

RESTRIÇÕES TERRITORIAIS DE DISTRIBUIDORES: QUAL O LIMITE DE SUA LEGALIDADE? UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, EUROPEIA E ESTADUNIDENSE

*Territorial restrictions on distributors: What is the limit of their legality?
An analysis of the Brazilian, European and American experience*

Vinícius Goulart¹
Sandra Terepins²

DOI: 10.5281/zenodo.15724643

Resumo: A alocação geográfica de distribuidores é prática vertical que limita o distribuidor a atuar em determinado território, podendo gerar efeitos anticompetitivos, como facilitar colusão entre fornecedores e dificultar a entrada de concorrentes. Entretanto, pode também trazer benefícios ao aprimorar sistemas de distribuição, diminuir riscos de *free rider* e *hold up* e aumentar a concorrência intermarcas. Este artigo explora o entendimento do CADE sobre essa conduta, sugerindo que sua análise no Brasil ainda carece de maturidade em comparação à experiência internacional, especialmente ao olhar para União Europeia e Estados Unidos, onde a questão é tratada com maior profundidade. No Brasil, o CADE analisou a questão de forma limitada, em uma resolução já revogada e em um caso específico envolvendo licitação pública. O estudo compara a limitada experiência brasileira com abordagens internacionais, onde as restrições territoriais são frequentemente avaliadas pela regra da razão, considerando possíveis

¹ Advogado em São Paulo. Bacharel em Direito pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Direito, Economia e Governança (NuDEG) e do Núcleo de Pesquisa em Concorrência, Política Pública, Inovação e Tecnologia (Comppit) da FGV Direito SP.

² Advogada em São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Possui mestrado em Direito pela Georgetown University Law e especialização pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

eficiências. Conclui-se que a experiência internacional oferece lições que podem ajudar o CADE e a comunidade antitruste brasileira a desenvolver uma análise mais robusta de eventuais riscos associados a essas práticas, contrapondo seus potenciais efeitos negativos e positivos.

Palavras-chave: CADE; distribuição; efeitos anticompetitivos; eficiências; Estados Unidos; restrições territoriais; União Europeia

Abstract: The geographical allocation of distributors is a vertical practice that limits the distributor to operating in a certain territory and can generate anti-competitive effects, such as facilitating collusion between suppliers and making it difficult for competitors to enter. However, it can also bring benefits by improving distribution systems, reducing free rider and hold up risks, and increasing inter-brand competition. This article explores CADE's understanding of this conduct, suggesting that its analysis in Brazil still lacks maturity compared to international experience, especially when looking at the European Union and the United States, where the issue is dealt with in greater depth. In Brazil, CADE has analyzed the issue in a limited way, in a resolution that has already been revoked and in a specific case involving public tenders. The study compares the limited Brazilian experience with international approaches, where territorial restrictions are often evaluated by the rule of reason, considering possible efficiencies. It concludes that the international experience offers lessons that can help CADE and the Brazilian antitrust community to develop a more robust analysis of possible risks associated with these practices, weighing their potential negative and positive effects.

Keywords: CADE; distribution; anticompetitive effects; efficiencies; United States; territorial restrictions; European Union

Sumário: 1. Introdução; 2. Alocação de território de distribuidores: dos efeitos anticompetitivos às eficiências; 3. A experiência incipiente do CADE; 4. A perspectiva da União Europeia; 4.1. União Europeia; 4.1.1. Regulamento (UE) nº 2022/720 – VBER 2022; 4.1.2. As bases do entendimento da União Europeia: o caso *Établissements Consten SaRL e Grundig-Verkaufs GmbH v. Comissão*; 4.1.3. O entendimento da Comissão Europeia; 4.2. O entendimento de Portugal e Espanha; 4.2.1. As legislações nacionais; 4.2.2. *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* e

os casos Vaillant (2019) e Garrido (2021); 4.2.3. Autoridade da Concorrência e os casos Galp/Petróleos de Portugal (2015) e Natus (2021); 4.3. Um resumo do entendimento europeu; 5. A perspectiva dos Estados Unidos: o caso Continental T.V., Inc., v. GTE Sylvania, Inc. e declarações do governo norte-americano; 6. Conclusão: como a experiência internacional pode servir de referência para a prática brasileira?

1. Introdução

A alocação geográfica de distribuidores consiste em prática restritiva vertical pela qual o fornecedor determina que o distribuidor poderá comercializar seus produtos e/ou serviços somente em certo território.³ A conduta, a depender de como implementada, pode acarretar efeitos anticompetitivos, tais como facilitar o comportamento colusivo entre fornecedores e impedir a entrada de concorrentes e de outros distribuidores no mercado.⁴ Em contrapartida, pode ser fruto de eficiências e benefícios aos consumidores ao, por exemplo, prevenir a ocorrência do efeito *free-*

³ LIDGARD, Hans Henrik. Territorial restrictions in vertical relations. *World Competition*, v. 21, n. 1, p. 71-86, 1997, p. 72.

⁴ DUTTA, Shantanu; HEIDE, Jan B.; BERGEN, Mark. Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: theories and industry evidence. *Journal Of Marketing*, [S.L.], v. 63, n. 4, p. 121-134, out. 1999, p. 125; MADI, Maria Fernanda Caporale. *Regulating Vertical Agreements: a comparative Law & Economics analysis of Brazil and Europe*. 2020. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Bolonha, Universidade de Hamburgo e Universidade de Roterdão, Roterdão, 2020, p. 40.

*rider*⁵ e de problemas de *hold-up*,⁶ permitir o aprimoramento do sistema de distribuição e aumentar a concorrência intermarcas.⁷

Justamente em virtude desses benefícios, é comum que empresas implementem em suas políticas e programas de incentivo com distribuidores cláusulas dessa natureza. Porém, deve-se ter cautela em sua adoção dado que a conduta poder ser alvo de escrutínio de autoridades concorrenciais. Em vista disso, surgem as questões: qual o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) quando instado a se manifestar sobre alocação geográfica de território de distribuidores? E quando esse tipo de restrição deve ser considerado legal ou ilegal do ponto de vista antitruste? Esse artigo tem como objetivo responder a esses questionamentos, procurando contribuir com o debate sobre como o CADE e a comunidade antitruste podem aprimorar seus métodos de análise quando diante desse tipo de conduta.

Parte-se da hipótese de que o CADE não possui entendimento consolidado sobre como analisar casos desse tipo. Porém, especula-se que a prática internacional já trata do assunto com maior maturidade, contando com a existência de normativas e jurisprudência mais avançadas. Com isso, entende-se que tanto o CADE como a comunidade antitruste brasileira poderiam usufruir das particularidades da experiência estrangeira para conduzir a análise concorrencial da prática.

Além de abordar a atuação do CADE até o momento, o presente estudo busca compreender o entendimento normativo e jurisprudencial da União Europeia, Espanha, Portugal e dos Estados Unidos sobre alocação

⁵ BORK, Robert H. Vertical Restraints: Schwinn Overruled. *The Supreme Court Review*, v. 1977, p. 171-192, 1977, p. 180-181; POSNER, Richard A. The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977, p. 6.

