve ser absolvido.

Williamson admite, assim, que as restrições possam ser usadas para fortalecer os cartéis dos retalhistas e facilitar os cartéis do produtor[135].

[132] Neste caso, considerar-se-ia inaplicável a presunção de eficiência, recaindo sobre o produtor o ónus de demonstrar os benefícios da restrição.

[133] O. E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, *op. cit.*, pp. 287-95. Estes efeitos anticoncorrenciais são agrupados em dois grupos: a promoção de objectivos estratégicos em desvantagem dos pequenos rivais e potenciais rivais e a criação de interdependência entre oligopolistas, mantendo o conluio e excluindo a rivalidade entre as empresas que compõem o monopólio. O. E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, *op. cit.*, pp. 287-95. O. E. Williamson só se afasta da posição da Escola de Chicago a favor da legalidade das restrições verticais quando há poder de mercado, identificando-as como barreiras à entrada. Sempre que os comportamentos estratégicos não se reportarem a empresas dominantes e a mercados oligopolistas não suscitam preocupações anticoncorrenciais. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. p. 962

[134] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. p. 964, estendeu às restrições verticais o raciocínio desenvolvido acerca dos efeitos anticoncorrenciais da integração vertical em, *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, *op. cit.*, p. 119, de acordo com o qual a integração vertical, por uma empresa dominante ou em mercado oligopolista, pode dar origem a um aumento dos custos de capital para os potenciais rivais, funcionando como uma barreira à entrada.

[135] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 968. Por ex. a imposição de preços de revenda mínimos fortalece os cartéis dos retalhistas ao fixar um preço mais elevado. O que é difícil de compreender em face da ausência de interesse do produtor em fixar um preço mais elevado do que o competitivo. Cfr. F. LAFONTAINE, M. E. SLADE, *Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions – The Evidence*, *op. cit.*, p. 600. Também pode ser um meio facilitador dos cartéis dos produtores, porquanto a uniformização dos preços dos retalhistas combinada com a uniformização do preço praticado

Porém, através da análise da Teoria dos Custos de Transacção, demonstra que às *vertical market restrictions* devem ser presumidos ganhos de eficiência, a não ser que estejam acompanhadas de certas características estruturais da indústria e tenham por objectivo estratégico colocar em desvantagem os rivais, por forma a impedir a entrada ou levá-los a sair do mercado[136].

Na ausência de fenómenos de concentração de poder de mercado na indústria, todas as restrições verticais, incluindo a exclusividade negocial, têm por finalidade diminuir os custos de transacção.

Por outro lado, podem ser usadas para limitar a prossecução de objectivos individuais pelos distribuidores que ponham em causa a viabilidade do sistema de distribuição, enquanto, ao mesmo tempo, diferenciam o produto, promovendo a bem-estar do consumidor[137].

---

por grossistas pode servir para estabilizar o cartel no mercado *upstream* e impedir que os elementos do cartel cedam à tentação de proceder a descidas selectivas do preço, pondo em causa o cartel.

[136] O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, pp. 960, 993.

[137] Williamson concluiu que a diferenciação do produto pode ser benéfica para o consumidor quando analisou a rede de distribuição selectiva criada por *Schwinn*, devendo ser ressalvado a este propósito que esta figura está incluída na noção ampla do contrato de franquia norte-americana. Os serviços que os distribuidores concordavam prestar como publicidade, manutenção, reparação e substituição de peças, através de pessoal especializado, assim como a obrigação de não comercializar os produtos a distribuidores inseriam-se na estratégia do produtor para diferenciar o produto. Este sistema, pela sua simplicidade, também diminuiu os custos de vigilância, que seriam maiores num sistema de distribuição misto e mais complexo. Williamson refere ainda a protecção da *goodwill* da marca e, mesmo quando esta não está em causa, a legítima preocupação com a viabilidade comercial do franquiado, cuja ausência, por via da presença no mercado de outros distribuidores que consigam praticar preços muito mais baixos por não assumirem os mesmos custos, acaba por deteriorar a qualidade dos pontos de venda que integram a rede. Esta deterioração da rede repercute-se na imagem da marca, afastando os consumidores que valorizam a diferenciação do produto. Cfr. O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, pp. 977-979, *idem*, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 185-187.

