COMÉRCIO ELETRÓNICO E RESTRIÇÕES VERTICAIS DA CONCORRÊNCIA: REGRESSO AO FUTURO?

*Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha**

Abstract *Further to the latest developments on potential vertical competition restrictions related to the operation of ecommerce platforms, the purpose of this article is to assess the state of the art in terms of case law and decision practice at the EU and Member States level. We will analyse the adequacy of the existing competition assessment at the tools to the new digital environment, as well as the main aspects in terms of vertical commercial relationships currently being challenged by the courts and competition authorities.*

Sumário 1. Introdução. 2. Restrições Verticais no Âmbito do Comércio *Online* – Enquadramento Jurídico e Económico. 3. Restrições Verticais da Concorrência no Âmbito do Comércio *Online* – Prática Decisória e Jurisprudência Relevante no Plano da UE e no Plano dos Estados-membros. 3.1. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano da UE. 3.2. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano dos Estados-membros 4. Apreciação Crítica – Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o comércio eletrónico, *i.e.*, as transações comerciais concretizadas através da Internet (a que nos referiremos também como comércio *online* ou *e-commerce*), em especial o comércio eletrónico entre empresas comerciais e consumidores – "*business to consumer*" – registou, na Europa, um crescimento anual de dois dígitos, sendo que as projeções disponíveis para o

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Associada Coordenadora na Uría Menéndez – Proença de Carvalho e Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / LL.M em *European Legal Studies* pelo Colégio da Europa (Bruges, Bélgica); Associada na Uría Menéndez – Proença de Carvalho / Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O entendimento incluído neste artigo corresponde à visão pessoal dos autores.

RConcorrencia_Regulacao_37.indd 19 18/03/2019 12:38

ano de 2018 duplicam o valor global deste tipo de transações registado há cinco anos[1].

Na verdade, para além da omnipresença quotidiana deste tipo de transações, as recentes notícias das dificuldades de gigantes do retalho, ainda alicerçados numa presença física, casos da *Macy's*, da *Claire's* ou da *Toys R' Us*, conjugadas com a subida de 70% no valor das ações da Amazon no último ano, são elucidativas da emergência de um novo paradigma em termos de estabelecimento de relações comerciais e de posicionamento da oferta no mercado[2].

Este novo paradigma tem suscitado uma miríade de questões, com um escopo muito abrangente, desde questões sociológicas, tendo em conta a aparente propensão dos consumidores para o entrincheiramento doméstico, a outras, mais jurídicas, relacionadas, por exemplo, com a proteção de dados pessoais e, no que para este particular releva, com as implicações do desenvolvimento do comércio eletrónico no quadro da aplicação do direito da concorrência[3].

Apesar de, em nosso entender, o ponto de partida, de um ponto de vista económico, dever corresponder ao reconhecimento do impacto pró-concorrencial do comércio *online* – na medida em que os consumidores têm acesso a um conjunto significativo de informação, a mecanismos de comparação de preços e a mercados geográficos alargados, sendo que a oferta beneficia, por seu turno, de custos operacionais mais reduzidos e de uma ligação privilegiada a uma procura que é, no limite, mundial – importará, também, considerar o eventual contributo do desenvolvimento do comércio eletrónico no sentido de gerar e potenciar restrições da concorrência, quer em sede de controlo de concentrações, de abuso de posição dominante e, no que para este particular releva, de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência[4].

---

1 *Vide* as estatísticas disponíveis em https://ecommercenews.eu/ecommerce-in-europe-was-worth-e-534-billion-in-2017/ (consultado em 30 de dezembro de 2018)

2 Para uma compilação de notícias relevantes quanto a estas tendências, por favor vide: https://www.cbinsights.com/research/retail-apocalypse-timeline-infographic/ / https://www.businessinsider.es/retail-bankruptcies-list-this-year-2018-4?r=US&IR=T# / https://www.cnbc.com/2018/02/22/dont-expect-a-global-takeover-story-from-amazon-economist-says.html (consultados em 30 de dezembro de 2018)

