ADI 40 (2019-2020): 79-98

A REFORMA DO REGULAMENTO DE ISENÇÃO SOBRE ACORDOS VERTICAIS. COMENTÁRIOS

THE REVIEW OF THE BLOCK EXEMPTION REGULATION ON VERTICAL AGREEMENTS. COMMENTS

ISABEL FORTUNA DE OLIVEIRA*

RESUMEN

O Regulamento de Isenção 330/2010, aplicável aos acordos verticais irá caducar em 31 de Maio de 2022. A aproximação do prazo de caducidade originou uma intensa discussão sobre as alterações que o direito da concorrência deve concretizar para enquadrar devidamente as alterações sofridas no mercado da distribuição na EU durante a ultima década, provocadas essencialmente pelo impacto do comércio *on line* e pela utilização intensiva das plataformas. Neste trabalho são referidas as questões que têm suscitado mais debate e controvérsia pelos operadores económicos e que certamente deverão ser alvo de uma resposta na Proposta Final da Comissão que deverá ser apresentada no decorrer no ano de 2021.

Palavras chave: acordos verticais, restrições verticais, reforma regulamento de isenção.

ABSTRACT

The Vertical Block Exemption Regulation 330/2010 will expire on 31 May 2022. The approach of the date gave rise to an intense discussion about the changes that competition law must implement in order to adjust the changes suffered in the distribution market in the EU during the last decade, essentially by the impact of the commerce online and the intensive use of platforms. In this paper, the issues debated by the economic operators and other interested parties are mentioned and would certainly be the subject of an answer in the Final Proposal of the Commission that should be presented during the year 2021.

Keywords: vertical agreements, vertical restrictions, review of block exemption regulation.

SUMÁRIO: I. A REFORMA.—1. ENQUADRAMENTO GLOBAL.—2. METODOLOGIA APLICADA.—II. AS MATÉRIAS MAIS DISCUTIDAS.—1. PONTO DE PARTIDA.—2. AS RESTRIÇÕES RELATIVAS AO PREÇO.—3. RESTRIÇÕES DE VENDA *ON LINE*.—4. DISTRIBUIÇÃO SELECTIVA.—III. A TÍTULO DE CONCLUSÃO.—IV. BIBLIOGRAFIA.

* Professora Auxiliar Convidada, Universidade de Aveiro; Advogada. Direcçao de correio eletrónico: *ifortunaoliveira@ua.pt*.

Fecha de recepción: 14 de abril de 2020 // Fecha de aceptación: 12 de mayo de 2020.

CONTENTS: I. THE REFORM.—1. Global framework.—2. Applied Methodology.—II. THE MOST DISCUSSED SUBJECTS.—1. Starting point.—2. Price restrictions.—3. Online sales restrictions.—4. Selective distribution.—III. IN CONCLUSION.—IV. BIBLIOGRAPHY.

I. A REFORMA

1. Enquadramento global

O Artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) interdita acordos e práticas concertadas entre empresas que tenham por objecto ou efeito a restrição da concorrência, consagrando no seu parágrafo 3 a possibilidade de obtenção de uma isenção desde que preenchidos os respectivos critérios. Os acordos verticais, celebrados entre duas ou mais empresas operando em diferentes níveis de produção são abrangidos por esta norma.

O Regulamento 10/65/CEE confere à Comissão competencia para aplicar o parágrafo 3 do artigo 101 (TFUE) a certas categorias de acordos e práticas concertadas que se encontrem abrangidas pela sua aplicação.

Em 1999 a Comissão aplicou o primeiro Regulamento de Isenção aplicável aos acordos verticais[1], o qual vigorou até 31 de Maio de 2010. O Regulamento de Isenção 330/2010[2] entrou em vigor no dia 1 de Junho de 2010, e irá caducar em 31 de Maio de 2022. Posteriormente à sua entrada em vigor, a Comissão publicou uma Comunicação contendo as Orientações sobre Restrições Verticais[3] (doravante Orientações), estabelecendo os principios orientadores da aplicação do direito da concorrência, neste domínio.

A aproximação do prazo de caducidade do Regulamento 330/2010 propiciou a discussão sobre a pertinencia na manutenção dos respectivos pressupostos e na adequação das alterações que deveria protagonizar.

O âmbito de discussão foi iniciado e é amplo, podendo configurar-se vários cenários alternativos. Assim, o Regulamento 330/2010 pode vir a ser prorrogado ou revisto, bem como as Orientações podem vir a serem alteradas, acompanhando as alterações introduzidas, ou simplesmente completadas com os esclarecimentos que se julguem adequados e suficientes para enquadrar e esclarecer as questões mais controversas.

Decorridos 10 anos de aplicação do Regulamento 330/2010, é possível verificar as grandes alterações operadas no mercado da distribuição na UE, provocadas essencialmente pelo impacto do comércio *on line* e pela utilização intensiva das plataformas os quais revolucionaram a distribuição de produtos. A resposta do direito da concorrência irá certamente consistir no necessário esclarecimento da aplicação das regras existentes às novas situações, constituindo actualmente um imperativo para a finalidade de aplicação uniforme do direito na União Europeia.

---

[1] Regulamento n.º 2790/99 da Comissão, de 22 de Dezembro, relativo à aplicação do n.º 3 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, publicado no *JO* L 336/21 de 29/12/1999.

[2] Regulamento n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril,, relativo à aplicação do n.º 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, publicado no *JO* L 102/1 de 21.4.2010.

[3] Comunicação da Comissao Orientações sobre Restrições Verticais (2010/C 130/01), publicado no *JO* C 130/01 de 19.5.2010.

2. Metodologia adoptada

O processo de revisão do Regulamento 330/2010 foi iniciado pela Comissão a 3 de Outubro de 2018.

Este processo de revisão encontra-se dividido em duas fases: a fase de avaliação e a fase de avaliação de impacto.

A fase de avaliação, com a duração aproximada de 18 meses, pretende reunir um conjunto de informações pertinentes e actualizadadas sobre o funcionamento Regulamento 330/2010 e das respectivas Orientações. A fase de avaliação do impacto, com duração aproximada de 24 meses, permitirá apoiar a decisão da Comissão, no sentido de permitir a caducidade do Regulamento, prorrogação ou a sua alteração, com base nas informações recolhida na fase anterior.

De acordo com as linhas estratégicas publicadas pela Comissão sobre a metodologia adotada para a revisão[4], a fase de avaliação consistiu essencialmente na organização de uma consulta pública aberta a todos os potenciais interessados, seguido pela organização de um Workshop específico sobre o tema, o qual decorreu dos dias 14 e 15 de Novembro 2019. Neste processo era essencialmente importante avaliar o impacto das alterações decorridas no mercado durante a década anterior, e a avaliação do grau de adaptação necessário às regras de concorrência aplicadas aos acordos verticais.

Seguindo a metodologia adoptada, a Comissão lançou em Fevereiro de 2019 uma consulta pública pretendendo obter informações e opiniões dos interessados sobre a avaliação da aplicação do Regulamento 330/2010 e respectivas Orientações, tendo organizado um questionário contendo um conjunto de critérios de avaliação sobre a eficácia, eficiência, relevância e coerência do sistema.

Em Julho de 2019, e conforme previsto, Comissão publicou um documento contendo o resumo das principais preocupações manifestadas pelos 164 participantes no questionário[5].

Paralelamente, e integrada na Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa[6], a Comissão lançou um Inquérito Setorial sobre o Comércio Eletrónico de bens de consumo e de conteúdos digitais na UE (doravante denominado Inquérito E-commerce) cujas conclusões revelaram a existência das variadas formas de adaptação dos agentes económicos na area da distribuição à nova realidade do comércio electrónico[7] [8], as quais que irão,

[4] *Vid*. texto: Consultation strategy for the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation. (*https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/consultation_strategy.pdf*).

[5] *Vid*. texto: Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010. (*https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/factual_summary.pdf*.

[6] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «A Digital Single Market Strategy for Europe», COM (2015) 192 final.