Relativamente aos consumidores, este sistema é tão mais atractivo, quanto mais elevado for o custo de oportunidade do tempo despendido a adquirir informações acerca da qualidade da bicicleta e dos pontos de venda e, apesar de um custo de oportunidade baixo, quanto maior for a inaptidão para proceder à manutenção e reparação do produto. O. E. WILLIAMSON, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 977. Claro que estes serviços têm um custo, funcionando a exclusividade a favor dos distribuidores da rede como protecção contra os prejuízos causados à marca por outros distribuidores que não sigam os mesmos padrões. Apesar de O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, p. 186, n. 23, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 978, n. 89, considerar não ser aplicável a este caso, o que discordamos, poderia ser apontado como justificação o facto de este sistema impedir o risco de oportunismo, também presente na análise à luz da Teoria dos Custos de Transacção, por outros distribuidores que, sem prestarem serviços promocionais e pós-venda, poderiam comercializar os produtos a um preço mais baixo, depois de o consumidor usufruir dos serviços prestados na rede.

Neste sentido, as restrições inerentes a este sistema de distribuição apresentavam eficiências económicas, melhorando o bem-estar do consumidor e diminuindo os custos de transacção. Perante a alternativa de proceder à integração vertical completa, O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*,

Neste sentido, Williamson, assim como rejeita a aplicação da proibição *per se* que marcou a *inhospitality era*, também manifesta reservas na legitimidade *per se* para evitar os custos associados à aplicação da *rule of reason*, defendida pela Escola de Chicago[138].

O autor defende o escrutínio, através da *rule of reason*, em ordem a serem comparados os efeitos anticoncorrenciais e competitivos, reconhecendo sempre o direito de o alegado infractor alegar e demonstrar as eficiências geradas pela restrição em causa[139].

Na abordagem de Williamson ressalta que as restrições verticais devem ser questionadas, mas não deve ser presumido que prejudicam o consumidor, porquanto prosseguem objectivos económicos legítimos, nomeadamente, alinhando os objectivos dos distribuidores com os produtores, impedindo que os *subgoals* ponham em causa o sistema de distribuição[140].

VI. Conclusão

Depois de analisadas as diversas abordagens da literatura económica às restrições verticais, podemos concluir que a Teoria dos Custos de Transacção permitiu que fosse reconhecida, como finalidade, às restrições verticais, a redução dos custos da transacção, tecnológicos e não tecnológicos, decorrentes de falhas de mercado, facilitando uma alocação de recursos mais eficiente.

Esta teoria contextualiza as restrições verticais num mercado com falhas, resultantes da racionalidade limitada dos decisores, da incerteza que rodeia a transacção e do risco de oportunismo, reveladas, entre outros, por fenómenos como o parasitismo (efeito boleia) nos investimentos promocionais custeados pelos produtores, na *goodwill* da marca ou nos investimentos em serviços especiais suportados pelos outros distribuidores.

---

op. cit., pp. 187-188, chama a atenção para o facto de os distribuidores da rede venderem outras marcas de bicicletas, assim como outros produtos, o que obrigaria a *Schwinn* a também se envolver numa actividade para a qual não tinha preparação, tornando muito custosa a integração vertical, em face do recurso a este sistema de distribuição. Williamson demonstra que o recurso à internalização da distribuição seria economicamente mais custoso, dando origem, num cenário de proibição da rede de distribuição, a perdas para *Schwinn*.

[138] F. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, Texas L. Rev., vol. 63, n.º 1, 1984, p.1, *idem*, *Workable Antitrust Policy*, Mich. L. Rev., vol. 84, n.º 8, 1986, p. 1696.

[139] O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, *op. cit.*, pp. 19, 373, n. 14, *idem*, *Economies as an Antitrust Defense Revisited*, U. PA. L. REV., vol. 125, 1977, pp. 706-09, acerca da comparação entre benefícios pró-competitivos e anticoncorrenciais.