3 Para mais desenvolvimentos em sentido global Kilpatrick, Kobel e Këllezi, 2018.

4 Para uma visão global desta problemática, vide a documentação relativa à recente mesa redonda da OCDE sobre *e-commerce*, intitulada "*Implications of e-commerce for Competition Policy*", disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

RConcorrencia_Regulacao_37.indd 20 18/03/2019 12:38

No que diz respeito a este último aspeto, merecem particular destaque as questões relativas às relações comerciais verticais, *i.e.*, estabelecidas entre empresas em diferentes estádios da cadeia de produção/distribuição, que constituirão o epicentro deste trabalho, e que compreendem matérias como a distribuição seletiva e a exclusividade territorial, num ambiente de complexidade acrescida, potenciada pela existência de modelos de negócio que incluem a disponibilização, de forma direta ou indireta, dos produtos/serviços exclusivamente através da Internet, bem como a disponibilização dos pertinentes produtos e serviços através de estabelecimentos com presença física e presença *online*, com base em formatos idênticos ou adotando formatos distintos em relação aos formatos com expressão física.

As potenciais restrições verticais da concorrência relacionadas com o desenvolvimento e implementação de modelos de comércio *online* têm merecido a atenção da Comissão Europeia ("CE") – que levou a cabo, inclusivamente, um inquérito setorial relativo esta matéria, tendo subsequentemente adotado um conjunto muito relevante (e relativamente recente) de decisões e investigações neste âmbito – dos tribunais da União Europeia ("UE"), bem como das autoridades de concorrência e dos tribunais nacionais.

Estes desenvolvimentos, em termos de prática decisória e jurisprudência, suscitaram alguma surpresa, em particular no plano da UE, tendo em conta a escassez de decisões sancionatórias de natureza vertical nos últimos anos, período em que as atenções da CE se afiguravam totalmente centradas na deteção e sanção de cartéis, parecendo acompanhar, em alguma medida, as críticas da doutrina económica à investigação e sanção de condutas deste tipo[5].

Este trabalho começará por apresentar, brevemente, o enquadramento económico e normativo aplicável às restrições verticais nesta sede, fazendo ainda uma panorâmica global do estado da arte, em termos de prática decisória e jurisprudência da UE e no plano dos EMs, concluindo com apreciação crítica das atuais linhas de análise jusconcorrencial nesta matéria.

5 O Relatório Anual da CE relativo ao ano de 2017 refere expressamente que "[i]*n 2017, the Commission continued to give priority to cartel enforcement*" (cf. p. 19), o mesmo sucedendo, aliás, com as Prioridades da Política de Concorrência para o ano de 2018, em que a AdC refere que "*continuará a reforçar a sua atuação na deteção e investigação de práticas anticoncorrenciais, nomeadamente cartéis, de modo a incentivar o cumprimento da Lei da Concorrência*".

2. RESTRIÇÕES VERTICAIS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO *ONLINE* – ENQUADRAMENTO JURÍDICO E ECONÓMICO

As restrições verticais a que aqui nos referiremos correspondem a acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, operando em níveis diferentes da cadeia de produção ou de distribuição, e que, tipicamente, dizem respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.

Estão aqui em causa, habitualmente, limitações relativas às características dos operadores económicos, ao escopo material e geográfico de atuação destes e às condições em que as transações terão lugar, com possível impacto nas condições em que a concorrência opera, potencialmente em infração da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, prevista no Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE ("TFUE") e no Artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio ("Lei da Concorrência").

Todavia, a literatura económica relativa às relações entre operadores no plano vertical tem sustentado que é, desde logo, improvável que as restrições verticais tenham um impacto negativo na eficiência económica, quando não existe poder de mercado[6]. Neste contexto, de relações comerciais entre operadores que não são concorrentes, a potencial redução da concorrência intra e intermarca e a potencial exclusão de outros fornecedores ou de outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada no mercado, tendo em conta a estrutura deste, é ponderada em face dos efeitos positivos que essas limitações podem ter na criação de economias de escala, na otimização das cadeias de distribuição, na qualidade dos serviços e na inovação[7].