[7] Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM (2017) 229 final, apresentado a 10.5.2017. *Vid*., ainda, Commission Staff Working Document, Accompanying the document, Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry COM (2017) 229 final.

[8] Identificando as razões que justificaram o lançamento do Inquérito E-commerce: «The Commission's decision to carry out the e-commerce sector inquiry is motivated by the results revealed by EU trade statistics.

certamente, influenciar a decisão da Comissão no processo de revisão do Regulamento 330/2010.

Neste sentido, deve ser realçada a importância atribuída às conclusões do relatório do Inquérito E-commerce para a discussão do processo de revisão do Regulamento 330/2010 e respectivas Orientações. Este inquérito tinha por objectivo a obtenção de informações sobre as tendências e práticas no mercado, inluindo os mecanismos praticados pelos operadores económicos que configurassem obstáculos à concorrência provocados pela utilização generalizada do comércio electrónico.

Ainda decorrente da fase de avaliação, foram particularmente relevantes os contributos manifestados pelas Autoridades Nacionais da Concorrência (ANdC) na aplicação das regras de concorrência da UE neste dominio, reveladores da sua experiencia nacional, expressando um conjunto de preocupações e de dúvidas geradas não só pela aplicação do Regulamento 330/2010 mas sobretudo pela interpretação das Orientações que embora não sejam vinculativas para as ANdC constituem um dos principais documentos de interpretação das regras de concorrência aplicáveis neste domínio.

O processo de revisão do Regulamento 330/2010 foi iniciado sem um final pré-determinado, mantendo uma amplitude máxima que pode variar entre a sua caducidade, prorrogação ou alteração.

De acordo com as diversas participações e documentos tornados públicos, a revisão poderá operar-se através de uma actualização das Orientações- sendo óbvia e manifesta a sua necessidade sobretudo nos dominios relacionados como comércio *on line*- podendo configurar a possibilidade de simples prorrogação da respectiva aplicação, sem poder ser excluída a possibilidade de alteração do proprio Regulamento 330/2010.

No limite, é de excluir a possibilidade de verificação da sua caducidade. Com efeito, e de acordo com as contribuições dos diversos operadores realizadas através da consulta publica, a percepção geral sublinhou as vantagens introduzidas com a aplicação do Regulamento 330/2010 e das Orientações, traduzidas, sobretudo no reforço da segurança jurídica; a percepção global é que o Regulamento e as Orientações tiveram um bom efeito, necessitando apenas de algumas actualizações[9]. Assim, e em resposta à questão contida no questio-

---

Data suggest that despite the overall increase in online shopping, purchases from sellers based in other EU Member States (MS) are still infrequent.10 This could be partially explained by different consumer preferences and habits across the EU, as well as by the existing language barriers. Nevertheless, the Commission has also seen indications that companies could be setting up barriers to trade by means of contractual restrictions in order to maintain greater control over the distribution of their products and to obtain protection from competitors located in other MS». SÁENZ-CARDENAL, M. B. (2017).

[9] - Assim, e na resposta à pergunta do questionário sobre a Eficácia relativamente aos objectivos propostos, e nomeadamente se o Regulamento 330/2010 contribui para a promoção do bom desempenho do mercado na EU: «... 143 respondents (approximately 87%, with no major difference between stakeholder groups) respond positively, even if some of them perceive the contribution to be only partial. Many of these respondents reasoned their view by pointing out that the VBER and VGL contributed to an increased level of legal certainty». Em resposta à questão mais específica do papel do Regulamento 330/2010 sobre a segurança jurídica: «To the question whether stakeholders consider that the VBER and the VGL provide a sufficient level of legal certainty, most of the respondents (both replying positively and negatively) explain that the VBER and the VGL are useful as guidance, but need to be revised and/or clarified in relation to certain aspects in order to increase legal certainty, in particular in view of new market developmentsduring the last years». *Vid*.: Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010.

nário sobre se os custos de garantir a conformidade dos acordos verticais (com o art. 101 do Tratado) aumentariam se o Regulamento 330/2010 não fosse prolongado a maioria dos participantes responderam que tais custos aumentariam e que a segurança conferida iria desaparecer[10].

II. AS MATÉRIAS MAIS DISCUTIDAS

1. Ponto de partida

Sem dúvida que o ponto de partida deste processo de revisão reside na avaliação do impacto do comércio electrónico e a utilização de plataformas *on line* na area de distribuição. A necessidade na obtenção de informações mais precisas, conforme foi referido, levou a Comissão a implementar o Inquérito E-Commerce, cujo Relatório Final foi publicado em 2017 («Relatório Final»), o qual constitui um dos documentos pilares base e influenciadores da discussão pública deste processo, cujos resultados influenciarão a decisão da Comissão.

Sendo este o ponto de partida, a discussão encontra-se também balizada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nomeadamente pelos acórdão *Pierre Fabre*[11] e *Cody*[12], os quais consagraram um conjunto de principios importantes, o primeiro atribuindo um direito de utilização do comércio *on line* aos distribuidores selectivos, e o segundo permitindo a restrição à utilização das plataformas *on line* de terceiros para a comercialização, sobretudo, de produtos de luxo.

O processo de revisão do Regulamento 220/2010 teve, também, como resultado suscitar a discussão pública, concentrando a discussão em torno do direito da concorrência aplicável aos acordos verticais. Com efeito, durante um largo periodo de tempo, estas questões não retiveram a atenção da Comissão, que assim teve a oportunidade para se priorizar e concentrar os seus recursos em doutros domínios do direito da concorrencia, tais como a luta contra os carteis, deixando as questões relativas à aplicação do direito da concorrência aos acordos verticais às ANdC[13].

Vejamos, assim, quais os temas mais debatidos neste domínio.

2. As Restrições relativas ao Preço

Relembrando o enquadramento legal neste domínio previsto no Regulamento 330/2010, os distribuidores têm o direito de fixar o preço final cobrado

[10] *Vid*.: Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010, p. 12.

[11] Acórdão do TJUE de 13.10.2011, *Pierre FabreDermo-Cosmetique SAS*, Proc. C-439/09.

[12] Acórdão TJUE de 6 de dezembro de 2017, *Coty Germany GmbH* Proc. C-230/16.

[13] - Neste sentido «For many years, the Commission had largely left competition enforcement against vertical restrictions to national competition authorities (NCAs), using its flexibility under the Modernisation Regulation 1/2003 to prioritise high-profile cartel investigations attracting significant fines. In doing so, the Commission, at least implicitly, signalled that vertical restrictions no longer ranked highly in its own competition enforcement agenda». O autor considera que tal teve como resultado: «The Commission's reluctance to intervene inadvertently resulted in legal uncertainty for businesses operating in the EU that found themselves confronted with a patchwork of different enforcement approaches by different NCAs». Jung, N. (2018) e ainda, Sáenz-Cardenal, M. B. (2017), pag. 6.

aos clientes, sendo interdito a através de um preço de venda recomendado ou um preço de venda máximo equivalente a um *preço mínimo ou fixo*. Os acordos que fixam um preço de venda mínimo ou fixo uma restrição da concorrência por objecto e uma restrição grave na aceção do artigo 4.º, alínea *a)*, do Regulamento330/2010. Pelo contrário, a prática de preços recomendados ou a exigência do distribuidor praticar um preço de revenda máximo não são consideradas restrições graves, pelo que são geralmente admitidas, desde que a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa o limiar de 30 %.

Perante este enquadramento legal, os preços recomendados constituem uma prática intensamente utilizada pelos fabricantes. De acordo com os dados obtidos pela Comissão, 4 en 5 fabricantes utilizam este sistema[14]. As razões apresentadas prendem-se com a importância atribuída ao preço no posicionamento da marca no respectivo mercado, considerando que constitui um elemento directo de comunicação da qualidade com os seus clientes, reflectindo uma imagem de marca do produto e um posicionamento do mercado, face à concorrência[15].