⁶ HOLANDA. *Guidelines: Arrangements between suppliers and buyers*. p. 9. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-07/guidelines-regarding-arrangements-between-suppliers-and-buyers.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024; REINO UNIDO. *Vertical Agreements Block Exemption Order: CMA Guidance*, 2022. p. 87-88. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62d57d7fe90e071e7b13109f/VABEO_Guidance.pdf. Acesso em: 09 ago. 2024.

⁷ LIDGARD, Hans Henrik. *Op. Cit.* p. 71.

geográfica. União Europeia e Estados Unidos foram selecionados por, além de serem os mais influentes envolvendo direito da concorrência no nível internacional e já terem se debruçado de modo mais aprofundado sobre o tema, revelam entendimentos distintos sobre restrição territorial, cada qual com características que podem servir para o aprimoramento da experiência brasileira. Portugal e Espanha, por sua vez, foram escolhidos pelas particularidades da aplicação das normas concorrenciais no nível da União Europeia, as quais, de acordo com o Tratado de Funcionamento (“TFUE”) somente serão aplicáveis se a prática for capaz de afetar o comércio entre os países-membros,⁸ ou seja, não tratariam de assuntos envolvendo questões no nível nacional. Em vista disso, visando abordar o assunto de forma mais aprofundada, o artigo também analisa o entendimento desses países-membros (que foram selecionados por contarem com legislações concorrenciais próprias, mas que são similares àquelas de outros membros) e decisões referentes à restrição territorial com autos públicos.

Após essa introdução, o artigo se divide em quatro seções: a *Seção II* ilustra potenciais efeitos pró e anticompetitivos da conduta sob análise; a *Seção III* busca demonstrar o entendimento do CADE em relação à prática de alocação de território; a *Seção IV* explora a forma como a União Europeia (*IV.a*), Espanha e Portugal (*IV.b*) abordam o tema; a *Seção V* evidencia o ponto de vista dos Estados Unidos e; servindo de conclusão, a *Seção VI*, apresenta como os entendimentos da União Europeia e dos Estados Unidos podem servir de referência para o CADE e para a comunidade antitruste brasileira quando diante da análise da prática.

2. Alocação de território de distribuidores: dos efeitos anticompetitivos às eficiências

A alocação geográfica de distribuidores, prática restritiva vertical, é uma obrigação determinada pelo fornecedor ao distribuidor para que este comercialize produtos e/ou serviços daquele em território pré-determinado.

⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Art. 101 (1). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>. Acesso em: 15 jul. 2024.

Isso significa que, estando o distribuidor adstrito àquela localidade, não poderá atuar em área diversa. A conduta pode ser implementada de forma direta, isto é, por meio de cláusulas contratuais, e de forma indireta, quando o fornecedor, por exemplo, restringe o local de atuação via direitos de propriedade intelectual ou arranjos de preços.⁹

A restrição territorial é capaz de alcançar não só as vendas ativas, que ocorrem quando o distribuidor aborda diretamente os clientes, utilizando-se, por exemplo, de visitas e e-mails,¹⁰ mas também as passivas, quando o cliente vai espontaneamente até o distribuidor, sem que a “venda tenha sido iniciada através de publicidade dirigida ativamente ao cliente.”¹¹

A conduta pode resultar em efeitos anticompetitivos, sendo a empresa responsável por implementá-la passível de punição por autoridades concorrenciais. Deve, portanto, ser adotada com cautela. Dentre esses efeitos negativos ao ambiente competitivo, estão:

1) *Facilitar o comportamento colusivo pelos fornecedores e, conseqüentemente, a formação de cartel:*¹² fornecedores podem agir em conjunto para acordar o local de atuação dos distribuidores;¹³

⁹ LIDGARD, Hans Henrik. *Op. Cit.* p. 72.

¹⁰ REINO UNIDO. *The Competition Act 1998 (Vertical Agreements Block Exemption) Order 2022*. Art. 8 (7). Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2022/516/data.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2024.; UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n° 2022/720*. Art. 1 (1). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0720>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹¹ REINO UNIDO. *The Competition Act 1998... Op. Cit.* Art. 8 (7).

¹² REINO UNIDO. *Vertical Agreements Block Exemption Order. Op. Cit.* p. 89; UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*. p. 9. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01)). Acesso em: 16 jul. 2024.

¹³ MADI, Maria Fernanda Caporale. *Regulating Vertical Agreements: a comparative Law & Economics analysis of Brazil and Europe*. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Bolonha, Universidade de Hamburgo e Universidade de Roterdão, Roterdão, 2020, p. 40.

2) *Fechar o mercado para impedir a venda por concorrentes e distribuidores*,¹⁴

3) *Reduzir a competição intramarca*: limitar a concorrência entre distribuidores para a venda de produtos e/ou serviços de um mesmo fornecedor,¹⁵ cujo efeito será especialmente problemático se a concorrência intermarcas (entre diferentes fornecedores) for reduzida.

Por outro lado, a prática também pode ser fruto de eficiências e trazer benefícios ao mercado e aos consumidores, na medida em que:

1) *Protege e previne contra o efeito carona (free-rider)*:¹⁶ o fornecedor, visando aprimorar e tornar mais eficiente o seu sistema distributivo, propositalmente reduz a concorrência intramarca por meio da restrição territorial, criando incentivos para que o distribuidor promova, o máximo possível, os produtos e/ou serviços dentro do território a ele designado.¹⁷ Assim, evita que investimentos feitos pelo próprio distribuidor para cumprir com esse objetivo sejam indevidamente capturados por outros que não os fizeram. A proteção contra “*free-riders*” será especialmente importante quando os produtos/serviços demandarem atendimento pré e pós-venda pelo distribuidor, uma vez que, nessa ocasião, exigem-se maiores esforços e investimentos;

¹⁴ DUTTA, Shantanu; HEIDE, Jan B.; BERGEN, Mark. DUTTA p. 125; MADI, Maria Fernanda Caporale. *Op. Cit.* p. 40; REINO UNIDO. *Vertical Agreements Block Exemption Order. Op. Cit.* p. 89. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62d57d7fe90e071e7b13109f/VABEO_Guidance.pdf. Acesso em: 09 ago. 2024; UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*. p. 9. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01)). Acesso em: 16 jul. 2024.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*. p. 9. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01)). Acesso em: 16 jul. 2024.

¹⁶ BORK, Robert H. *Op. Cit.* p. 180-181; DUTTA, Shantanu; HEIDE, Jan B.; BERGEN, Mark. *Op. Cit.* p. 122, out. 1999; MADI, Maria Fernanda Caporale. *Op. Cit.* p. 40; POSNER, Richard A. *Op. Cit.* p. 6.

¹⁷ KELLMAN, Barry. Vertical Territorial Restrictions and the limits of planning. *Antitrust Law Journal*, v. 46, n. 4, p. 1107-1136, p. 1117, 1977.