Com efeito, esta ponderação dos prós e contras das restrições verticais, em termos de impacto na concorrência, perpassa, em grande medida, o *soft law* da CE relativamente a esta matéria, em particular as *Orientações relativas às Restrições Verticais*, de 19 de maio de 2010 ("Orientações Verticais")[8], estando ainda subjacente à isenção por categoria aplicável a esta temática em virtude do *Regulamento (UE) n.º 330/2010, da CE, de 20 de abril de 2010, relativo à*

6 *Vide* Verouden, 2008 e Vaz Freire, 2008 e 2011.

7 Para uma visão particularmente crítica, *vide* Van den Bergh, 2016.

8 O texto destas orientações está disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=PT

aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas ("Regulamento n.º 330/2010")[9].

As Orientações Verticais, apesar de terem sido publicadas em 2010, reconhecem, ainda que de uma forma embrionária, a relevância crescente do comércio eletrónico, apontando a restritividade de algumas cláusulas suscetíveis de limitar a utilização do canal *online*, por comparação com as plataformas físicas, como veremos, mais detidamente, *infra*[10].

Como constataremos no decurso deste trabalho, esta matéria foi também objeto de reenvios prejudiciais analisados pelo TJUE e, no plano dos Estados-membros, existia igualmente algum *track record* assinalável, em Estados-membros como a Alemanha e o Reino Unido, em termos de *enforcement* relativo a eventuais restrições verticais da concorrência no plano digital.

Todavia, no plano da UE, o ponto de viragem nesta matéria correspondeu, no nosso entender, à atuação da CE, no âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa. Em maio de 2015, a CE lançou um inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de bens de consumo e de conteúdos digitais na UE, cujo Relatório Final foi publicado em 2017 ("Relatório Final")[11].

O Relatório Final recolheu dados que atestam que a importância crescente dos canais de comercialização *online* varia significativamente em função da dimensão dos retalhistas, dos Estados-membros e das categorias de produtos em causa. Em particular, a Secção III deste relatório assinala as principais preocupações jusconcorrenciais identificadas pela CE, tanto no que diz respeito a bens de consumo, como a conteúdos digitais.

Estas potenciais preocupações jusconcorrenciais, tal como identificadas pela CE, correspondem, essencialmente, à limitação, por parte dos fornecedores, da distribuição de produtos e serviços através de plataformas *online* próprias e de terceiros, à intervenção no plano dos preços, através de mecanismos

9 O texto do regulamento está disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=ES. Este regulamento, cuja vigência termina em 2022, está atualmente a ser reavaliado pela CE, estando em curso o período de apresentação de observações no âmbito da consulta pública. Para mais desenvolvimentos vide https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_en (consultado em 30 de dezembro de 2018).

10 Cfr, resulta do parágrafo 188. São várias as referências que, nas Orientações Verticais, nos remetem para mercados eletrónicos, em particular, os parágrafos 52, 53, 54, 56, 64, 178 e 179.

11 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa", COM (2015) 192 final. O inquérito foi lançado nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. O Relatório Final está disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_pt.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

RConcorrencia_Regulacao_37.indd 23 18/03/2019 12:38

de monitorização de preços e cláusulas de paridade, bem como à imposição de restrições geográficas à disponibilização dos produtos e serviços no plano da UE, incluindo limitações relativas a conteúdos digitais.

As conclusões do Relatório Final suscitaram um conjunto de investigações no plano da UE, a que nos referiremos mais detidamente no capítulo seguinte, tendo ainda desencadeado, de forma imediata, a revisão das práticas de comércio *online* de um conjunto alargado de empresas, desde logo no setor têxtil (*Mango*, *Oysho*, *Pull & Bear*, *Dorothy Perkins*, *Topman*), da comercialização de máquinas de café (*De Longhi*) e de equipamento fotográfico (*Manfrotto*)[12].

Ademais, importa considerar, neste plano, que a referida investigação setorial, bem como os diversos casos e decisões já terminados e em curso, terão um papel fundamental na atualização e renovação do Regulamento n.º 330/2010, cujo período de vigência termina em maio de 2022, e, consequentemente, das Orientações Verticais[13].