Cfr. O. E. Williamson, *Economies as an antitrust defense, the welfare tradeoffs*, *op. cit.*, p. 18, ao desenvolver o modelo de *tradeoff* para comparar os benefícios e prejuízos das fusões que, mais tarde, foi estendido, através dos tribunais e da doutrina, à análise das restrições verticais.

[140] O. E. Williamson, *Assessing vertical market restrictions*, *op. cit.*, p. 992. A análise dos trabalhos empíricos nesta matéria, por Lafontaine e Slade, corrobora esta compreensão das restrições verticais por Williamson. Cfr. F. Lafontaine, M. E. Slade, *Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence*, J. ECON. Literature, vol. 45, 2007, p. 680.

As restrições verticais são, assim, mecanismos de integração parcial, que preservando os incentivos associados ao mercado, asseguram o controlo necessário à redução dos custos de transacção, nomeadamente, as assimetrias de informação, o oportunismo e o *hold-up* resultante da especificidade dos investimentos, inerentes ao recurso ao mercado.

O modelo tecnológico de concorrência da teoria do preço é substituído pela concorrência contratual, assegurada por estruturas de organização, as restrições verticais, que, tendo por finalidade diminuir os custos de transacção, prosseguem uma função pró-competitiva, que, apenas, poderá ser comprometida na presença do poder de mercado.

Os contributos dados pela abordagem contratual da concorrência pela Teoria dos Custos de Transacção justificam por que razão Buchanan considera que *«economics comes closer to being a 'science of contract' than a 'science of choice'»*[141].

Bibliografia

AA. VV., *Encyclopedia of Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert e Gerrit De Geest (eds.), Chelltenham, 2000.

— *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Robert Pitofsky (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008.

— *The Elgar Companion to Transaction Cost Economics*, Klein P.G., Sykuta, M.E. (eds.), Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham, Northampton, 2010.

— *The Elgar Companion to the Chicago School of Economics*, Ross Emmett (ed.), Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham, Northampton, 2010.

Adams, Walter, *The «Rule of Reason»: Workable Competition or Workable Monopoly?*, Yale L J., vol. 63, 1954.

Alchien, Armen A.; Demsetz, Harold, *Production, information costs and economic organization*, AM. ECON. REV, vol. 62, 1972, p. 777.

Arrow, Kenneth J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*, vol. I, Joint Economic Committee, Washington, 1969.

Bacchini, Francesco, *Nuove forme speciali di vendita ed il franchising. Vendita self Service nei grandi magazzini. Vendila a mezzo di distributore automatico*, Cedam, Padova, 1999.

[141] *A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, AM. ECON. REV, vol. 65, 1975, p. 229, citado por O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism, op. cit.*, p. 29.

James Buchanan distingue a análise económica através das *lens of choice* e das *lens of contract*, criticando a opção da economia pela *science of choice*, presente na alocação de recursos através da teoria do preço. Buchanan defende que *«mutuality of advantage from voluntary exchange is the most fundamental of all understandings in economics»*, assim justificando a maior adequação das lentes do contrato na análise dos mercados e hierarquias. Coase em *The Nature of the firm* antecipa esta ideia, considerando a empresa uma forma atípica de contrato em vez de uma mera unidade tecnológica. O. E. Williamson, «Transaction Cost Economics: An Overview», *op. cit.*, pp. 9, 16.

BAIN, Joe, *Pricing, distribution, and employment: economics of an enterprise system*, H. Holt, 1948.

— *Industrial organization*, Jonh Wiley & Sons, Inc, New York, 1959.

BALDI, Roberto, *Il diritto della distribuzione commerciale nell' Europa comunitaria*, Padova 1984.

BALDI, Roberto; VENEZIA, Alberto, *Il contratto di agenzia: La concessione di vendita, Il franchising*, 8.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2008.

BAXTER, William F., *Vertical Practices: Half Slave, Half Free*, Antitrust L.J., vol. 52, 1983, p. 743.

— *The Viability of Vertical Restraints Doctrine*, CAL. L. REV, vol. 75, n.º 3, 1987, p. 933.

BISHOP, Simon; WALKER, Mike, *The economics of EC Competition law: concepts, application and measurement*, 3.ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2010.