2) *Evita problemas de hold-up*: evita a não realização de investimentos específicos pelo distribuidor para a comercialização dos produtos;¹⁸

3) *Aprimora economias de escala, uniformidade e melhores padrões de qualidade*;¹⁹

4) *Reduz custos de transação*;²⁰

5) *Reduz problemas decorrentes de assimetria informacional*: quando comparados com distribuidores, os fabricantes detêm menor conhecimento das condições de mercado, especialmente sobre consumidores e nível de concorrência. Portanto, o distribuidor alocado a certo território, sendo a parte mais bem informada para traçar estratégias de comercialização, tende a melhorar o escoamento dos produtos do fornecedor;²¹

6) *Proporciona aumento na oferta de bens*: como consequência, leva ao acirramento da competição intermarcas, à redução de preços e ao aprimoramento do bem-estar do consumidor.²²

3. A experiência incipiente do Cade

A atuação do CADE em relação à prática vertical de alocação geográfica é ainda bastante incipiente, tendo analisado, até então e, de acordo com a pesquisa realizada, apenas um caso de modo aprofundado.

¹⁸ HOLANDA. Guidelines: Arrangements between suppliers and buyers. p. 9. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-07/guidelines-regarding-arrangements-between-suppliers-and-buyers.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024; REINO UNIDO. *Vertical Agreements Block Exemption Order*. Op. Cit. p. 87-88; UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints ...* Op. Cit. p. 8.

¹⁹ HOLANDA. Loc. Cit.; UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints ...* Loc. Cit.

²⁰ BRASIL. *Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999*. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, 28 jun. 1999. Anexo I; KELLMAN, Barry. Op. Cit. p. 1116.

²¹ DUTTA, Shantanu; HEIDE, Jan B.; BERGEN, Mark. Op. Cit.; KELLMAN, Barry. Op. Cit. p. 1115. 1977.

²² LIDGARD, Hans Henrik. Op. Cit. p. 71.

Apesar de reconhecer que a conduta poderia facilitar a colusão entre concorrentes e a formação de cartéis, bem como a elevação unilateral do poder de mercado do fabricante, a já revogada Resolução nº 20/1999²³ previa que a prática poderia gerar eficiências, principalmente ao reduzir custos de transação.²⁴ Em vista disso, estipulava que para gerar efeitos anticompetitivos, a conduta deveria ser realizada por agentes com poder de mercado no mercado “de origem” e afetar parcela substancial do mercado “alvo”. Mesmo nesse caso, o CADE deveria aplicar o princípio da razoabilidade e ponderar entre os potenciais efeitos pró e anticompetitivos da prática.²⁵ Ou seja, a análise de restrições territoriais verticais pelo CADE deveria ser feita com base na *regra da razão*.²⁶

Em 2004, o CADE condenou a Microsoft Informática Ltda. (“Microsoft”) e a TBA Informática Ltda. (“TBA”) pela prática restritiva vertical de alocação de território (“Microsoft/TBA”).²⁷ Via acordos com a TBA, a Microsoft teria assegurado àquela empresa a exclusividade na venda de seus produtos no Distrito Federal e garantido à TBA a comercialização exclusiva de seus produtos ao Governo Federal.²⁸

O voto do Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, que embasou a decisão do Tribunal do Cade no caso, analisou a conduta sob a ótica da regra da razão, ponderando seus efeitos pró e anticompetitivos. Tendo constatado

²³ A revogação da Resolução nº 20/1999 foi feita pela Resolução nº 34/2022.

²⁴ BRASIL. *Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Op. Cit.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Inclusive, essa aproximação do entendimento de análise pela regra da razão é reforçado pela metodologia constante no Anexo II da Resolução nº 20/1999, que elencava três etapas para verificar a (i)licitude da prática, quais sejam: (1) caracterização da conduta, sendo identificadas a sua natureza, seu enquadramento legal e se há evidências de sua realização; (2) análise da posição dominante, quando são definidos os mercados relevantes, estimados o *market share* dos envolvidos e as condições concorrenciais nos mercados afetados; e (3) análise específica da conduta, etapa na qual são avaliados os efeitos anticompetitivos e os possíveis ganhos de eficiência, e quando são ponderados os prejuízos e os benefícios à concorrência decorrentes da prática.

²⁷ As empresas foram condenadas por violação aos incisos I e IV do art. 20 cumulados com os incisos IV e VIII do art. 21 da Lei nº 8.884/1994.

²⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49*. 2008. p. 7376.

a existência de poder de mercado por ambas as partes e a situação de duplo monopólio,²⁹ entendeu que a conduta teria acarretado inexistência de alternativa de escolha aos consumidores e possibilitado o aumento indiscriminado de preço dos produtos. Isso porque, além de a concorrência intermarcas ter sido praticamente eliminada, o mercado seria caracterizado por “grandes barreiras à entrada e importantes efeitos de rede”.³⁰ Em sua análise, destacou que os efeitos nocivos à concorrência poderiam ser compensados por eventuais eficiências caso o número de distribuidores não fosse restringido a apenas um.

Em que pese a Microsoft ter argumentado que a restrição territorial teria servido para aprimorar seus serviços pós-venda, o Conselheiro Relator, destacando que a TBA não atuava em todas as localidades nas quais os órgãos governamentais estavam localizados, entendeu que o objetivo da alocação do Distrito Federal à TBA seria o de assegurar a inexigibilidade da licitação. A consequência teria sido o impedimento de o Governo Federal ter acesso às melhores ofertas no mercado, prejudicando a consecução do interesse público.³¹

O precedente acima, cumulado com a Resolução nº 20/1999, vigente à época, indicam que a análise da prática de alocação de território se daria pela regra da razão, sendo estabelecida uma presunção de licitude e reconhecido que potenciais eficiências podem superar eventuais efeitos anticompetitivos.

A despeito disso, trata-se de caso julgado há duas décadas, o que pode sugerir alguma insegurança em como o CADE analisaria a prática atualmente. Recorre-se, assim, à análise da experiência europeia e estadunidense em relação ao tema, observando diferentes padrões de análise

²⁹ Isso porque, enquanto a Microsoft detinha mais de 90% de participação nos mercados nacionais de vendas de *software* e prestação de serviços e soluções de informática ao Poder Público, a TBA teria a exclusividade para a distribuição dos produtos daquela companhia para grandes empresas e para o poder público no Distrito Federal. *Ibidem*, p. 16-24.

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

³¹ *Ibidem*, p. 25-26.

adotados por essas jurisdições, servindo, ao final, de auxílio e potencial guia para a autoridade e comunidade antitruste brasileira.

Em qualquer hipótese, antes de explorar as nuances da experiência internacional, vale destacar que, embora essencialmente distintas das cláusulas de restrição territorial impostas a distribuidores, as cláusulas de raio aplicadas por shopping centers a lojistas guardam semelhanças no que tange à delimitação territorial. Nesse sentido, as decisões do CADE sobre a imposição dessas cláusulas podem, eventualmente, oferecer referências úteis para a definição de parâmetros na análise das restrições territoriais em contratos de distribuição.³²

Sucintamente, nos Processos Administrativos de nº 08012.009991/1998-82,³³ 08012.002841/2001-13,³⁴ 08012.012740/2007-46,³⁵ os Conselheiros Relatores destacaram, em seus votos, que as cláusulas de raio não foram devidamente justificadas pelos Representados, uma vez que não apresentaram fundamentações jurídicas e econômicas razoáveis para sustentar as dimensões espaciais estipuladas. Esse entendimento pode ser aplicado, por analogia, às cláusulas de restrição territorial em contratos de distribuição, tornando essencial que o produtor justifique, de forma convincente, a necessidade e a abrangência da cláusula. Para os produtores, a possibilidade de apresentar dados concretos que evidenciem como uma

³² Além dos precedentes relacionados à imposição de cláusulas de raio, casos envolvendo cartéis do tipo *hub-and-spoke* podem, em certa medida, oferecer subsídios para a análise de cláusulas de restrição territorial em contratos de distribuição, uma vez que abordam aspectos da relação entre fabricantes e distribuidores/revendedores. No entanto, por se tratar de condutas colusivas, cuja análise segue uma lógica distinta da aplicada a restrições verticais, optou-se por não os incluir neste artigo, a fim de manter o foco na avaliação específica das cláusulas territoriais sob a ótica das condutas verticais.