O impulso conferido pela CE, em virtude da aplicação de sanções a restrições verticais, depois de vários anos de ausência de intervenção nessa sede, reforçou e validou os esforços das autoridades nacionais, a que também nos referiremos, e que, nos últimos anos, tinham sido as protagonistas da aplicação das disposições de concorrência no caso de restrições deste tipo no plano digital, recorrendo, em muitos casos, a mecanismos negociais e de arquivamento que faziam cessar a alegada infração, sem aplicação de sanções às entidades visadas, limitando também, consequentemente, a discussão jurídica destas questões em sede judicial[14].

Em face do *supra* exposto, façamos, então, um breve périplo pelo "estado da arte" no que concerne a apreciação jusconcorrencial de restrições verticais da concorrência no contexto do comércio eletrónico, no plano da UE e no plano dos Estados-membros, utilizando as categorias de restrições mais relevantes incluídas no Relatório Final, a que já nos referimos *supra*: potenciais limitações de acesso a determinadas plataformas, limitações com impacto nos preços e limitações de índole geográfica.

---

12 *Vide* Comunicado de Imprensa da CE, de 10.05.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1261_pt.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

13 Cfr. Cleary Gottlieb (2017), *European Commission Publishes Final Report in E-Commerce Sector Inquiry*, disponível em https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/european-commission-publishes-final-report-in-e-commerce-sector-inquiry-5-24-17.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

14 Importa notar que, antes do ressurgimento destas questões, e com exceção de algumas decisões das autoridades francesas e alemãs, as restrições verticais não suscitavam particular atenção também no plano dos Estados-membros.

3. RESTRIÇÕES VERTICAIS DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO COMÉRCIO *ONLINE* – PRÁTICA DECISÓRIA E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE NO PLANO DA UE E NO PLANO DOS ESTADOS-MEMBROS

Neste ponto, daremos conta, conforme referido anteriormente, dos casos mais significativos, do nosso ponto de vista, que envolvem restrições verticais no plano do comércio *online*, sistematizados de acordo com o objeto principal do litígio, tendo em conta a informação pública a que tivemos acesso e o domínio linguístico dos autores, que não abrange, naturalmente, as línguas oficiais de todos os Estados-membros.

3.1. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano da UE

Comecemos, então, pelos principais desenvolvimentos no plano da UE, cujo renovado interesse por estas matérias de índole vertical é, como vimos, bastante significativo do ponto de vista das tendências de aplicação do direito da concorrência.

a) Limitação da Distribuição de Produtos e Serviços através de Plataformas Online – Distribuição Seletiva, Plataformas Próprias e Plataformas de Terceiros

Como resulta do Relatório Final a que fizemos referência supra, a implementação de critérios de distribuição seletiva a distribuidores *online* tem sido uma das áreas de maior relevo na apreciação de restrições verticais no contexto do comércio eletrónico.

No âmbito de um sistema de distribuição seletiva, os produtos apenas podem ser comercializados por distribuidores autorizados pelo fornecedor, o que se pode traduzir, por um lado, eventualmente, numa menor amplitude da oferta em termos quantitativos, e, por outro, em certas circunstâncias, na promoção do nível de diferenciação e de qualidade de serviço, em especial se estiver em causa a aplicação de critérios objetivos de seleção, exigidos pela natureza do produto, como a necessidade de formação do pessoal de vendas ou os serviços fornecidos no ponto de venda, sem que seja imposto um limite em termos de número de distribuidores autorizados (a designada distribuição seletiva qualitativa)[15].