A prática frequente de utilização *de software de comparação de preços,* tem um efeito duplo relativamente à concorrência. Por um lado, e analisando os efeitos pró-concorrenciais, a utilização facilitada e intensa deste tipo de software permite aos consumidores uma comparação imediata dos preços praticados pelos diversos distribuidores, fomentando uma maior transparencia ao nível dos preços, provocando, pelo menos num primeiro momento, um aumento da concorrência intra e inter-marca entre diferentes distribuidores e operadores no mercado. Porém, por outro lado, a utilização deste software é propícia a fomentar fortes alinhamentos ao nível dos preços, podendo anular o efeito de intensificação da concorrência inicialmente previsto.

De acordo com os dados obtidos pela Comissão no Inquérito E-commerce, a utilização de software automático é utilizada por grande número de fabricantes e distribuidores os quais permitem ajustar os seus preços em função dos preços praticados pelos concorrentes. O software permite ao fabricante numa questão de segundos, detectar «desvios aos preços de retalho "recomendados"», permitindo cada vez mais controlar e influenciar a fixação de preços praticados. A utilização deste software permite mais facilmente, «... detetar desvios em relação às recomendações de preços pelos fabricantes, o que pode permitir aos fabricantes adotar medidas de retaliação contra os retalhistas que se desviem do nível de preço pretendido, ou mesmo limitar o interesse dos retalhistas em se desviar dessas recomendações de preços». Os resultados obtidos pelo inquérito E-Commerce foi revelador das práticas relacionadas com os preços de revenda e do impacto que estas podem causar no mercado, permitindo à Comissão concluir no Relatório sobre Politica da Concorrência 2018 que «são as mais generalizadas e, de longe, as que mais restringem a concorrência nos mercados do comércio eletrónico Tal constatação expressa bem a preocupação da Comissao sobre este tema».

[14] Considerando 559 COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT [...] COM (2017) 229 final.

[15] Esta preocupação abrange não só os fabricantes de marcas de luxo mas também por fabricantes de outro tipo de marcas.

O tema mereceu já uma intervenção por parte da Comissão que em 24 de julho de 2018, adoptou um conjunto de decisões e aplicação de coisas as empresas Asus (Taiwan), Denon & Martz, Pioneer (Japão), e Philips (Países Baixos), num total de 111 milhões de euros, por prática de restrição aos preços on line[16]. Este conjunto de empresas foram condenadas por limitarem a capacidade dos seus distribuidores *on line* de fixarem os seus próprios preços, através do sistema de manutenção de preços de revenda, sancionando os distribuidores que não cumprissem os preços «recomendados». Foi constatado a prática de monotorização automática de preços que facilitavam a sua visualização pelos retalhistas, nomeadamente quando estes eram mais baixos. Segundo a Comissão, as restrições operadas prejudicaram seriamente os consumidores europeus, confrontados com práticas de preços mais elevados numa serie de produtos tais como eletrodomésticos, secadores de cabelo, computadores portáteis e auscultadores.

Tem sido constatado a crescente a imposição contratual de restrições à utilização de software de monitorização de preços, interditando os distribuidores de utilizarem este tipo de ferramentas de comparação de preço, ou exigindo a autorização do fabricante para a sua utilização. Este tipo de imposições poderão vir a suscitar a necessidade de um esclarecimento adicional, por forma a evitar a proliferação de decisões —porventura dispares— por parte das Autoridades Nacionais de Concorrencia nos diferentes Estados Membros.

Refira-se que a Autoridade da Concorrencia Alemã já se pronunciou sobre a prática de restrições à utilização de software automático de comparação de preços na decisão ASICS (26 de Agosto 2015) Neste caso a empresa foi condenada pela interdição contratualmente prevista nos acordos de distribuição selectiva celebrado com os respectivos distribuidores, interditando a utilização de sites de comparação de preços. Neste caso foi considerado que tais restrições não poderiam encontrar justificação no objetivo de protecção de imagem ou de serviços de atendimento ao consumidor para este tipo de produtos (desporto), restringindo a concorrência intra-marca. A decisão foi confirmada a 5 de Abril de 2017 pelo Tribunal de Dusseldorf, reafirmando que esta interdição contratual consitui uma restrição à concorrência pelo seu próprio objecto.

O caso de prática individual adoptada pelo distribuidor visando o ajustamento automático aos preços praticados pela concorrencia, pode consistir num acto individual da empresa de ajuste à concorrência e ao mercado, escapando, enquanto tal à proibição do art. 101 (TFUE) na ausência de qualquer elemento de conluio, pelo que somente na presença de uma situação de posição dominante poderia suscitar uma intervenção por parte do direito da concorrência[17].

Uma outra questão suscitada pela intensa utilização da distribuição *on line* prende-se com a prática de *dualidade de preços*. Conforme previsto nas Orientações, a Comissão integrou tal prática num conjunto de situações classificadas

[16] Decisões da Comissão de 24 de julho de 2018: Processos (restrições verticais) AT.40181 *Philips*,; AT.40182 *Pioneer*; AT.40465 *Asus*, AT.40469 *Denon & Marantz*.

[17] Neste sentido: Retailers use software to monitor the prices of their competitors, and the majority of them adjust consequently their own prices to those of their competitors. That could give rise to price coordination or collusion at the retail level since detection of deviations from the collusive agreement is easier and more immediate. How to deal with this risk is an open question that requires a satisfying response». PETROPOULOS, G. (2018), pag.6.

como restrições graves, na medida em que podem constituir restrições às vendas passivas[18]. Este entendimento por parte da Comissão tem sido alvo de fortes criticas por parte de operadores económicos os quais acusam a Comissão de não atender devidamente diferença de custos entre a distribuição *on line* e física. Neste sentido, os operadores económicos consideram que o sistema da dupla fixação de preços constitui um instrumento eficaz para combater o «*free-riding*»[19] entre vendas *on line* e *off line*, propiciando bases equitativas entre ambas as modalidades de comércio. Ora, conforme é referido no Inquérito E-Commerce, embora possa verificar-se *free-riding* em ambas as direcções, é constatado que este pode ser mais frequente para distribuidores *on line* relativamente aos serviços oferecidos pelos distribuidores *off line*. Neste contexto, os operadores económicos insistem na urgência de maior flexibilidade na apreciação do direito da concorrencial relativamente à prática diferenciada de descontos/bónus/reduções que tendem a compensar as diferenças de custos efectivamente suportadas. Se bem que no parágrafo 64 das Orientações esteja expressamente previsto o enquadramento da dualidade de preços no Parágrafo 3 do art. 101, revelando a intenção da Comissão de concessão de uma isenção individual no caso da prática de dualidade de preços ser indispensável para evitar free-riding, esta posição da Comissão poderá requerer esclarecimentos adicionais. Com efeito, no Sumário/Resumo publicado pelas Autoridades Nacionais de Concorrencia (ANdC) nesta matéria[20], é expressamente reconhecida a existência da disparidade de custos e investimentos entre os diferentes canais de distribuição *on* e *off* line, concluindo será justificado, do ponto de vista económico, a prática de dualidade de preços, pelo que deveria ser excluída do âmbito das restrições graves.

A questão dos *preços paritários* (ou clausula Nação mais Favorecida (MFN) tem merecido particular destaque no âmbito da relação dos operadores económicos no mercado com as plataformas *on line*. O impacto que estas clausulas poderão provocar dependerá do grau de utilização das plataformas pelos variados operadores económicos. A clausula de MFN, inserida nos acordos celebrados com as plataformas, determina que o distribuidor vende ao menor preço ou nas melhores condições que vende no seu próprio site ou utilizando outras plataformas (clausula de Paridade Restrita) ou em qualquer outro tipo de sistema de vendas (clausula de Paridade Abrangente), tendo por efeito o reforço do alinhamento dos preços praticados. As clausulas de paridade de preços são consideradas de particular importância pelos operadores económicos, no intuito de conferir confiança aos utilizadores na utilização das plataformas *on line*[21].

---

[18] *Vid*. considerando 52 das Orientações.

[19] Free-riding implica que os benefícios/serviços prestados aos consumidores seriam suportados por um canal diferente onde a compra foi efectivamente realizada.

[20] Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010 (*https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/vber_ncas_summary.pdf*).

