

**CONTRIBUTO DA CENTROMARCA
RESPOSTA AO QUESTIONÁRIO INCLUÍDO NO LIVRO VERDE**



LIVRO VERDE

**SOBRE AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEIAIS NA CADEIA DE
ABASTECIMENTO ALIMENTAR E NÃO ALIMENTAR ENTRE AS EMPRESAS
NA EUROPA**

PERGUNTAS:

1) Concorda com a definição supra de PCD?

A definição de PCD incluída no documento – abrangendo a negociação pré-contrato, contratualização e implementação do próprio contrato – corresponde ao reconhecimento de que as mesmas tendem a ocorrer em qualquer estágio da cadeia de abastecimento, estando sempre implícita a questão de desequilíbrio do poder negocial e das respectivas consequências na relação entre as partes.

2) O conceito de PCD é reconhecido no seu Estado-Membro? Em caso afirmativo, queira explicar como.

O conceito de PCD existe em Portugal no quadro das chamadas 'práticas restritivas individuais do comércio', legalmente reconhecidas no Decreto-Lei n.º 370/93. Essa legislação está, actualmente, em fase avançada de processo de revisão, processo que apresenta uma evolução positiva face ao actual quadro legal, não obstante manter-se vazio legal relativamente a questões como a da discriminação das marcas. O projecto legislativo em discussão, nesta altura, inclui uma cláusula, relativamente à definição de Práticas Unilaterais, tendente a excluir a aplicação da legislação relativamente a práticas desleais incluídas em contratos actualmente em vigor.

3) Na sua opinião, o conceito de PCD deve ser limitado às negociações contratuais ou deve incluir igualmente as fases anteriores e posteriores a estas negociações?

As PCD tendem a ocorrer nas diferentes fases do relacionamento entre os vários operadores económicos, sendo inúmeros os exemplos de práticas desleais prévios ao estabelecimento da contratualização dos fornecimentos (inclusivé, como referido no Livro verde, com o aproveitamento de ideias e inovações constante de amostras apresentadas aos retalhistas), tal como são muitas as práticas desleais que ocorrem depois da formalização contratual, com sistemática retroactividade relativamente às condições contratualizadas.

4) Em que etapa da cadeia de abastecimento a retalho entre empresas podem vir a surgir PCD?

Em qualquer das etapas, mas são especialmente frequentes (e penalizadoras) no relacionamento entre produtores ou industriais e os operadores do retalho e outros tipos de centrais de compra, situação que se tem vindo a agravar, como refere este Livro Verde, com a “expansão das marcas próprias dos retalhistas” e com a “evolução do sector retalhista de produtos alimentares e não alimentares em direcção a um modelo «misto», em que a grande maioria dos retalhistas fornece gamas de produtos alimentares, bens de consumo e outros produtos no âmbito da mesma estrutura de gestão e em condições idênticas”, limitando o acesso dos produtos aos lineares e promovendo, através de mecanismos de utilização de informação confidencial, de subsidiação cruzada e aplicação de margens discriminatórias, a penalização dos produtos independentes relativamente aos seus próprios produtos.

5) O que entende pelo conceito «factor de receio»? Perfilha a apreciação acima delineada a este respeito? Queira explicar a sua resposta.

O receio de represálias comerciais, agravado pela elevada concentração que os operadores do retalhos vêm sucessivamente adquirindo e pela diminuição de opções alternativas ao nível dos mercados nacionais, é um dos factores essenciais que levam à multiplicação das práticas comerciais desleais, à escassez de denúncias relativamente a essas mesmas práticas e, obviamente, à dificuldade inerente de actuação das autoridades competentes em cada um dos Estados-membro.

A própria dificuldade de partilha dessa informação entre operadores, resultante de uma aplicação algo desvirtuada das leis da concorrência e a dificuldade de actuação que daí resulta para as entidades de matriz associativa que representam as empresas penalizadas por essas práticas, conduz a que esse ‘factor de receio’ seja o aliado principal dos operadores que promovem as práticas comerciais desleais e a principal razão para o sentimento de impunidade que é apanágio dos mesmos.