BORK, Robert H., *Vertical integration and the Sherman act:the legal history of an economic misconception*, U. Chi. L. Rev., vol. 22, n.º 1, 1954-1955, p. 157.

— *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, J. L. & ECON., vol. 9, 1966, p. 7.

— *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, Yale L J, Vol. 75, n.º 3, 1966, p. 373.

— *The Antitrust Paradox, A Policy at War With Itself*, New York, Free Press, 1993.

BOWMAN, Ward, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, Yale L. J., vol. 67, n.º 1, 1957, p. 19.

BRITO, Maria Helena, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990.

BUCHANAN, James, *A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, AM. ECON. REV, vol. 65, 1975.

CAGNASSO, Oreste, *Concessione di vendita e franschising*, Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell´economia, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1991.

CARLTON, Dennis W; PELTZMAN, Sam, *Does Antitrust Need to be Modernized?*, J. ECON. PERSP., vol. 21, 2007.

CASIELLES, Vásquez; GUTIÉRREZ Trespalacios, *Distribucion comercial: estratégias de fabricantes y detallistas*, Civitas, Madrid, 1997.

CHEUNG, Steven, *The Contractual Nature of the Firm*, J. L. & Econ, vol. 26, 1983.

CLARK, J. M., *Toward a Concept of Workable Competition*, AM. ECON. REV., vol. 30, 1940.

CASTRO, E. Dièz; GARCIA, António Navarro, *Distribución comercial*, Naturaleza de la distribución, 3.ª ed., E. Dièz de Castro (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 2004.

COASE, Ronald, *The Nature of the Firm*, Economica, Vol. 4, n.º 16, 1937, p. 386.

— *The Problem of Social Cost*, J.L. & ECON, vol. 3, 1960, p. 1.

— *The Nature of the Firm: Meaning*, J.L. ECON. & ORG, vol. 4, n.º 1, 1988, p. 19.

— *The Nature of the Firm: Influence*, J.L. ECON. & ORG, vol. 4, n.º 1, 1988, p. 33.

—*The Institutional Structure of Production*, AM. ECON. REV., vol. 82, n.º 4, 1992, p. 713.

COMANOR, William S., *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, Harv. L. Rev., vol. 98, 1985.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, I Volume, Almedina, Coimbra, 2001.

DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward H., *Law and the Future: Trade Regulation*, Nw. U.L. Rev., vol. 51, 1956, p. 281.

DOMÍNGUEZ GARCIA, Manuel, *Aproximacion al regimen juridico de los conratros de distribución. Especial referencia a la tutela del distributore*, RDM, 1999, Jan-Dez, p. 419.

DIRLAM, Joel B.; KAHN, Alfred E., *Fair competition: the law and economics of antitrust policy*, Cornell University Press, Ithaca, 1954.