[21] Neste sentido: «The efficiency justification of this restraint relies on the incentives that it provides to online intermediaries to invest on promoting the product, offer pre-sale services and preserve the brand image in the final market by eliminating the free-riding problem. A platform that wants to offer high-quality services needs to undertake the appropriate investments in order to offer the best possible shopping experience to consumers. In the absence of any price parity clause a buyer could use this high-quality / high-cost platform to search for products, but then buy on a lower-quality/lower-cost platform. Since due to free-riding the high-quality platform will not anticipate substantial return from its investments will have less incentive to invest. So, price parity clauses can solve this free-riding problem by ensuring that the buyer cannot find the product at a cheaper price in another platform», PETROPOULOS, G. (2018), pág. 7.

A Comissão já teve oportunidade de se pronunciar sobre este tema. Na decisão *E-book*[22] —que envolveu práticas restritivas na UE e nos Estados Unidos— um conjunto de editoras localizadas em vários Estados Membros e a Apple, foram alvo de um processo implementado pela Comissão, acusadas de práticas restritivas ao nível dos preços no mercado e-book[23]. Nesta decisão, a Comissão conclui que a estratégia envolvendo num conluio várias editoras e a Apple consistia em aumentar os preços praticados no comércio *on line* ou pelo menos em evitar a sua redução, contrariando a forte pressão concorrencial ao nível dos preços, introduzida pela comercialização através da Amazon. Num breve resumo dos factos, antes da entrada da Apple no mercado e-book, os contratos que as editoras mantinham com os seus distribuidores permitiam-lhes a cobrança de um determinado preço para cada livro vendido, em grosso, e os distribuidores mantinham a liberdade de fixação de preços aos consumidores, na qualidade de retalhistas. A entrada da empresa Amazon no comércio e-book alterou concorrencialmente as premissas de comercialização, comercializando os produtos a um preço abaixo do recomendado pelas editoras, utilizando métodos de desconto e de ofertas que punham em causa o modelo de negócio. Para contrariar esta pressão concorrencial de forte descida dos preços, as editoras conjuntamente com a Apple, acordaram num modelo de acordos baseado em acordos de agência, tendo por objectivo a venda dos livros a um preço superior ao praticado por Amazon- iBookstore. O modelo negocial identico, a ser celebrado entre as editoras e a Apple, baseava-se num modelo contratual de agência, limitando a possibilidade de redução de preços e práticas de desconto. O modelo contratual continha, entre outras, a cláusula de MFN, impedindo a prática de preços mais baixos do que o praticado através da iBookstore, por qualquer outro distribuidor. Na opinião da Comissão, esta clausula iria incentivar os restantes distribuidores —e a própria Amazon— a converterem os seus contratos no modelo contratual de agencia, anulando assim o risco de ter de competir com a Apple ou de verem terminados os respectivos contratos de distribuição. A Comissão conclui que as empresas editoras e a Apple encetaram uma prática concertada tendo por objectivo aumentar o preço de retalho dos livros no comércio *on line*, ou de evitar a sua redução, através da montagem de um modelo contratual de agencia, idêntico às empresas participantes.

Algumas ANdC adoptaram decisões no contexto das plataformas para reservas de hotel *on line*, que normalmente contém clausulas similares.Assim, e reportando-nos a alguns exemplos, em 2010 a Autoridade Nacional de Concorrencia de UK —Office of Fair Trade (OFT)— encetou uma investigação no âmbito das plataformas *on line* de reservas de hotéis, culminando numa acusação contra Booking.com, Expedia e Intercontinental e Hotels Group (IHG), empresa hoteleira e titular das marcas Crown Plaza, Holiday Inn, and InterContinental, pela prática de acordos violadores do direito da concorrência, nomeadamente da prática de limitar os preços praticados no mercado. No entendimento da OFT, a presença de MFN, prevista nos acordos celebrados com as empresas de reserva

[22] Caso *COMP/AT.39847-E-BOOKS,* decisão da Comissão de 12.12.2012

[23] As empresas destinatárias da decisão foram Hachette Livre SA («Hachette»), HarperCollins Publishers Limited and HarperCollins Publishers L.L.C. (collectively «Harper Collins»), Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG and Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH (collectively «Holtzbrinck/Macmillan»), Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd and Simon & Schuster Digital Sales Inc. (collectively «Simon & Schuster») e Apple, Inc. («Apple»).

on line (*Booking.com*, Expedia and Intercontinental) iria criar barreias à entrada e expansão do comércio *on line*, desincentivando as empresas de praticarem descontos aos consumidores. Em França, algumas clausulas contidas nas condições gerais do acordo de reserva de diversas unidades hoteleiras com a plataforma Booking foram consideradas violadoras do direito da concorrência[24]. Refira-se que este caso deu alvo a um procedimento de cooperação reforçada entre as diversas Adc (nomedamente França, Itália e Suécia), culminando num compromisso comum com Booking.com. Globalmente consideradas, as clausulas de paridade provocam diminuição de concorrência na oferta dos produtos/serviços no mercado e são propicias em criarem fortes barreiras à entrada de novas empresas concorrentes no mercado. Deve ainda ser sublinhado que a França adoptou a Lei Macron (Agosto 2015), prevendo que as clausulas de paridade de preços são consideradas não escritas[25].

Segundo a Comissão, na ausência de outra retrição grave, as clausulas de paridade de preços encontram-se abrangidas pelo Regulamento de isenção, desde que as partes não excedam a quota de mercado de 30%[26]. Numa outra perspectiva, a apreciação do direito da concorrência poderia ser diferenciada tendo por base de apreciação o âmbito de aplicação da clausula; assim, e segundo este entendimento, a clausula MFN abrangente pode provocar restrições graves à concorrência ao nível dos preços, enquanto que a MFN na sua acepção restrita poderia ser considerada justificada tendo em conta as caracteristicas do mercado on line[27]. Com efeito, as clausulas de paridade de preços pode encontrar justificação como forma de evitar o *free-riding*, no sentido em que na ausência deste tipo de clausula, os consumidores poderiam utilizar a informação contida nos sites da empresa Booking e realizar a sua reserva num outro operador económico, provocando uma perda relativamente aos investimentos realizados e necessários para o efeito[28].

Aguarda-se que este assunto seja alvo de esclarecimentos adicionais nas novas orientações que venham a ser introduzidas.

---

[24] Decisão n.° 15-D-06 du 21 avril 2015 sobre as praticas aplicadas pelas sociedades Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS no sector das reservas de hotel em linha; decisão do Tribunal de Commerce de Paris de 29 novembro 2016 - RG n.° 2014027403 (Ministre de l'Economie et des Finances et autres / Société BOOKING.COM B.V et Société BOOKING.COM France.

[25] A Lei n.° 2015-990 de 6 Agosto 2015 prevê que: art. L. 311-5-1. - Le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d'hôtel aux clients ne peut être conclu qu'au nom et pour le compte de l'hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux *articles 1984 et suivants du code civil*. «Nonbstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite».

[26] *Vid*. considerando 612 do documento Commission Staff Working Document COM(2017) 229 final.

[27] Neste sentido PETROPOULOS, G. (2018), p. 7.

[28] *Vid*., neste sentido, as justificações expressas pela empresa Booking na mencionada decisão: «Dans ce contexte, selon Booking.com, il existerait un risque réel qu'en l'absence de clause de parité garantissant à une OTA la compétitivité des prix proposés sur son site Internet, les consommateurs aient recours à son site pour rechercher et comparer des hôtels, lire les commentaires, etc., sans pour autant effectuer leur réservation de nuitée par son intermédiaire. Dans le cas où ils trouveraient des prix moins chers pour l'hôtel choisi sur d'autres canaux, les consommateurs pourraient alors finaliser leur réservation sur ces autres canaux (soit directement auprès de l'hôtel, soit sur un autre canal qui propose un prix inférieur car n'investissant pas autant que l'OTA). Les investissements réalisés par l'OTA seraient consentis à perte et pourraient la conduire à sortir du marché.». Neste sentido: «En l'absence de clause de parité, les bénéfices pour les consommateurs, résultant de temps de recherche réduits sur les OTA, seraient neutralisés. Si les consommateurs ne pouvaient être assurés d'obtenir le prix le plus bas et d'avoir accès à l'ensemble des nuitées disponibles sur le site de l'OTA plutôt que sur le site Internet de l'hôtel, ils n'auraient plus confiance dans le modèle économique des OTA».