³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data de Publicação: 09/06/2016.

³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Data de Publicação: 24/06/2016.

³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46*. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data de Publicação: 05/09/2016

cláusula pode gerar eficiências –especialmente em benefício dos consumidores– e, ao mesmo tempo, demonstrar seu potencial para coibir comportamentos oportunistas de outros distribuidores, seriam formas eficazes de justificar sua implementação.

Outro aspecto relevante destacado nos votos foi a imposição de sanções contratuais severas no caso de desrespeito às cláusulas de raio, caracterizando um mecanismo coercitivo desprovido de razoabilidade e potencialmente configurador de infração concorrencial. Esse raciocínio também pode ser considerado na análise das restrições territoriais em contratos de distribuição.

De qualquer forma, foi destacada a necessidade de avaliar cada caso concreto para determinar sua compatibilidade com a legislação de defesa da concorrência, não sendo adequado estabelecer um critério absoluto para sua aceitação ou rejeição, devendo ser ponderados eventuais efeitos pró e anticompetitivos.

4. A perspectiva da União Europeia

4.1. Regulamento (UE) N° 2022/720 – Vber 2022

Na União Europeia, são proibidos acordos que potencialmente afetam o comércio entre os países-membros e que tenham “por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”.³⁶ A proibição pode ser excepcionada caso as práticas melhorem a produção e/ou distribuição dos produtos ou promovam o desenvolvimento técnico ou econômico, conquanto não imponham restrições que não sejam indispensáveis para atingir seus objetivos e não permitam aos participantes da conduta eliminar a concorrência de uma parte substancial do mercado relevante.³⁷

³⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Art. 101 (1). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>. Acesso em: 15 jul. 2024.

³⁷ *Ibidem*, Art. 101(3)

O Regulamento (EU) nº 2022/2270 (“VBER 2022”), que tem seu conteúdo aprofundado pelas *Guidelines on Vertical Restraints* (“*Guidelines*”), da Comissão Europeia (doravante “Comissão”), trata dessas exceções. Especificamente sobre alocação territorial, os documentos indicam que, a depender da forma como empregada, a prática será considerada como um ilícito por objeto (i.e., uma *hardcore restriction*, com presunção de ilicitude) ou presumida legal, tendo seus potenciais efeitos pró-competitivos contrabalançados com os negativos.

A conduta será considerada um ilícito por objeto quando o fornecedor operar um sistema de distribuição exclusivo e restringir o seu parceiro exclusivo de, concomitantemente, vender ativa e passivamente fora de seu território.³⁸ Isso porque, com base nas *Guidelines*, as vendas passivas não deveriam sofrer restrições, pois, do contrário, estar-se-ia facilitando a divisão ilícita de mercado.³⁹ Certas práticas indiretas também serão consideradas *hardcore restrictions*, tais como a exigência de que o distribuidor solicite aprovação prévia do fornecedor para vendas a certos clientes; a recusa ou redução de bônus e descontos caso o distribuidor venda para determinados clientes; o encerramento do fornecimento de produtos se o distribuidor vender para certos clientes etc.⁴⁰

Em contrapartida, caso o fornecedor e o distribuidor não superem 30% de participação de mercado⁴¹ e a conduta se enquadre em uma das cinco hipóteses a seguir, será considerada presumidamente *legal*. As hipóteses são: permissão de o fornecedor restringir (a) vendas ativas pelo fornecedor em território alocado⁴² para até no máximo 5 distribuidores

³⁸ *Ibidem*, p. 7.

³⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints...* *Op. Cit.* p. 54.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 49.

⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

⁴² Observa-se, ainda, que o fornecedor será livre para definir a abrangência do território, podendo este ser maior, menor ou igual ao tamanho do país-membro da União Europeia, o que facilita o cumprimento da normativa.

exclusivos,⁴³⁻⁴⁴ (b) vendas ativas ou passivas pelo distribuidor exclusivo e seus clientes a distribuidores não autorizados localizados em um território onde o fornecedor opere um sistema de distribuição seletiva,⁴⁵ (c) o local de estabelecimento do distribuidor exclusivo, (d) vendas ativas ou passivas a usuários finais por um distribuidor exclusivo operando no nível atacadista e (e) o distribuidor o distribuidor exclusivo de vender ativa ou passivamente bens intermediários a clientes que os utilizariam para fabricar produtos concorrentes aos do fornecedor.⁴⁶

Ainda assim, caso os incumbentes superem o patamar de 30% de *market share*, mas a conduta se enquadre em uma das cinco exceções, a ilicitude não será presumida, sendo sopesada sua capacidade de trazer benefícios ao mercado e seu potencial anticompetitivo. As *Guidelines*

⁴³ Com base nas *Guidelines*, a limitação de 5 distribuidores exclusivos por localidade, por sua vez, tem por intuito assegurar que estes invistam na promoção e na venda dos bens, ao mesmo tempo em que permite ao fornecedor melhor organizar seu sistema distributivo. Caso superado aquele número, os distribuidores exclusivos poderiam se aproveitar dos investimentos uns dos outros, eliminando eventuais benefícios decorrentes da alocação de território. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. *Guidelines on vertical restraints...* Op. Cit. p. 31.

⁴⁴ No Regulamento (UE) n° 330/2010 (VBER 2010), que foi substituído pelo VBER 2022, permitia-se somente *um único* distribuidor exclusivo por território. Destaca-se que na redação inicial do VBER 2022 os distribuidores exclusivos não se restringiam a no máximo 5, mas a um “número limitado”, sendo que essa quantidade seria determinada em proporção ao território alocado de forma a garantir um volume de negócios que pudesse preservar os investimentos realizado. Contudo, a redação foi alterada na medida em que abriria espaço para interpretação e, portanto, incerteza jurídica. ROHRBEN, Benedikt. *VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements: digital, dual, exclusive and selective distribution plus franchising*. Cham: Springer, 2023, p. 102-103.