6) Na sua experiência, qual a importância e a frequência das PCD registadas no setor alimentar? Em que etapa da relação comercial são sobretudo adoptadas e qual a forma que assumem?

As PCD registam-se com elevada frequência e são altamente penalizadoras para o sector alimentar. Registam-se nas diferentes etapas da relação comercial, desde logo com os custos incorridos prévios à referenciação dos produtos, sejam fees de entrada sejam custos associados à inclusão dos produtos em cardex. Na contratualização, dado o carácter leonino dos contratos, são várias as PCD que vão desde o alargamento desmesurado dos prazos de pagamento, à imposição de condições de encomenda e penalizações logísticas inadequadas e desajustadas, passando pela transferência de riscos vários, como o relacionado com uma qualquer degradação do produto em loja ou as devoluções por deficiente reposição, terminando em acções pós-contratualização, com a aplicação de descontos retroactivos, a realização de acções de promoção sem conhecimento do fabricante ou a realização de acções promocionais que pressionam venda com prejuízo.

7) Verificam-se igualmente PCD no sector retalhista de produtos não alimentares? Em caso afirmativo, apresente exemplos concretos.

O registo de PCD em produtos não alimentares apresenta fortes similaridades com o que se verifica nos produtos alimentares, seja relativamente às etapas em que se verificam, sejam relativamente à tipologia correspondente, seja em relação ao impacto respectivo sobre a estrutura económica e financeira das empresas fabricantes.

8) As PCD têm uma incidência negativa, nomeadamente em termos da capacidade de investimento e de inovação da sua empresa? Queira apresentar exemplos concretos e quantificar esses efeitos, na medida do possível.

As PCD, reduzindo a adição de valor e rentabilidade aos produtos colocados no mercado, reduzem as disponibilidades financeiras direccionadas para a realização de investimentos e pela a realização de acções tendentes à inovação de produtos e processos.

A própria redução de sortido, adicionada ao crescente espaço de prateleira destinado aos produtos de marca do distribuidor, inibe novas referências e reduz a capacidade de introdução no mercado de produtos inovadores. Os valores associados à referência e entrada em linha dos produtos, introduzem um sobrecusto que agrava todo o cálculo de rentabilidade potencial dos mesmos.

9) As PCD afectam os consumidores (p.ex. ao influenciarem os preços, a gama de produtos ou a inovação)? Queira apresentar exemplos concretos e quantificar esses efeitos, na medida do possível.

As PCD afectam especialmente os consumidores pela via da redução de sortido e da correspondente liberdade de escolha, mas também pelas limitações à inovação referidas anteriormente, resultando em menores e piores opções de compra para o consumidor. Ao nível de preços, há que distinguir entre efeitos de curto prazo, em que PCD como as vendas com prejuízos, resultam, aparentemente, em benefício do consumidor, e os correspondentes efeitos de longo prazo, em que a redução de sortido que promove e de concorrência entre operadores de retalho tende a gerar um incremento de preços, em desfavor desse mesmo consumidor.

10) As PCD têm um impacto no comércio transfronteiras da UE? As PCD resultam numa fragmentação do mercado único? Em caso afirmativo, queira explicar em que medida as PCD afectam a capacidade da sua empresa de proceder a trocas comerciais transfronteiras.

Não possuímos informação suficiente que permita responder, de forma cabal, às questões colocadas. Contudo, de forma empírica, somos de opinião que as PCD impactam negativamente sobre o comércio transfronteiriço, induzindo uma fragmentação no mercado único, dada a insegurança negocial que introduzem.

11) Os quadros nacionais regulamentares ou de autorregulamentação em vigor permitem suprir as PCD num grau suficiente nalguns Estados-Membros? Em caso negativo, por que razão?