3. Restrições de venda *on line*

A admissibilidade de restrições de venda *on line* presentes nos acordos verticais encontra-se delimitada pelos dois acórdãos do TJUE já mencionados: o acórdão Pierre *Fabre* e o acórdão *Coty*.

Recordando sumariamente os factos e decisões proferidas, no acórdão *Pierre Fabre* (2011), o TJUE respondeu à questão prejudicial suscitada pela Cour d'Appel de Paris, no decorrer do litígio que opunha a mencionada empresa à Autoridade da Concorrência, a qual consistia em saber se uma proibição geral e absoluta de vender pela Internet os produtos contratuais aos utilizadores finais, imposta aos distribuidores selectivos, constante dos acordos de distribuição da empresa, constitui uma restrição grave ao abrigo das regras de concorrência aplicáveis aos acordos verticais. O TJUE determinou, em suma, que uma proibição geral de utilização da internet para vendas imposta aos distribuidores selectivos, constitui uma restrição por objecto, a menos que se possa concluir que, face às propriedades dos produtos em causa, tal cláusula é objectivamente justificada[29]. No mesmo acórdão o TJUE teve a oportunidade de esclarecer que a invocação da protecção dos consumidores da reputação e imagem da sua marca não constitui justificação suficiente que sustente uma interdição total de venda *on line*. Este entendimento do TJUE encontra-se abrangido pelo ponto 52 das Orientações precisando que em principio o distribuidor deve ser autorizado a utilizar a internet para a enda dos produtos. Esta decisão encontra-se na mesma linha de entendimento das conclusões apresentadas pelo Advogado Geral J. Mazac concluindo que : «Admite-se que possam existir circunstâncias em que a venda de determinados produtos pela Internet pode prejudicar, nomeadamente, a sua imagem e até a sua qualidade, justificando-se, assim, uma proibição geral e absoluta de vendas pela Internet. No entanto, na minha opinião, uma vez que o fabricante pode fixar condições adequadas, razoáveis e não discriminatórias relativamente a vendas pela Internet e, assim, proteger a imagem do seu produto, entendo que uma proibição geral e absoluta de vendas pela Internet, imposta por um fabricante a um distribuidor, só é proporcional em circunstâncias muito excepcionais»[30].

No acórdão Coty (2017), o TJUE respondeu à questão prejudicial suscitada no âmbito de um litígio opondo a empresa Coty e um dos seus distribuidores selectivos, decorrente da interdição imposta de estes poderem recorrer de maneira visível a empresas terceiras para as vendas dos produtos através da Internet[31]. Neste contexto, o TJUE determinou que «a proibição imposta por um fornecedor de produtos de luxo aos seus distribuidores autorizados de recor-

[29] *Vid*. considerando 47 do acórdão *Pierre FabreDermo-Cosmetique SAS*.

[30] Conclusões do Advogado Geral Ján Mazák apresentadas em 3 de Março de 2011, considerando 54.

[31] Reforçando a importância atribuída a este caso: «No wonder *Coty* was so much-awaited. The judgment is expected to shape the future of EU e-commerce affecting online markets, the luxury industry and Internet platforms». Colangelo, G., e Torti, V. (2018). No mesmo sentido: «The much-awaited Coty judgment did not disappoint. The Court of Justice ("the Court") shed light on the major question concerning online distribution of luxury products». Zukakishvili, K. (2018); *vid*., ainda: «The six years since the CJEU's ruling in Pierre Fabre have seen increasingly divergent interpretation across the EU of the rules relating to online sales in general (and third-party platform ("TPP") bans in particular), and confusion as to the legitimacy of selective distribution systems ("SDSs"). Competition authorities, courts and practitioners across the EU eagerly awaited clarification». Cicala, A.; Haegeman, K., e Cuff, R. (2017).

rem de maneira visível a plataformas terceiras para a venda na Internet destes produtos é adequada para preservar a imagem de luxo dos referidos produtos, quando essa cláusula vise preservar a imagem de luxo dos referidos produtos, seja fixada de modo uniforme e aplicada de forma não discriminatória e seja proporcional à luz do objetivo prosseguido, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar»[32,33].

Os acórdãos contêm pontos em comum, reportando-se a apreciações do TJUE sobre restrições inseridas em contratos de distribuição selectiva, podendo concluir-se que uma proibição total à venda *on line* é, em principio, considerada restrição grave; pelo contrário, as restrições à utilização de plataformas de terceiros para venda dos produtos, de forma visível, podem ser justificadas como forma de preservar a imagem de luxo dos produtos em causa, não sendo assim consideradas uma restrição grave à concorrência[34,35].

A decisão expressa no acórdão Coty encontra-se na mesma linha de entendimento adoptada pela Comissão. Assim, no Inquérito E-Commerce, a Comissão referiu que a interdição à utilização de plataformas de terceiros não fazia parte das restrições graves previstas no Artigo 4 do Regulamento 330/2010, e de acordo com o considerando 54 das Orientaçoes (se bem que aplicável à distribuição selectiva), é expressamente admitido: «Da mesma forma, um fornecedor pode exigir que os seus distribuidores utilizem apenas plataformas de terceiros para distribuir os produtos contratuais em conformidade com as normas e condições acordadas entre o fornecedor e os seus distribuidores relativamente à utilização

[32] Subinhando as diferenças com o acórdão Pierre Fabre, o TJUE determinou no considerando 53:«Por conseguinte, os distribuidores autorizados podem vender em linha os produtos contratuais por intermédio tanto dos seus próprios sítios Internet, quando disponham de uma montra eletrónica da loja autorizada e o caráter luxuoso dos produtos seja preservado, como de plataformas terceiras não autorizadas quando a intervenção destas últimas não seja visível para o consumidor». No considerando 56: «Em especial, atendendo à inexistência de uma relação contratual entre o fornecedor e as plataformas terceiras que permita que o fornecedor exija a essas plataformas que respeitem as condições de qualidade que impôs aos seus distribuidores autorizados, não se pode considerar que seja tão eficaz como a proteção em causa no processo principal uma autorização concedida aos referidos distribuidores de recorrerem a essas plataformas sob a condição de estas últimas respeitarem as exigências de qualidade predefinidas».

[33] A noção de produtos de luxo carece de esclarecimentos adicionais. Neste sentido: «Another important aspect that will have to be decided by national courts on a case-by-case basis concerns qualification of certain goods as "luxury products"». Zukakishvili, K. (2018).

Não obstante as referencias expressas no acórdão Coty (considerando 25), recordando jurisprudência anterior (nomeadamente acórdão de 23 de abril de 2009, Copad, C-59/08,) a qual determinou que a qualidade dos produtos de luxo não depende exclusivamente das suas «características materiais mas também da sua imagem de prestígio, que lhes conferem uma aura de luxo», as dúvidas irão permanecer. Neste sentido, e reportando-se às considerações expressas pela Autoridade Alemã da Concorrencia «FCO President Andreas Mundt made clear in a statement shortly after the judgment that the FCO sees Coty Germany as limited in scope and certainly not a "carte blanche"» for the use of platform bans: «Prima facie we see [...] only limited impacts on our decision practice. The [CJEU] obviously made great efforts to limit its statements to the area of real prestige products where the aura of luxury is the essential part of the product itself. The FCO in its decision practice so far dealt with manufacturers of branded goods outside the luxury area. Such manufacturers according to our first assessment still do not have carte blanche for per se restrictions of their dealers with respect to the use of sales platforms». Cicala, A.; Haegeman, K., e Cuff, R. (2017).

[34] Neste sentido: «Coty does not represent a real revirement of the Pierre Fabre case law and appears to confirm that an absolute ban represents a restriction by object of the competition». Fratea, C. (2019).