⁴⁵ No sistema de distribuição exclusiva, o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratados, direta ou indiretamente, apenas para distribuidores selecionados com base em critérios específicos. Esses distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados dentro do território reservado pelo fornecedor para operar o sistema. Os critérios variam e envolvem padrões de qualidade, experiência, localização ou capacidade de oferecer certos serviços associados ao produto.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n° 2022/720*. Art. 4 (b). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0720>. Acesso em: 15 jul. 2024.

estabelecem alguns aspectos relevantes que serão levados em consideração quando da avaliação desses efeitos da conduta:

1) A alocação territorial pode apresentar como aspecto negativo a perda de competição intramarca, o que será problemático apenas se a concorrência intermarcas for limitada. Tão maior a participação de mercado do fornecedor, maior o risco de ausência de competição intermarcas. Caso haja concorrentes fortes no mercado, eventual restrição de competição intramarca pode ser compensada por produtos rivais;⁴⁷

2) Em um mercado no qual existem poucos fornecedores, há elevado risco de conluio e redução de competição. Percebido que fornecedores dominantes utilizam o mesmo distribuidor exclusivo para a comercialização de seus produtos, tende-se a restringir ainda mais a concorrência intermarcas;⁴⁸

3) Caso distribuidores sejam responsáveis pela comercialização de diversas marcas no território, estes poderão não repassar reduções de preços aos consumidores, reduzindo a competitividade por preços no nível do fornecedor;⁴⁹

4) Análise de barreiras à entrada será essencial se o sistema de alocação de território exclusivo for cumulado com exclusividade de comercialização, uma vez que nessa situação serão mais elevados os riscos de redução de competição intramarca e segmentação de mercado;⁵⁰

Fatores como demanda crescente e mudanças tecnológicas podem minimizar efeitos negativos da alocação territorial de distribuidores, e a geração de eficiência será mais provável para produtos novos, complexos ou cuja qualidade seja difícil de avaliar.⁵¹

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints ... Op. Cit.* p. 32.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 32-33.

⁵¹ *Ibidem*, p. 33-34.

4.2. As bases do entendimento da União Europeia: o caso *Établissements Consten SaRL e Grundig-Verkaufs GmbH v. Comissão* (“*Consten & Grundig*”)

Em 1966, a Corte de Justiça da União Europeia (“CJUE”) julgou o caso que firmou o seu entendimento e o da Comissão Europeia sobre alocação de território. O precedente *Consten & Grundig* buscou analisar a potencial ilicitude do acordo firmado entre as empresas envolvidas, por meio do qual se estabeleceu que Consten seria a distribuidora exclusiva dos produtos de Grundig no território metropolitano francês, no Sarre e na Córsega. Consten se comprometeu a não distribuir, direta ou indiretamente, produtos para territórios aos quais não estava alocada, além de não vender produtos concorrentes ao objeto do contrato.⁵²

Na visão da CJUE, um dos objetivos fundamentais do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) seria a proteção da ausência de barreiras, especialmente comerciais, entre os membros da União Europeia. Acordos verticais que, portanto, impusessem restrições à troca entre os países membros deveriam ser proibidos, mesmo que verificada ameaça potencial e não um dano efetivo. Isto é, tais acordos teriam por objeto a restrição ou distorção do ambiente competitivo. Ainda que o acordo aumentasse a concorrência intermarcas, não poderia ser considerado legal.⁵³

Na visão da CJUE, *Consten & Grundig* se enquadrava nesse cenário, o que tornava o contrato ilegal: ao mesmo tempo em que impedia que outros distribuidores importassem produtos da Grundig para a França, proibia a Consten de exportar os produtos daquela empresa para outros países, isolando o território restrito à Consten do comércio com os outros países membros e possibilitando que fossem cobrados preços do consumidor nessa localidade sem qualquer concorrência efetiva.⁵⁴ Entendeu também que, quanto mais os fornecedores buscassem diferenciar seus

⁵² UNIÃO EUROPEIA. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*. 1966. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0056>. 1966. Acesso em: 17 jul. 2024, p. 303-304

⁵³ *Ibidem*, p. 340-342.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 341-342.

produtos, tão mais problemático seria o acordo, na medida em que redução da eficácia da competição intermarcas resultante dessa diferenciação não seria compensada pela concorrência entre os distribuidores.⁵⁵

4.3. O entendimento da Comissão Europeia

Entre 2019 e 2020, a Comissão aplicou punições em três casos similares, para Nike Inc.,⁵⁶ Sanrio Compay, Ltd.,⁵⁷ e Comcast Corporation,⁵⁸ por condutas envolvendo restrições territoriais verticais. As empresas teriam implementado meios contratuais e não contratuais visando desencorajar e impedir que licenciadas de seus produtos os distribuíssem a clientes fora de determinado território, tanto ativa como passivamente. Teriam, ainda, solicitado que as licenciadas as contatassem antes de realizarem vendas fora da zona alocada ou, inclusive, proibiam-nas por completo. Para garantir o cumprimento das obrigações impostas, conduziam auditorias nas licenciadas.⁵⁹

Na análise dos três casos, que, inclusive, adotou a mesma sistemática e conclusões, a Comissão, citando Consten & Grundig, destacou estar diante de conduta que restringia o comércio entre os membros da União Europeia, sendo, portanto, ilícita por objeto.⁶⁰ Mesmo assim, a Comissão ponderou argumentos levantados pelas partes.

As incumbentes alegaram que punições por descumprimento das cláusulas de restrição territorial não estariam sendo aplicadas, não havendo

⁵⁵ *Ibidem*, p. 343.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436*. Commission Decision. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432*. Commission Decision. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40432/40432_720_4.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433*. Commission Decision. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40433/40433_734_3.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436*. *Op. Cit* p. 13 e 17; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432*. *Op. Cit*. p. 10; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433*. *Op. Cit*. p. 13.

⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436*. *Op. Cit*. p. 24. 4; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432*. *Op. Cit*. p. 16-17; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433*. *Op. Cit* p. 22-23.

ali condutas ilícitas. Em contrapartida, a Comissão destacou que a simples existência desses dispositivos criaria elemento visual e psicológico para impedir as vendas fora de território previamente alocado e perpetuar divisão de mercado. Ainda, contrário ao argumento de que as práticas seriam indispensáveis para induzir investimentos das licenciadas em determinadas localidades ou até para prevenir o efeito carona, a Comissão entendeu que, da forma como aplicada, as alocações territoriais tinham por intuito distorcer o mercado, reduzir a possibilidade de escolha dos consumidores e diminuir as chances de acessar produtos com preços mais baixos.⁶¹

Nesses casos, a Comissão também reforçou a lógica estabelecida no VBER ao dispor que restrições implícitas para vendas passivas em territórios aos quais o distribuidor não estava alocado seriam anticompetitivas e deveriam ser punidas, tais como a redução de descontos por realizar tais vendas e ameaça de rompimento contratual.⁶²

4.4. O entendimento de Portugal e Espanha

a) As legislações nacionais

Assim como ocorre no nível da União Europeia, as leis concorrenciais de Espanha e Portugal estabelecem que serão proibidos acordos e práticas que tenham por objeto ou que possam ter por efeito a prevenção, a restrição ou a distorção da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.⁶³ Em específico, estipulam a impossibilidade de serem firmados acordos para repartir mercados.

Ambas as leis excepcionam essa proibição caso as práticas possam contribuir para o aprimoramento da produção e distribuição de bens ou promovam o progresso técnico ou econômico, conquanto, cumulativamente, permitam que os consumidores também sejam agraciados com parcela de seus benefícios, não imponham restrições que não sejam

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436. Op. Cit* p. 29; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432. Op. Cit.* p. 22; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433. Op. Cit* p. 28.