No caso português, o quadro regulamentar nacional é manifestamente insuficiente, decorrendo nesta altura, por isso mesmo, o seu processo de revisão, que prevê um alargamento das PCD contempladas, uma melhor definição dos conceitos de PCD já constantes da legislação em vigor e, acima de tudo, um agravamento da moldura contra-ordenacional que tornará a respectiva aplicação efectivamente dissuasora. Contudo, não inclui algumas PCD com efeito altamente penalizador no relacionamento entre as partes – com destaque óbvio para a questão da discriminação entre marcas – e levanta interrogações quanto à efectiva capacidade das autoridades competentes relativamente à sua fiscalização e aplicação.

Por outro lado, o instrumento nacional de autoregulação foi denunciado pelos sectores fornecedores, encontrando-se em aberto a possibilidade de, após a publicação da nova legislação, ser desenvolvido um novo instrumento que venha a complementar (e não a substituir ou afastar) o quadro legal em vias de aprovação.

12) A ausência de um quadro nacional específico regulamentar ou de autorregulamentação relativo às PCD constitui um problema nos países em que esses quadros não vigoram?

Não se aplica ao caso de Portugal.

13) As medidas destinadas a suprir as PCD têm efeito apenas nos mercados nacionais ou igualmente sobre as trocas comerciais ou a prestação de serviços transfronteiras? Em caso afirmativo, queira explicar o impacto sobre a capacidade de a sua empresa realizar trocas comerciais transfronteiras. As diferenças entre os quadros nacionais regulamentares ou de autorregulamentação em vigor resultam numa fragmentação do mercado único?

Não existe experiência prática de aplicação – em situação de trocas transfronteiriças – da legislação portuguesa sobre PCD, actualmente em vigor. Existe, mesmo, alguma dúvida sobre a capacidade dessa legislação (a anterior e a que venha a ser publicada) se aplicar ou não a essas trocas, prevalecendo a opção das partes nesse sentido, expressa em sede de contrato, ou aparentemente e por defeito, aplicar-se-ão as regras do país de destino.

14) Considera necessário adoptar novas medidas a nível da UE?

Parece óbvia essa necessidade, não apenas no sentido de harmonizar conceitos e regras, mas também com o objectivo permitir uma maior simplificação das circulação de bens no mercado único. Para além disso, essa legislação reforçaria a capacidade de aplicação da legislação existente ao nível dos Estados-membro.

Do ponto de vista inverso, é hoje comumente aceite que o comportamento dos diferentes operadores, relativamente às PCD, varia de país para país e de mercado para mercado. É igualmente referenciado que nos países do Sul da Europa ou no Reino Unido e Irlanda, as queixas dos operadores-fornecedores em relação ao impacto penalizador dessas práticas têm sido mais sistemáticas e frequentes. Assim, uma legislação harmonizada a nível comunitário tenderá a ser criada no espírito de 'mínimo-denominador-comum' e tenderá a ser menos incisiva e dissuasora nos países onde essas práticas assumem uma dimensão mais relevante.

15) Quando existente, a regulamentação em matéria de PCD tem um impacto positivo? Quais os eventuais inconvenientes/preocupações relacionados com a introdução de uma regulamentação neste domínio, por exemplo, devido à imposição de restrições injustificadas à liberdade contratual? Queira explicar a sua resposta.

O impacto positivo que deriva da regulamentação específica em matéria de PCD surge pela via do seu poder de dissuasão e de combate a um potencial sentimento de impunidade que atravessa determinados grupos de operadores. No entanto, mais do que da regulamentação em si mesma, esse poder de dissuasão surge pela capacidade das autoridades competentes a fiscalizarem e aplicarem.

Conjugando este comentário com o referenciado na questão 5. («factor de receio»), importa perceber que a actuação das autoridades de forma regular e preventiva, e não apenas em reacção a denúncias efectuadas, é absolutamente essencial e apenas dessa forma se conseguirá a aplicação da legislação e o cumprimento do espírito do legislador.