EASTERBROOK, Frank H., *Maximum Price Fixing*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981.
— *Predatory Strategies and Counterstrategies*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, 1981, p. 337.
— Response, *Is There a Ratchet in Antitrust Law?*, 60 Texas Law Review 705, 1982.
— *The Limits of Antitrust*, Texas L. Rev., vol. 63, n.º 1, 1984, p. 1.
— *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, ANTITRUST, L.J., vol. 53, 1984, p. 135.
— *Workable Antitrust Policy*, Mich. L. Rev., vol. 84, n.º 8, 1986, p. 1696.
ELHAUGE, Einer R., *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, Harv. L. Rev., vol. 123, 2009, p. 397.
FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz, *Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, A.A.F.D.L Lisboa, 2008.
FRIGNANI, Aldo, *Il franchising*, UTET, Torino, 1990.
FURABORN, Eirik; RICHTER, Rudolf, *Institutions & Economic Theory, The contribution of the New Institutional Economics*, 2.ª edition, The University of Michigan Press, Michigan, 2005.
GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.
GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert, *Principles of Relational Contracts*, Virginia L Rev, vol. 67, 1981.
GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia à Franquia da Distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998.
GOYDER, Joanna; ALBORS-LLORENS, Albertina, *Goyder's EC competition law*, 5th edition, Oxford University Press, 2009.
HOVENKAMP, Herbert, *Chicago and its Alternatives*, Duke Law Journal, vol. 1986, 1986, p. 1014.
— *The* Antitrust Enterprise: Principle and Execution, Harvard University Press, 2008.
— United States Competition *Policy in Crisis: 1890-1955*, Minnesota Law Review, vol. 94, 2009.
— *Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics*, Antitrust Bull, vol. 55, n.º 3, 2010, p. 613.
— *Coase, Institutionalism, and the Origins of Law and Economics*, Indiana L.J., vol. 86, 2011, p. 499.
JENSEN, Michael C.; MECKLING, Willian H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, JFE, vol. 3, 1976.
JOSKOW, Paul L., *Vertical Integration*, Antitrust Bull., vol. 3, 2010, p. 545.
KAYSEN, Carl; TURNER Donald F., *Antitrust policy: an economic and legal analysis*, Harvard University Press, 1959.
KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H., *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, NOTRE DAME L. REV., vol. 84, 2008.
KLEIN, Benjamin, *Transaction Cost Determinants of «Unfair» Contractual Arrangements*, AM. ECON. REV, vol. 70, n.º 2, 1980, p. 356.
KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIEN, Armen A., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, J.L. & ECON, vol. 21, n.º 2, 1978, p. 297.
KLEIN, Benjamin; LERNER, Andres V., *The Expanded Economics of FreeRiding: How Exclusive Dealing Prevents Free Riding and Creates Undivided Loyalty*, Antitrust L.J., vol. 74, 2007, p. 473.
KLEIN, Benjamin, WRIGHT, Joshua D., *The Economics of Slotting Contracts*, J.L. & Econ, vol. 50, n.º 3, 2007, p. 421.
KOVACIC, William E., *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, COLUM. BUS. L. REV., 2007, p. 1.

KNIGHT, Frank, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

LAFONTAINE, Francine, SLADE, Margaret, *Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence*, J. ECON. LITERATURE, vol. 45, 2007.

— *Transaction Cost Economics and Vertical Market Restrictions – The Evidence*, Antitrust Bull., n.º 3, 2010, p. 392.

LANGLOIS, Richard, *Contract, Competition, and Efficiency*, BROOK. L. REV., vol. 55, 1989.

LUMINOSO, Angelo, *I contratti tipici ed atipici*, Trattato di diritto privato *a cura* di G. Iudica e P. Zatti,vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1995.

MARTINEK, Michael, *Aktuelle Fragen des Vertriebsrechts: Belieferungs-, Fachhandler-, Vertragshandler-, Agentur- und Franchise-Systeme (RWS-Skript)*, 3.ª ed., Köln, 1992.

MARTINEZ SANZ, Fernando, *Contratos de distribución comercial: concesión y franchising*, Scientia Iuridica, XLIV, 1995, n.º 256/258.

MARVEL, Howard P., *Exclusive Dealing*, J. L. & ECON., vol. 25, 1982, p. 1.

— *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, Antitrust L.J., vol. 63, n.º 1, 1994, p. 59.

MARVEL, Howard P.; MCCAFFERTY, Stephen, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, The RAND Journal of Economics, vol. 15, n.º 3, 1984, p. 346.

MASON, Edward S., *Monopoly in Law and Economics*, Yale L.J., vol. 47, 1937.

— *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States*, HARV. L. REV., vol. 62, 1949.

MEESE, Alan J., *Price Theory, Competition, and the Rule of Reason*, U. ILL. L. REV, vol. 77, 2003.

— *Property Rights and Intrabrand Restraints*, CORNELL L. REV., vol. 89, 2004.

— *Exclusive Dealing, the Theory of the Firm, and Raising Rivals' Costs: Toward a New Synthesis*, Antitrust Bull., vol. 50, 2005, p. 375.

— *Monopolization, Exclusion and the Theory of the Firm*, Minn Law Rev., vol. 89, 2005, p. 744.

— *Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act: How Harvard Brought Us a Total Welfare Standard and Why We Should Keep It*, N.Y.U. L. REV., vol. 85, 2010, p. 659.

— *Reframing Antitrust in Light of Scientific Revolution: Accounting for Transaction Costs in Rule of Reason Analysis*, HASTINGS LJ, vol. 62, 2010.