[35] Numa breve comparação aos acórdãos mencionados: «The difference between Pierre Fabre and Coty is that the former case concerned an absolute ban on internet sales, which was not the issue in the latter. In Pierre Fabre the CJEU had stated that, as regards cosmetics, "the aim of maintaining a prestigious image is not a legitimate aim for restricting competition". In Coty, it narrowed the possible interpretations stating that its observations made there must be read and interpreted in the specific context of that case», Materljan, I., e Materljan, G. (2019), pag. 845.

da Internet por parte dos destes. Por exemplo, no caso de o sítio Web do distribuidor ser acolhido numa plataforma de um terceiro, o fornecedor pode exigir que os clientes não visitem o sítio Web do distribuidor através de um sítio que mostre o nome ou logótipo da plataforma do terceiro»[36].

A decisão do TJUE no acórdão *Coty* pode ser contextualizada, atendendo que no considerando 54, o TJUE reportou-se directamente aos resultados do Inquérito E-Commerce referindo que: «não obstante a importância crescente das plataformas terceiras na comercialização dos produtos dos distribuidores, o canal de distribuição mais importante no âmbito da distribuição na Internet é, todavia, constituído pelas lojas em linha próprias dos distribuidores, as quais são exploradas por mais de 90 % dos distribuidores inquiridos», constatando a fraca utilização de plataformas de terceiros na comercialização dos produtos. Com efeito, o inquérito sectorial E-commerce constata que mais de 90 % dos retalhistas mantém a sua própria loja *on line*, 31 % utiliza a sua própria loja *on line* e plataformas e apenas 4 % utiliza exclusivamente as plataformas de terceiros para comercialização dos produtos. Neste contexto, a utilização das plataformas como meio de comércio *on line* pelos retalhistas é, pelo menos actualmente, residual- pelo que o impacto das restrições na sua utilização não afectaram sensivelmente a concorrência no mercado.

A linha de jurisprudência determinada pelo TJUE pelos acórdãos Pierre Fabre e Coty[37] tem vindo a ser adoptada pelas ANdC. Assim, na decisão de 2018 da Autoridade da Concorrencia Francesa no sector da distribuição de equipamento para jardim[38], as empresas Andreas Stihl SAS et Stihl Holding AG & Co KG foram sancionadas pelas restrições inseridas nos contratos de distribuição selectiva relativamente à venda dos produtos a partir dos sites internet dos distribuidores. A Autoridade de Concorrencia atendeu que as características dos produtos em causa (motosserras, roçadeiras, podadores, podadores de baterias) exigem assistência e aconselhamento aos seus utilizadores para garantir a segurança devida na sua utilização, sendo, porém, excessiva e desproporcional a interdição de comercialização nos sites próprios do distribuidor, constituindo uma restrição grave e não passível de obter uma isenção individual. Pelo contrário, a venda em plataformas *on line* de terceiros inibe o controlo da segurança ao consumidor e protecção da imagem de marca por parte da empresa titular, pelo que a sua proibição ou interdição não foi considerada uma restrição grave.

As práticas de bloqueio geográfico (geo-blocking) e geo-filtring são frequentemente utilizadas no comércio *on line*. As práticas de geo-blocking práticas inibem o consumidor de adquirir *on line* os produtos localizados num outro Estado Membro, anulando desta forma o comércio transfronteiriço; podendo consistir num bloqueio do acesso a sítios Web, reencaminhando dos clientes

[36] Neste sentido «The Coty ruling is reasonable and convincing. The CJEU delivers a judgment that is in line both with the settled case law and the position expressed by the Commission in the Guidelines and in the Sector Inquiry». Colangelo, G., e Torti, V. (2018), cit.

[37] Considerando que o acórdão Coty «... was welcomed by the commentators who stated that it ended the debate regarding the treatment of the third-party platform ban between the Commission and Member States' competition authorities, which considered that the ban presents an appreciable restriction of competition. Others highlighted the factual circumstances of each case, concluding that the approaches of national authorities were not in contrast with the new developments of EU law». Materljan, I., e Materljan, G. (2019), p. 847.

[38] Decisão n.° 18-D-23 de 24 Outubro 2018 relativa a práticas no sector da distribuição de materal de equipamento de jardim.

para os sítios Web localizados num outro Estado-Membro, podendo ainda configurar a recusa de entregas transfronteiriças ou a aceitação de pagamentos. Pelo seu lado, as práticas de geo-filtring permitem que os clientes acedam e comprem bens mas em condições diferentes, dependendo da localização do cliente. Tais restrições podem consistir em proibições globais ou submetidas a autorizações que deverão ser previamente aceites pelo fabricante, antes da operação de venda para outro Estado-Membro ser concretizada[39]. As práticas de geo-blocking anulam as potencialidades que o comércio *on line* oferece aos consumidores europeus, impedindo a concretização do comércio transfronteiriço e a integração dos mercados nacionais.

Deverá atender-se que as regras do direito da concorrência não obrigam os distribuidores a venderem fora do Estado Membro onde se localizam, desde que tal decisão seja unilateralmente determinada —a menos que a situação possa ser enquadrada no âmbito de aplicação do art. 102 (TFUE) enquanto abuso de posição dominante— [40].

Independentemente da aplicação do direito da concorrência, as práticas de geo-blocking e geo-filtring incentivaram as instituições da UE a adoptarem medidas proactivas, visando a concretização do mercado único digital. Assim, foi adoptado o Regulamento 2018/302, que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno, tendo por objectivo «proporcionar aos consumidores um melhor acesso a bens e serviços no mercado único ao evitar a discriminação direta e indireta por comerciantes que segmentam artificialmente o mercado com base na residência dos clientes»[41]. Conforme é expresso no próprio texto do Regulamento 2018/302, existem justificações plausíveis que levam as empresas e em especial as pequenas e média empresas (PME) e as microempresas, a aplicarem condições de acesso diferenciadas: «Em muitos casos, ambientes jurídicos divergentes, a insegurança jurídica envolvida, os riscos associados no que respeita à legislação aplicável à proteção dos consumidores, a legislação relativa ao ambiente ou à rotulagem, as questões tributárias e fiscais, os custos de entrega ou os requisitos linguísticos, contribuem para a relutância dos comerciantes em encetar relações comerciais com clientes de outros Estados-Membros». É assim realçado que as práticas discriminatórias contribuem para um nível relativamente baixo de transações transfronteiriças na União, nomeadamente no setor do comércio eletrónico, que impede o potencial de crescimento do mercado interno. Em

[39] Conforme foi constatado no Inquérito E-Commerce: «Cross-border sales restrictions, implemented through geo-blocking or geo-filtering could be motivated by suppliers' interests to ensure that different prices are applied in different Member States for the same product. For that to be possible (potential) customers from the Member States where prices are higher for a specific product must be prevented from buying the product from the Member States where it is cheaper».

[40] Conforme considerou a Comissão «... there may be a number of reasons and factors why retailers decide not to sell cross-border to customers in other Member States. Unilateral business decisions of non-dominant retailers not to sell cross-border at all or not to sell cross-border to customers in certain EU Member States do normally not raise any concerns under the EU competition rules». Considerando 395 do documento Commission Staff Working Document... COM (2017) 229 final.

[41] Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2018, que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno, e que altera os Regulamentos (CE) n.° 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE (Texto relevante para efeitos do EEE), publicado no *JO* L 60 I, 2 de março de 2018.

conformidade, o Regulamento 2018/302 clarifica as situações consideradas não justificadas para eliminar bloqueio geográfico injustificado e de outras formas de discriminação com base na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento.

Relembrando o enquadramento genérico, de acordo com as regras previstas no Regulamento 330/2010 e respectivas Orientações, as restrições às vendas passivas constituem uma restrição grave à concorrência, prevista no artigo 4 (b), sendo pelo contrário permitido as restrições às vendas activas no território concedido em exclusividade ou grupo de clientes concedido *em exclusivo* (artigo 4(b) (i)[42]. As Orientações prevem um conjunto de situações que podem ser consideradas restrições às vendas passivas mediante medidas de geoblocking ou geofiltring, impedindo «que os clientes localizados num outro território (exclusivo) visualizem o seu sítio Web ou obrigar o distribuidor a prever um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios Web do fabricante ou de outros distribuidores (exclusivos)[43].