Finalmente é a inexistência de uma verdadeira liberdade contratual que está na base da regulamentação específica em matéria de PCD, pelo que a introdução dessa legislação, pela reequilíbrio do poder negocial que pode induzir, ao invés, apenas tenderá a promover a liberdade contratual.

16) Existem discrepâncias significativas no tratamento jurídico das PCD entre os Estados-Membros? Em caso afirmativo, estas discrepâncias entravam o comércio transfronteiras? Queira apresentar exemplos concretos e quantificar esses efeitos, na medida do possível.

Tal como referido na questão 10), não possuímos informação suficiente que permita responder, de forma cabal, às questões colocadas. Contudo, de forma empírica, somos de opinião que as PCD impactam negativamente sobre o comércio transfronteiriço.

17) Em caso de impacto negativo, em que medida uma abordagem comum em matéria de aplicação a nível da UE contribuiria para dar resposta ao problema?

Essa abordagem comum, com as reservas expressas na questão 14), tenderá a facilitar o comércio transfronteiriço, beneficiando a circulação de produtos no território comunitário e reforçando a segurança jurídica dos operadores envolvidos.

18) Os organismos competentes responsáveis pela aplicação da lei devem passar a dispor de poderes de investigação, incluindo o direito de iniciar acções ex officio, de impor sanções e de aceitar denúncias anónimas?

Obviamente. Tal como referido na resposta à questão 15), a existência inequívoca do referido («factor de receio»), deve impor uma actuação regular e preventiva das autoridades, conferindo-lhes o poder de iniciativa de iniciar acções ex officio, bem como a obrigação de essas mesmas autoridades competentes aceitarem denúncias anónimas.

Considerando a dinâmica dos mercados, apenas a capacidade de travar comportamentos desleais e impor sanções, céleres e com capacidade dissuasora, poderá minimizar o impacto das PCD sobre os operadores penalizados pelas mesmas.

19) A lista supramencionada enumera as principais PCD? Existem outros tipos de PCD?

Recordamos a Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Janeiro de 2012, sobre os desequilíbrios na cadeia de abastecimento alimentar, a qual, no seu ponto 10. elenca uma lista não exaustiva de práticas relativamente às quais os produtores levantaram questões relacionadas com o funcionamento daquela cadeia de abastecimento, a saber:

1. Acesso aos retalhistas: Pagamento adiantado para aceder à negociação; Taxas de referenciação; Taxas de entrada; Preços do espaço de prateleiras; Imposição de promoções; Atrasos de pagamento; Fixação de preços; Cláusula de cliente mais favorecido.

2. Condições contratuais desleais ou alterações unilaterais às disposições do contrato: Alterações unilaterais e retroactivas das condições contratuais; Rescisão unilateral do contrato; Cláusulas/taxas de exclusividade; Imposição de uma contribuição "forçada" para marcas privadas; Imposição de modelos de contrato-tipo; Práticas retaliatórias; Acordos contratuais não-escritos; Recuperação da margem de lucro; Descontos globais; Atrasos de pagamento; Imposição de pagamento pelo processamento ou pela recolha de resíduos; Compras em grupo / negociações conjuntas; Leilões invertidos; Condições irrealistas de entrega; Imposição do uso de um fornecedor de embalagens (específico) ou de material de embalagem; Imposição do uso de uma plataforma logística ou de um operador (específicos); Pagamento destinado a cobrir promoções (que não foram previamente acordadas); Encomenda sobredimensionada de um produto com o objectivo de o utilizar em promoções; Pagamento por não atingir determinados níveis de vendas; Imposição aos fornecedores de um desconto adicional para vendas acima de um determinado nível; Retirada unilateral dos produtos das prateleiras; Imposição da devolução incondicional das mercadorias (não vendidas); Imposição aos fornecedores dos custos relativos à redução das embalagens ou aos furtos; Imposição aos fornecedores de custos excessivos relacionados com queixas de clientes.