— *Robert Bork's Forgotten Role in the Transaction Cost Revolution*, Antitrust L. J, vol. 9, 2014, pp. 953-982.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John, *Economics, Organization and Management*, Prentice Hall, New Jersey, 1992.

MONTEIRO, António Pinto, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2002.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, *El contrato mercantil de concesión*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

PAIS, Sofia Oliveira, *O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. I, Almedina, 2011, p. 587.

— *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011.

PARDOLESI, Roberto, *I Contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979.

PERASSI, Marino, *Il contratto di agenzia*, Trattato de Diritto Commerciale e do Diritto Pubblico dell´economia, vol. XVI, Contratti commerciali, diretto da Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1991.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Da franquia da empresa*, BFD, vol. 73, 1997, p. 251.

— *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*, Studia Juridica 55, BFD, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

PERIS, Salvador Miquel; GUERRERO, Francisca Parra; LHERMIE, Christian; ROMERO, M.ª Jose Miquel, *Distribución comercial*, 5.ª ed., ESIC Editorial, 2006.

PHILLIPS, Almarin, *Schwinn Rules and the «New Economics» of Vertical Relations*, Antitrust L.J., vol. 44, 1975, p. 573.

PITOFSKY, Robert, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price fixing*, 71 GEO. L.J., vol. 71, 1983.

POSNER, Richard A., *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, Colum. L. Rev., vol. 75, 1975, p. 282.

— *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, U. Chi. L. Rev., vol. 45, 1977, p. 1.

— *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1978.

— *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. L. Rev., vol. 127, 1978, p. 925.

— *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, U. Chi. L. Rev., vol. 48, n.º 1, 1981, p. 6.

— *Antitrust Law*, 2.ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 2001.

REINDFLEISCH; HEIDE, *Transaction cost analysis: past, present and future application*, Journal of Marketing, vol. 61, n.º 4, 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de franquia, (Franchising). Noção, natureza jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001.

RIPOL, Casares; ARÉVALO, Rebollo, *Distribución comercial*, 3.ª ed., Thomson, Civitas, 2005.

ROE, Mark, *Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

ROSS, Stephen F., *Principles of Antitrust Law*, Foundation Press New York, 1993.

RUBIN, Paul H., *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, J. L. & ECON., vol. 21, 1978.

SANTINI, G., *Commercio e servizi, Due saggi di economia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

SIMON, *Rationality as Process and as Product of Thought*, AM. ECON. VER, vol. 68, n.º 2, 1978.

STIGLER, George, *The Theory of Competitive Price*, Macmillan, 1946.

STOCKING, George W., *On the Concept of Workable Competition as an Antitrust Guide*, Antitrust Bull, vol. 2, 1956-1957.

TELSER, Lester G., *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* J. L. & Econ., vol. 3, 1960, p. 86.

— *Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?* J.L. & Econ, vol. 33, n.º 2, 1990, p. 409.

TURNER, Donald F., *The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws*, Harv. L. Rev., vol. 72, n.º 1, 1958, p. 50.

— *Some Reflections on Antitrust*, N.Y. ST. B.A. ANTITRUST L. SYMP., 1966.

WILLIAMSON, Oliver E., *The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations*, AM. ECON. REV, vol. 61, n.º 2, 1971, p. 112.

— *Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations*, AM. ECON. REV, vol. 63, n.º 2, 1973.

— *Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach*, U. Pa. L. Rev. 127, 1979, p. 953.

— *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, New York, 1985.

— *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

— *Why Law, Economics, and Organization?*, Annu. Rev. Law Soc. Sci., vol. 1, 2005, p. 369.
— *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, Administrative Science Quarterly, vol. 36, n.º 2, 1991, pp. 269-296.
— *Economies as an Antitrust Defense Revisited*, U. PA. L. REV., vol. 125, 1977.
— *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975.
— *Economies as an antitrust defense, the welfare tradeoffs*, AM. ECON. VER, vol. 58, n.º 1, 1968
WRIGHT, Joshua, *The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond*, Competition Pol'y Int'l, vol. 3, n.º 2, 2007, p. 25.