De acordo com a consulta pública realizada, e na opinião emitida pelas ANdC[44], foi sublinhada a necessidade de esclarecimento das Orientações relativas à distinção entre vendas passivas e activas, sobretudo no ambiente digital, considerando que a informação contida nas Orientações não é suficiente[45].

4. Distribuição selectiva

A abertura das regras de concorrência ao sector de distribuição selectiva, realizado com a entrada em vigor do Regulamento 330/2010, introduziu a possibilidade de aplicação de restrições quantitativas, independentemente da natureza do produto em causa desde que a quota de mercado não exceda 30%. A alteração teve por efeito uma utilização mais intensiva deste tipo de distribuição pelos operadores económicos, permitindo ao fabricante um controlo mais eficaz da distribuição até ao consumidor final[46,47].

---

[42] A distinção entre vendas activas e passivas é particularmente importante para os acordos de distribuição exclusiva, atendendo que nos sistemas de distribuição selectiva é considerado uma restrição grave as restrições às vendas passivas e activas, conforme previsto no art. 4 Alinea *c)* do regulamento 330/2010.

[43] De acordo com o inquérito sectorial realizado, a maioria das medidas de bloqueio geográfico resultam de decisões comerciais unilaterais, adoptados por retalhistas que não pretendem vender para fora das suas fronteiras. Foi ainda constatado que as medidas de bloqueio são mais frequentemente adoptadas por retalhistas com maior volume de negócios; as medidas de bloqueio mais frequentemente adoptadas consistem na recusa de entrega do produto a cliente localizado num outro Estado, ou recusa em aceitar pagamento transfronteiriço.

[44] *Vid*. documento Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010.

[45] No mesmo sentido «In the Internet era, the distinction between active and passive sales requires some further clarifications» Petropoulos, G. (2018), p. 9.

[46] Neste sentido, e após constatar as modalidades de comercialização que a internet pode oferecer: «... a retailer's choice to sell the relevant products via its own online shop, a physical store or a broader platform (*e.g.*, eBay or Amazon) may eventually raise objections and disagreements among suppliers «, o autor considera que: «In order to maintain control over the sale of relevant products, manufacturers have increasingly made use of selective distribution systems, where a range of varying obligations is usually imposed upon retailers». Colangelo, G., e Torti, V. (2018), cit.

[47] «In the last 10 years, as a reaction to the growth of e-commerce, 19% of respondent manufacturers introduced selective distribution systems for the first time and 67% of the respondent manufacturers that already used selective distribution introduced new selection criteria», considerando 970, Commission Staff Working Document [...] COM (2017) 229 final.

Não obstante as questões suscitadas ao direito da concorrência, o Inquérito E-Commerce expressa claramente a opinão da Comissão neste domínio, declarando que «Os resultados do inquérito setorial sobre o comércio eletrónico não implicam uma alteração da abordagem geral da Comissão à distribuição seletiva quantitativa e qualitativa refletida no Regulamento de Isenção por Categoria Vertical»[48]. Se bem que a abordagem geral possa manter-se inalterada, tal não implica que algumas situações específicas possam merecer um esclarecimento adicional.

Desde logo, as Autoridades Nacionais de Concorrencia (ANdC) consideram que os sistemas de distribuição selectivos são geralmente acolhidos pelo Regulamento 330/2010, sendo alvo de uma análise mais indulgente do que outros sistemas, encorajando os fabricantes a utilizarem este tipo de sistemas e a imporem restrições de outra forma não admitidas. É sobretudo questionada a tendencia generalizada no recurso a critérios qualitativos de selecção que não encontram nenhuma justificação com o tipo de bens que são comercializados[49]. A preocupação na aplicação uniforme do direito da concorrência pelas diversas ANdC tem sido constante, neste domínio.

Neste contexto, a liberdade na definição dos critérios de selecção adoptados pelos fabricantes relativamente aos sistemas de distribuição tem merecido algum destaque. De acordo com os resultados do Inquérito E-Commerce constata-se que mais de metade dos fabricantes exigem que os retalhistas explorem uma loja física, pelo menos para parte dos seus produtos[50]. Se bem que esta exigência seja em principio aceite pelo Regulamento 330/2010, alguns fabricantes têm vindo a exigir um esclarecimento, considerando que a Comissão deveria *expressamente* admitir a possibilidade do fabricante de não comercializar os seus produtos através de distribuidores exclusivamente *on line*, independentemente da natureza dos produtos ou dos mercados em causa. Porém, a Comissão expressa outro tipo de entendimento no Inquérito E-Commerce, ao considerar que:«... determinados requisitos para operar pelo menos uma loja física sem qualquer ligação aparente à qualidade da distribuição e/ou a outros potenciais ganhos de eficiência podem exigir uma análise mais aprofundada em casos individuais»[51]. De resto esta preocupação já se encontrava presente nas Orientaçoes (considerando 176) reforçando a exigência que os critérios exigidos aos distribuidores teriam de ser devidamente justificados: «... no caso de as características do produto não exigirem a distribuição selectiva ou não exigir os critérios aplicados, como, por exemplo, a exigência imposta aos distribuidores de possuírem um ou vários estabelecimentos tradicionais, tal sis-

[48] Não obstante constatar que: «Many restrictions to online sales are mainly found in the context of selective distribution systems. For example, within a selective distribution system, it may be easier for a manufacturer to control pricing, effectively engage in resale price maintenance or prohibit (certain forms of) online sales or advertisement».

[49] Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010.

[50] Neste sentido: «Overall, a large majority of the manufacturers using selective distribution exclude pure online players from their selective distribution network for at least part of their products», considerando 245 do Commission Staff Working Document COM (2017) 229 final.

[51] Conforme mencionado no Relatório mencionado: «... determinados requisitos para operar pelo menos uma loja física sem qualquer ligação aparente à qualidade da distribuição e/ou a outros potenciais ganhos de eficiência podem exigir uma análise mais aprofundada em casos individuais» Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico (2017) 154 final - COM(2017) 229 final.

tema de distribuição não cria, em geral, efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas».

Num outro contexto, a presença das plataformas de comercialização dos produtos on line tem sido considerado pela Comissão como um meio eficaz e potente de vendas para muitos fabricantes e distribuidores, facilitando o acesso a um elevado numero de consumidores, podendo representar um interessante meio de vender on line sem inestimentos iniciais avultados, endo particularmente aptas a fomenter as vendas entre os diferentes Estados Membros. Porém, a utilização deste meio de comercialização on line tem suscitado questões relativas à protecção da imagem de marca dos produtos. Com efeito, os titulares de marcas sustentam que o investimento realizado na construstrução e manutenção da reputação da suas marcas pode ser prejudicado pelos canais de venda através destas plataformas *on line*, pelo que esta tipo de mercado pode ter um impacto negativo sobre essas marcas[52]. O esclarecimento da importância dos mecanismos contratuais visando a protecção da imagem da marca, sobretudo no contexto dos sistemas de distribuição selectiva, é importante. Assim, no já mencionado acórdão *Coty*, o TJUE confirmou que a restrição imposta pelo fabricante de produtos de luxo aos seus distribuidores recorrerem de maneira visível a plataformas de terceiros para a venda destes produtos é adequada para preservar a imagem de luxo dos referidos produtos.

As dúvidas sobre esta matéria derivam da aparente divergência de posição entre o acórdão Coty e a opinão da Comissão. Neste sentido, o acórdão Coty apreciou a restrição à utilização de plataformas de terceiros como medida necessária à protecção e consolidação da imagem de luxo dos produtos, já a opinião da Comissão expressa nas Orientações (considerando 54) e mais recentemente no Inquérito E-Commerce vai no sentido de considerar, de forma mais abrangente, que a interdição à utilização de plataformas de terceiros não fazia parte das restrições graves pois esta interdição não impede em absoluto a venda *on line*, mas apenas a utilização deste tipo de plataformas. Neste contexto de aparente divergência, as dúvidas subsistem se a justificação da interdição de venda através de plataformas de terceiros fica restringida à protecção de produtos e de imagem de luxo ou poderá abranger outro tipo de produtos de características diferentes[53,54].