⁶² UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436. Op. Cit.* p. 24-25; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432. Op. Cit.* p. 16-18; UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433. Op. Cit* p. 22-25..

⁶³ ESPANHA. Lei nº 15/2007, de 3 de julho de 2007. Capítulo I, Art. 1(1); PORTUGAL. *Lei nº 17/2022 de 17 de agosto de 2022.* Art. 9 (1).

indispensáveis à consecução de seus objetivos e não permitam que as empresas participantes possam eliminar a concorrência de uma parte substancial do mercado. Ainda, preveem que a proibição não será aplicável se as práticas se enquadrarem nas exceções previstas no VBER.⁶⁴

b) Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) e os casos Vaillant (2019) e Garrido (2021)

No caso *Vaillant* (2019), a CNMC puniu empresas do Grupo Vaillant por práticas anticompetitivas em contratos de prestação de serviços de assistência técnica dos produtos por ela comercializados (aparelhos de calefação, ventilação e ar-condicionado) e de peças de reposição. Por meio desses acordos, prestadores de serviços independentes teriam sido impedidos de vender passivamente peças de reposição e prestar serviços em territórios diferentes daqueles originalmente atribuídos em contrato.⁶⁵

Adotando o entendimento do VBER, a CNMC entendeu estar diante de uma restrição por objeto, na medida em que haveria restrições a vendas passivas.⁶⁶ A despeito disso, a CNMC analisou as eficiências alegadas pelo Grupo Vaillant, na hipótese de a restrição permitir o aprimoramento da distribuição e, ao mesmo tempo, beneficiar os consumidores. Na visão do grupo, a alocação de território corresponderia a um raio de atuação curto para que os deslocamentos dos prestadores de serviços não consumissem muito tempo e a assistência técnica pudesse ser feita imediatamente, reduzindo custos de transporte e preços aos consumidores. A restrição territorial ainda seria responsável por garantir a viabilidade econômica do assistente técnico independente.⁶⁷

Apesar disso, a CNMC considerou que, além de o Grupo Vaillant expressamente reforçar que os parceiros independentes deveriam seguir de

⁶⁴ ESPANHA. *Lei n° 15/20077... Op. Cit* Art. 1 (3) e (4); PORTUGAL. *Lei n° 17/2022... Op. Cit* Art. 10 (1), (2) e (4).

⁶⁵ ESPANHA. *Expte. S/0629/18, Asistencia Técnica Vaillant: Resolución*. 2019. p. 25. Disponível em: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2747768_19.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 29.

forma rigorosa a impossibilidade de vendas passivas, essa limitação teria restringido por completo a concorrência residual no mercado de assistência técnica e dificultado o acesso dos clientes aos serviços de manutenção solicitados fora das zonas territoriais dos prestadores de serviços e a condições comerciais mais favoráveis, seja dos serviços em si, seja das peças de reposição.⁶⁸ Assim, as justificativas não seriam suficientes para mitigação dos efeitos anticompetitivos da prática.⁶⁹

Já no *caso Garrido* (2021), a Maquinaria Garrido, S.L. firmou com a CNMC acordo por suposta conduta anticompetitiva, a qual dizia respeito a contratos de distribuição exclusiva com sua rede de distribuidores restringindo vendas passivas para clientes localizados fora do território a eles designado.⁷⁰

A CNMC pontuou que os contratos firmados seriam anticompetitivos na medida em que, ao restringirem vendas passivas, reduziriam a concorrência intramarca e facilitariam a repartição do mercado, acarretando, ao fim, discriminação de preços.⁷¹ A Garrido também aplicaria penalidades aos distribuidores caso realizassem tais vendas, as quais corresponderiam à retirada de porcentagem de bonificação dos distribuidores.⁷²

c) Autoridade da Concorrência (“AdC”) e os casos Galp/Petróleos de Portugal (2015) e Natus (2021)

Em *Galp/Petróleos de Portugal* (2015), a AdC puniu as empresas investigadas pelo potencial anticompetitivo de contratos de distribuição de GLP firmados com sua rede distribuidora que previam alocação de território

⁶⁸ *Ibidem*, p. 25-34.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁰ ESPANHA. *Expet. S/DC/0006/20 Maquinaria Garrido: Resolución de Terminación Convencional*. 2021. p. 3. Disponível em: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3695168_0.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁷¹ *Ibidem*, p. 5.

⁷² *Ibidem*, p. 8. Ao fim, no acordo, a Garrido se comprometeu a incluir em seus contratos de distribuição exclusiva linguagem explícita no sentido de possibilitar vendas passivas e não aplicar algum tipo de punição caso o distribuidor venda para alguém de fora de seu território que lhe abordou (*Ibidem*, p.12).

e restringiam vendas ativas e passivas fora de área pré-determinada.⁷³ Por sua vez, em *Natus* (2021), aplicou multa à fornecedora de dispositivos médicos por acordos de distribuição que repartiram o território de atuação de duas de suas distribuidoras e restringiam vendas ativas e passivas, além de não ter permitido a participação de distribuidora em concurso público para a venda de equipamentos em território designado para outra.⁷⁴

Na análise de ambos os casos, a AdC pontuou que estava diante de ilícitos por objeto. Em sua visão, restrições a vendas ativas podem ser permitidas em certas ocasiões, ao contrário do que ocorreria com as passivas, que deveriam ser sempre autorizadas.⁷⁵ Limitar vendas passivas restringiria a liberdade de clientes que, constatando diferenças de preço ou de condições de oferta por distribuidores em outros territórios, poderiam selecionar aquele que oferecesse as melhores condições de venda. Inclusive, permitir que o distribuidor implementasse condições de venda sem pressão concorrencial por outros distribuidores que estão em território próximo seria uma forma de facilitar a divisão ilícita de mercado entre eles, reduzindo a competição intramarca e a incerteza estratégica inerente ao mercado.⁷⁶

No entender da AdC, essa situação narrada se enquadraria em ambos os casos. Não haveria quaisquer justificativas contratuais plausíveis para a restrição a vendas passivas, nem mesmo justificativas alheias aos contratos que poderiam eventualmente justificar tal limitação, tornando os acordos anticompetitivos.

Note-se que especificamente no caso *Galp/Petróleos de Portugal* (2015), a AdC sinalizou que o simples fato de os contratos contarem com restrição a vendas passivas e ativas, sem mecanismo expresso de punição

⁷³ PORTUGAL. *Decisão PRC/2011/13*. 2015. p. 2-3. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos_e_decisoos/prc/decisoos/AdC-PRC_2011_13-Decisao-VNC-final-net.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁷⁴ PORTUGAL. *Decisão PRC/2020/3*. 2021. p. 13-18. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos_e_decisoos/prc/decisoos/AdC-PRC_2020_03-Decisao-VNC-final-net.pdf. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁷⁵ PORTUGAL. *Decisão PRC/2011/13*. *Op. Cit.* p. 3; PORTUGAL. *Decisão PRC/2020/3*. *Op. Cit.* p. 28-29.