Algumas destas vinte e quatro práticas desleais identificadas estão já incluídas, explícita ou implícitamente, nos pontos 5.1. a 5.6. acima apresentados.

20) A elaboração de uma lista de PCD proibidas constituiria um meio eficaz de suprir este problema? Essa lista deveria ser regularmente actualizada? Existem eventuais soluções alternativas?

A identificação e definição de um conjunto de PCD proibidas, a incluir numa lista específica, é uma parcela importante do processo regulamentar que poderá ajudar a resolução deste problema. Tendo em conta a dinâmica destas cadeias de abastecimento, a sua actualização regular é fundamental.

21) Em relação a cada PCD e às correspondentes práticas leais possíveis identificadas supra, queira:

- a) indicar se subscreve ou não a análise da Comissão. Se for caso disso, queira fornecer mais informações.**
- b) explicar se o seu sector de actividade é visado pela PCD em questão;**
- c) explicar se a correspondente prática leal possível pode ser aplicada uniformemente em sectores diferentes**
- d) explicar se a PCD deve ser proibida per se ou se é necessário proceder a uma avaliação numa base casuística.**

Considerando as PCD apresentadas nos pontos 5.1. a 5.6. – cláusulas contratuais ambíguas, ausência de contratos escritos, alterações contratuais com efeitos retroactivos, transferência abusiva de riscos comerciais, utilização abusiva de informações e cessação abusiva da relação comercial – as empresas representadas por esta Associação subscrevem, em termos gerais, a análise efectuada pela Comissão, sentem-se visadas pelas mesmas e consideram, como ponto de partida, que as mesmas devem ser proibidas de per se.

22) No que respeita mais especificamente às restrições territoriais em matéria de abastecimento, explicar:

- a) na sua opinião, quais seriam as razões objetivas relacionadas com a eficiência que justificariam que um fornecedor não abastecesse um determinado cliente? Queira explicar.**

b) Quais seriam as vantagens e as desvantagens de proibir as restrições territoriais em matéria de abastecimento (conforme acima descritas)? Quais os efeitos práticos dessa proibição sobre a forma de implantação pelas empresas dos seus sistemas de distribuição na Europa?

Não temos posição formal sobre esta matéria.

23) As eventuais práticas leais supramencionadas deveriam ser integradas num enquadramento a nível da UE? Quais os eventuais inconvenientes dessa abordagem?

A definição de um quadro legal de identificação e penalização das Práticas Comerciais Desleais parece, nesta fase, um instrumento suficiente para um induzir um melhor funcionamento da Cadeia de Abastecimento Alimentar e Não Alimentar.

24) Se entender que devem ser tomadas outras medidas a nível da UE, devem estas assumir a forma de um instrumento legislativo vinculativo? Não vinculativo? Ou deve prever-se uma iniciativa de autorregulamentação?

Recordando as reservas aí referenciadas, reafirmamos o referido na resposta dada à questão 14), insistindo na necessidade de criação de um instrumento legislativo vinculativo, à escala comunitária, para identificação e penalização das Práticas Comerciais Desleais, não apenas no sentido de harmonizar conceitos e regras, mas também com o objectivo permitir uma maior simplificação das circulação de bens no mercado único.

Relativamente a uma eventual iniciativa de auto-regulação, recuperamos o que afirmamos na resposta dada à questão 11), para o caso de Portugal. Assim e após a publicação daquele instrumento legislativo vinculativo, entendemos que pode ser desenvolvida aquela iniciativa no sentido de complementar e solidificar (e não a substituir ou afastar) o quadro regulamentar que venha a ser aprovado.

25) O presente Livro Verde incide sobre as PCD e a equidade das relações entre empresas na cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar. Considera que foram omitidas ou insuficientemente examinadas quaisquer questões importante?

Nada mais a referir

Lisboa, 25 de Março de 2013