---

[52] Neste sentido: «If customers can buy these brands in na environment that is not considered suitable and in which customer expectations in terms of product information, services, advice and ability to experience the products are not met, then this may diminish the value of the brand», considerando 478 Commission Staff Working Document... COM (2017) 229 final.

[53] Neste sentido: «Permanece a questão de saber até que ponto o argumento centrado na necessidade de preservar e proteger a integralidade do bem, e garantir que o mesmo é distribuído por distribuidores, criteriosa e uniformemente, selecionados e autorizados para o efeito não poderá ser extensível a outros bens que não aqueles considerados de marca de luxo». Espregueira Mendes, F.; Prietro, L., e Cardoso, D. (2018), p. 265.

[54] Assim, a Autoridade Nacional de Concorrencia Alemã, na decisão ASISC (25 de Janeiro 2016) não obstante ter constatado que:«In Germany, there is currently considerable legal insecurity with regard to the assessment of marketplace prohibitions under competition law "decidiu que a interdição inserida nos acordos de distribuição impedindo os distribuidores de utilizarem a marca ASICS de qualquer forma no site de terceiros para orientar os clientes para o site do revendedor autorizado constitui uma restrição por objecto e contrária ao direito da concorrencia da EU". "Online marketplaces such as Amazon or eBay are used by a very large number of customers and have a very wide reach. Thus, for small and medium-sized online shops in particular, presence in an online marketplace is decisive for customers being able to find them. In line with this, the Bundeskartellamt's investigations found that at least on the running shoe market, sales via online marketplaces are very significant for many distributors"».

III. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

O processo de revisão do Regulamento 330/2010 implicou um processo participativo aberto às contribuições de um grande número de interessados. Configurando um quadro síntese das opiniões publicamente manifestadas, parece existir um consenso alargado relativamente às seguintes questões:

A necessidade na manutenção de um regulamento de isenção por categoria no domínio dos acordos verticais;

A necessidade de adaptação a novas realizadas sentidas e manifestadas no mercado, sobretudo as provocadas pelo e-commerce;

A necessidade de esclarecimento de alguns conceitos e noções, indispensável à aplicação uniforme do direito da concorrência da UE.

A amplitude do processo de revisão do Regulamento 330/2010 pode circunscrever-se a uma (simples) actualização das Orientações ou implicar a revisão de alguns dos seus pressupostos. Um dos argumentos que tem sido debatido e que reforçaria o argumento da revisão através da alteração do Regulamento 330/2010 prende-se com a necessidade de interpretação e aplicação uniforme do direito da concorrência da EU o qual somente seria possível com a aplicação de um Regulamento, vinculativo para todos os Estados Membros. Discordamos desta posição. Tem sido visível a importância atribuída pelas ANdC e pelos Tribunais Nacionais às Orientações para sustentar as suas decisões, sendo assim consistente com a opinião expressa de que « ambos os textos cumpriram os seus objetivos e contribuíram para promover um bom desempenho do mercado na EU»[55].

Conforme foi referido, a segurança jurídica é um valor particularmente valorizado pelos empresários, nomeadamente no contexto do direito da concorrência. A aplicação uniforme do direito da EU exige que as futuras Orientações contemplem e respondam às questões que suscitaram mais dúvidas e incertezas (sobretudo às ANdC), de forma clara e expressa[56].

Somente a titulo de conclusão deverá ainda ser mencionado que a 3 de Abril de 2020 —e por um periodo que termina a 15 de Maio de 2020— a Comissão abriu um processo de consulta pública para a revisão da Comunicação relativa à definição de Mercado Relevante (1997)[57].De acordo com os objectivos definidos pela Comissão, e nomeadamente pela Vie-Presidente Executiva Margrethe Vestager, a definição de mercado relevante deverá atender às particularidades provocadas pelo mercado digital,.Os resultados deste processo de revisão serão certamente de enorme importância para a aplicação do direito da concorrência

[55] *Vid*.: Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) No 330/2010.

[56] Reforçando a ausência de Orientações neste domínio e os respectivos efeitos na aplicação do direito da concorrência da UE: «The lack of clear guidance and the independent performance of the different NCAs without the Commission's coordination has led to the adoption of divergent, sometimes even opposing, approaches towards vertical restraints across the EU. For that reason, companies, legal advisors, and competition enforcers face extensive uncertainty when assessing the compliance with EU competition law of certain practices or behaviors. Ultimately, this insecurity ultimately results in the fragmentation of the EU into national markets, which obstructs the goals of the European Internal Market». Sáenz-Cardenal, M. B. (2017).

[57] Comunicação da Comissão relativa à definicação de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

aos acordos verticais, nomeadamente nos pressupostos de aplicação do regulamento de isenção por categoria.

Prevê-se que a Comissão apresente a proposta de revisão do Regulamento 330/2010 no início de 2021.

IV. BIBLIOGRAFIA

CICALA A.; HAEGEMAN, K., y CUFF, R. (2017), «From Metro to Coty: a Story to be continued? The CJEU's judgment in Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH», *Revista Italiana di Antitrust* 2, *file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/12854-24510-1-PB.pdf* (acedido em 04/05/2020).

COLANGELO, G., e TORTI, V. (2018), «Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under EU Competition Rules after Coty Prestige*», European Competition Journal*, vol. 14, 1, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3119129* (acedido em 8/04/2020).

ESPREQUEIRA MENDES, F.; PRIETRO L., y CARDOSO, D. (2018), «Da Natureza das restirções à concorrência nos acordos de distribuição selectiva: a influencia de Coty Prestige no comércio electrónico», *Revista de Concorrencia e Regulação* Ano IX, núm. 33/34.

FRATEA, C. (2019), «Electronic commerce and the fashion industry: new challenges for competition law coming from the Digital Single Market*», UNIO - EU Law Journal* 5, No. 2, July, *file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/2289-Article%20Text-3389-1-10-20191202.pdf*, (ultimo acesso a 04/05/2020).

JUNG, N. (2018), *«European Union - Restrictions of Online Sales, including Geoblocking and Geo-filtering*», E-Commerce Competition Enforcement Guide, 7 December 2018. *https://globalcompetitionreview.com/insight/e-commerce-competition-enforcement-guide/1177723/european-union-%E2%80%93-restrictions-of-online-sales-including-geo-blocking-and-geo-filtering*, acedido em 8/04/2020.

MATERLJAN, I., y MATERLJAN, G. (2019), «Selective distribution of Trademarked products and retrictins of online sales», *EU and Comparative Law issues and challenges series* 3 *file:///C:/Users/Utilizador/Desktop/ISABEL/ESTUDOS%20E%20QUEST%C3%95ES/REVIS%C3%83O%20RIC%202019/doutrina/novas%20leituras/9033-Article%20Text-30350-1-10-20190612.pdf* (acesso a 05/05/2020).

PETROPOULOS, G. (2018), «Vertical restraints and e-commerce», *Concurrences*, núm. 1.

SÁENZ- CARDENAL, M. B. (2017), «Vertical Restraints on E-Commerce in the Context of the Single Digital Market», *European Union Law Working Papers*, núm. 23. *https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/08/saenz_eulawwp23.pdf* (acedido em 29/04/2020).

ZUKAKISHVILI, K. (2018), «Luxury (by) object and the effects of silence of the Court of Justice in Coty»*;* Case note 1/ 2018 on the Judgment of the Court of 6 December 2017 in Case C-230/16 Coty Germany GmbH *vs*. Parfümerie Akzente GmbH», *European Legal Studies/Etudes Juridiques Européennes*, *file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/case_note_1_2018_keti_zukakishvili.pdf* (acedido em 04/05/2020).