⁷⁶ PORTUGAL. *Decisão PRC/2011/13*. *Op. Cit.* p. 3 e 81; PORTUGAL. *Decisão PRC/2020/3*. *Op. Cit.* p. 27.

ou seu efetivo *enforcement*, daria ensejo a um risco de lesão ao ambiente concorrencial, uma vez que o comportamento racional das partes seria o cumprimento dos termos contratuais, em observância ao princípio do *pacta sunt servanda*.⁷⁷

4.5. Um resumo do entendimento europeu

Seja a nível da União Europeia, seja a nível interno dos países-membros, a alocação de território é analisada de forma rigorosa na medida em que o conjunto normativo e jurisprudencial sugere limitações à forma pela qual fabricantes/fornecedores podem organizar seu sistema de distribuição. Mesmo reconhecendo que práticas restritivas verticais podem ser frutos de eficiências, sua implementação deve seguir determinados parâmetros. O *standard* de análise da conduta pelos tribunais europeus e pela Comissão Europeia é rígido, em especial se as vendas passivas forem restringidas pelos fornecedores.

A justificativa para tanto está atrelada a um dos objetivos da União Europeia: a promoção do livre comércio entre as nações que dela fazem parte e o impedimento à restauração das barreiras comerciais antes existentes. Isso porque, tal objetivo foi protegido e assegurado pelo TFUE e, por consequência, fomentado pelo antitruste europeu e pelas análises da CJUE, da Comissão e das autoridades concorrenciais dos países-membros. Assim, acordos que restringissem o comércio passaram a ser considerados ilegais, mesmo na existência de potenciais eficiências e benefícios aos consumidores.

Essa situação torna o entendimento europeu sobre restrições territoriais singular, devendo ser visto com ressalvas. Em qualquer hipótese, ainda assim, são várias as lições que surgem da experiência europeia, dentre as quais: (i) o *threshold* de *market share* de 30% para fornecedor e distribuidor estabelece parâmetro para dimensionar a licitude (ou ilicitude) da prática; (ii) restrições a vendas passivas sugerem risco considerável de induzir cartelização ou acordos colusivos; (iii) existência e grau de competição intermarcas serão analisados como indícios de potencial

⁷⁷ PORTUGAL. *Decisão PRC/2011/13. Op. Cit.* p. 54-55.

anticompetitivo; (iv) redução de bonificação, recusa de fornecimento de produtos e outras medidas indiretas podem ser consideradas como meios ilegítimos de assegurar que o distribuidor não venda naquele território; (v) argumento de não *enforcement* de cláusula de alocação de território não sugere que a conduta será considerada lícita.

5. A perspectiva dos Estados Unidos: o caso *Continental T.V., Inc., v. Gte Sylvania, Inc.* (“*Continental V. Sylvania*”) e declarações do governo norte-americano

A análise do caso *Continental v. Sylvania*, aliada a declarações de órgãos oficiais dos Estados Unidos, servem de parâmetro para a compreensão de como o país endereça, de forma relativamente permissiva, as restrições territoriais.

Em 1977, a Suprema Corte julgou *Continental v. Sylvania*, caso responsável por moldar o entendimento norte-americano em relação a restrições verticais, em especial casos envolvendo alocação territorial de distribuidores. O caso teve origem após Continental ingressar no judiciário americano sob o argumento de que o modelo de distribuição de Sylvania estaria violando o *Sherman Act*.⁷⁸ Por meio desse suposto modelo anticompetitivo, Sylvania teria limitado o número de franquias em determinado território e exigido que vendessem seus produtos apenas no local a elas alocado.⁷⁹

No voto condutor de *Continental v. Sylvania*, entendeu-se que restrições territoriais verticais deveriam ser analisadas pela regra da razão, a qual deveria ser afastada somente se presentes efeitos econômicos plenamente demonstráveis e não simples conjecturas.⁸⁰ Como base para essa constatação, o juiz Lewis Powell demonstrou que a restrição de território poderia trazer maior eficiência ao sistema de distribuição do

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. *Sherman Antitrust Act of 1980*. Washington, 1980.

⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc*, 433 U.S. 36 (1977). p. 433 U.S. 36. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 433 U.S. 58.

fornecedor, estimulando a competição intermarcas, protegendo investimentos contra *free-riders* e fomentando serviços pré e pós-venda. Destacou que, em que pese a concorrência entre produtos da mesma marca poder ser reduzida, ela não seria completamente eliminada. Isso ocorreria porque os fornecedores teriam interesse econômico em preservar o maior nível possível de concorrência intramarca entre seus produtos, desde que essa concorrência fosse compatível com uma distribuição eficiente desses produtos.⁸¹ Em vista desses argumentos, a Suprema Corte concluiu que o modelo de distribuição adotado por *Sylvania* não resultaria em danos ao ambiente competitivo; ao contrário, objetivos econômicos justificariam sua implementação.⁸²

O entendimento firmado em *Continental v. Sylvania* repercutiu nas manifestações de órgãos oficiais do Estados Unidos. O *Federal Trade Commission* (FTC), em seu guia para leis antitruste, estipula que restrições de território são legais por beneficiarem os consumidores ao aumentarem a concorrência intermarcas.⁸³ Em contrapartida, prevê que a alocação pode gerar efeitos anticompetitivos caso os distribuidores atuem em conjunto para induzir o fornecedor a implementá-las, devendo-se distinguir decisões unilaterais de fornecedores —que serão lícitas—, e acordos entre competidores para a imposição da restrição —que serão ilícitos.⁸⁴ O guia fala ainda que o fornecedor é livre para decidir a quantidade e quem serão seus distribuidores em determinada região.⁸⁵

Complementarmente, em outra ocasião, o governo norte-americano sinalizou que as vendas ativas e passivas não deveriam ser vistas

⁸¹ *Ibidem*, p. 433 U.S. 54-56.

⁸² *Ibidem*, p. 433 U.S. 57.

⁸³ ESTADOS UNIDOS. *Manufacturer-imposed Requirements*. s.d. Disponível em: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-supply-chain/manufacture-imposed-requirements>. Acesso em: 16 jul. 2024.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

de forma diversa,⁸⁶ sendo permitidas restrições a esses dois tipos de comercialização.

Constata-se, portanto, uma postura permissiva dos Estados Unidos em relação à prática de alocação geográfica de distribuidores e a liberdade do fornecedor para definir a forma de distribuição de seus produtos.

6. Conclusão: como a experiência internacional pode servir de referência para a prática brasileira?

Neste artigo, buscou-se analisar se o CADE possui entendimento claro sobre restrições territoriais impostas a distribuidores, especulando, mais especificamente, se a União Europeia e países-membros e os Estados Unidos teriam tratado do assunto com mais maturidade, contando com normativas e jurisprudência mais consolidadas.

No decorrer do texto, notou-se que o CADE tratou de forma aprofundada a restrição territorial de distribuidores em apenas um caso e em uma resolução já revogada, os quais, porém, mostram-se insuficientes para trazer direcionamento claro sobre quando a conduta deve ser considerar legal ou ilegal. Isso porque, além de ambos serem datados, o caso, em específico, dispôs de situação bastante particular, na qual estavam em pauta questões de interesse público por envolver licitação (ou ausência de) para contratação de serviços/aquisição de bens pelo Governo Federal. Na ocasião, o foco da autarquia foi argumentar pela impossibilidade de o Governo Federal se valer de outras propostas para verificar aquelas que melhor o atendiam, deturpando o interesse público.

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. *Roundtable on vertical restraints for on-line sales*: note by the United States. 2013. p. 12. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1302verticalrestraints-us.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024. Esse entendimento é confirmado por: KOCH, David; RUBINGER, James; BRENNAN, Valerie. *At a glance: competition issues with distribution and agency agreements in USA*. Lexology. 2023. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4959aff2-0f49-4cb3-9f6b-046c2c5a6896>. Acesso em: 16 jul. 2024.

A despeito disso, observou-se que a experiência estrangeira se encontra mais madura em relação ao tema, trazendo apontamentos relevantes e pertinentes que podem ser usados para a experiência brasileira. Abaixo, são esquematizados os principais pontos que podem ser extraídos da jurisprudência e normativa internacional:

1) Restrições verticais de território são, em geral, analisadas com base na regra da razão, em vista de benefícios e eficiências que podem compensar os efeitos anticompetitivos;

2) Verificar a forma como a prática foi implementada, isto é, se unilateralmente pelo fornecedor ou se por atuação em conjunto dos distribuidores que induziram o fornecedor a adotar a restrição territorial, auxilia na caracterização de conduta lícita ou ilícita;

3) Restrições territoriais tendem a apresentar menores riscos se os distribuidores, em conjunto, não superarem percentual de *market share* de 30% no mercado relevante de atuação;

4) Vendas ativas podem ser limitadas. Vendas passivas, pela sua potencialidade de dano (facilitação de acordos colusivos e formação de cartel), em geral não devem ser restringidas, tanto direta (por meio de cláusulas contratuais impedindo tais vendas), como indiretamente (exigência de que o distribuidor solicite aprovação prévia para realizar vendas; recusa ou redução de bônus ou descontos; encerramento de fornecimento de produtos ao distribuidor etc.). Em caso de ser alocado território a distribuidor, é importante se certificar da existência de cláusula estipulando a permissão expressa de vendas passivas;

5) De modo a contrabalançar os efeitos da conduta, recomenda-se comparar o potencial de redução da competição intramarca com o potencial de fomento à competição intermarcas, principalmente a partir da verificação da participação de mercado do fornecedor e da quantidade de concorrentes no mercado;

6) Estudar a finalidade pela qual se está implementando a restrição territorial e verificar a existência de justificativas pela indispensabilidade da prática (por exemplo, incentivo a venda de

produtos novos e complexos ou aprimoramento de serviços pré e pós-venda etc.) é importante para demonstrar sua capacidade de geração de eficiências;

7) Deve-se buscar sustentar que preços não estão sendo aumentados e que a possibilidade de escolha dos consumidores não se está sendo reduzida;

80) Mesmo restringindo vendas ativas, deve-se assegurar autonomia e liberdade para o distribuir vender os produtos no território alocado.

A atenção aos elementos listados acima traz maior clareza sobre como a prática de alocação territorial de distribuidores pode ser implementada, ainda que não elimine riscos associados a ela. Tem também o potencial de contribuir para o aprimoramento, pelo CADE, de métodos de análise quando confrontado com condutas dessa natureza.

Referências

BORK, Robert H. Vertical Restraints: Schwinn Overruled. *The Supreme Court Review*, v. 1977, p. 171-192, 1977.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.008024/1998-49*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82*. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data de Publicação: 09/06/2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Data de Publicação: 24/06/2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46*. Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Data de Publicação: 05/09/2016.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, 1º dez. 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, 13 jun. 1994.

BRASIL. *Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999*. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Brasília, 28 jun. 1999.

DUTTA, Shantanu; HEIDE, Jan B.; BERGEN, Mark. Vertical Territorial Restrictions and Public Policy: theories and industry evidence. *Journal Of Marketing*, v. 63, n. 4, p. 121-134, out. 1999.

ESPAÑA. *Expet. S/DC/0006/20 Maquinaria Garrido: Resolución de Terminación Convencional*. 2021. Disponível em: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3695168_0.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

ESPAÑA. *Expte. S/0629/18, Asistencia Técnica Vaillant: Resolución*. 2019. Disponível em: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2747768_19.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

ESPAÑA. *Lei nº 15/2007, de 3 de julho*. Madrid, 2007.

ESTADOS UNIDOS. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 01 ago. 2024.

ESTADOS UNIDOS. *Manufacturer-imposed Requirements*. s.d. Disponível em: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-supply-chain/manufacturer-imposed-requirements>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS. *Roundtable on vertical restraints for on-line sales: note by the United States*. 2013. p. 12. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1302verticalrestraints-us.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2024.

ESTADOS UNIDOS. *Sherman Antitrust Act of 1980*. Washington, 1980.

HOLANDA. *Guidelines: Arrangements between suppliers and buyers*. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-07/guidelines-regarding-arrangements-between-suppliers-and-buyers.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024.

KELLMAN, Barry. Vertical Territorial Restrictions and the limits of planning. *Antitrust Law Journal*, v. 46, n. 4, p. 1107-1136, 1977.

KOCH, David; RUBINGER, James; BRENNAN, Valerie. *At a glance: competition issues with distribution and agency agreements in USA*. Lexology. 2023. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4959aff2-0f49-4cb3-9f6b-046c2c5a6896>. Acesso em: 16 jul. 2024.

LIDGARD, Hans Henrik. Territorial restrictions in vertical relations. *World Competition*, v. 21, n. 1, p. 71-86, 1997.

MADI, Maria Fernanda Caporale. *Regulating Vertical Agreements: a comparative Law & Economics analysis of Brazil and Europe*. 2020. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Bolonha, Universidade de Hamburgo e Universidade de Roterdão, Roterdão, 2020.

PORTUGAL. *Decisão PRC/2011/13*. 2015. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos_e_deciso/es/prc/deciso/es/AdC-PRC_2011_13-Decisao-VNC-final-net.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

PORTUGAL. *Decisão PRC/2020/3*. 2021. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos_e_deciso/es/prc/deciso/es/AdC-PRC_2020_03-Decisao-VNC-final-net.pdf. Acesso em: 22 jul. 2024.

PORTUGAL. *Lei nº 17/2022 de 17 de agosto*. Lisboa, 2022.

POSNER, Richard A. The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision. *The University Of Chicago Law Review*, Chicago, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977.

REINO UNIDO. *The Competition Act 1998 (Vertical Agreements Block Exemption) Order* 2022. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2022/516/data.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2024.

REINO UNIDO. *Vertical Agreements Block Exemption Order*: CMA Guidance. 2022. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62d57d7fe90e071e7b13109f/VABEO_Guidance.pdf. Acesso em: 09 ago. 2024.

ROHRBEN, Benedikt. *VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements: digital, dual, exclusive and selective distribution plus franchising*. Cham: Springer, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Case AT 40433*. Commission Decision. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40433/40433_734_3.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40432*. Commission Decision. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40432/40432_720_4.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Case AT. 40436*. Commission Decision. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40436/40436_949_5.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*. 1966. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0056>. Acesso em: 17 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*. 2022. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01)). Acesso em: 16 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n° 2022/720*. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0720>. Acesso em: 15 jul. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) n° 330/2010*. 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330. Acesso em: 16 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>. Acesso em: 15 jul. 2024.