15 Nesse sentido, a distribuição seletiva qualitativa não será abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, na medida em que a natureza do produto em causa exija um sistema de distribuição seletiva, com base em critérios objetivos de natureza qualitativa, aplicados de forma proporcional e não discriminatória, como reconhece a jurisprudência do TJUE, consagrada, expressamente, nas Orientações Verticais. Por seu turno, a distribuição seletiva quantitativa será suscetível de preencher os requisitos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE,

Em qualquer caso, o já referido Regulamento n.º 330/2010, refletindo a ambivalência do enquadramento económico a que já fizemos referência, prevê a aplicabilidade da isenção por categoria aos acordos de distribuição seletiva (incluindo a distribuição quantitativa) em que as quotas de mercado do fornecedor e do distribuidor sejam inferiores a 30%, desde que o acordo em causa não inclua nenhuma das restrições excluídas do âmbito desta isenção pelo artigo 4.º do Regulamento.

O comércio eletrónico introduziu um elemento adicional de complexidade no regime que aqui descrevemos, quanto ao recurso a canais de distribuição seletiva, uma vez que os critérios de seleção impostos aos distribuidores num sistema de distribuição seletiva podem, potencialmente, tornar impraticáveis, veremos se de forma legítima, a oferta de determinados produtos em plataformas de comércio eletrónico.

Como resulta do Relatório Final, podem existir casos de restrição da utilização efetiva da Internet como canal de vendas ou, mais frequentemente, casos em que a proibição se prende com a exigência de uma loja física, a necessidade de utilização de lojas *online* próprias ou com a limitação de utilização de plataformas de terceiros, incluindo *marketplaces* e *sites* de comparação de preços.

Quanto a esta matéria, as Orientações Verticais apontam o risco jusconcorrencial da fixação pelo fornecedor de uma percentagem das vendas globais dos distribuidores a serem realizadas através da Internet, risco esse que será aparentemente mitigado se o fornecedor exigir que o comprador comercialize uma determinada quantidade absoluta (em termos de valor ou de volume) de produtos *offline*, a fim de garantir o funcionamento eficiente dos pontos de venda físicos e de acautelar situações de *free riding*. Neste sentido, em especial no plano da distribuição seletiva, as Orientações Verticais referem que, em alguns casos, tendo em conta as características do produto, poderá não ser, em princípio, anticoncorrencial, exigir que os distribuidores *online* disponham de um ou mais estabelecimentos físicos para se tornarem membros da rede de distribuição do fornecedor[16].

Por fim, segundo as Orientações Verticais, um fornecedor poderá, em certas circunstâncias, ao abrigo da isenção, impor limitações à utilização de

---

uma vez que inclui uma limitação direta do número de distribuidores parte da rede, uma vez que são exigidos certos limiares de vendas ou de pontos de venda. *Vide* Acórdão – 26/76, *Metro I*, parágrafos 20 e 21 e Orientações Verticais, parágrafos 174 e ss.

16 Parágrafo 54.

plataformas de terceiros para distribuir os produtos contratuais em conformidade com as normas e condições acordadas com os distribuidores relativamente à utilização da Internet por parte destes, em termos que, como veremos, poderão já não ser totalmente compatíveis com a prática decisória e a jurisprudência subsequentes e cuja justificação passava pela potencial confundibilidade entre a imagem do produto em causa e a imagem da plataforma, uma questão que poderia, eventualmente, ser mais relevante à época do que na atualidade, em que o conceito de *marketplace* ou até de sites de comparação de preços está mais popularizado e a distinção entre o oferente e a plataforma é agora mais clara[17].

Os casos de limitação da utilização de *plataformas online*, de forma absoluta ou relativa, em particular em sede de distribuição seletiva *online*, têm-se colocado, no plano da UE, essencialmente junto do TJUE, em virtude do mecanismo do reenvio prejudicial, que permite aos tribunais nacionais solicitarem *input* interpretativo aos tribunais da UE relativamente a questões de direito da UE[18].

Em 2011, num dos casos recentes mais debatidos da jurisprudência da UE, o TJUE foi chamado a apreciar, em sede de reenvio prejudicial, a compatibilidade com as normas de concorrência do TFUE da proibição total de vendas *online* imposta pela *Pierre Fabre*, uma sociedade ativa na comercialização de produtos cosméticos e de higiene pessoal, aos distribuidores que faziam parte do seu sistema de distribuição seletiva[19].

De forma a justificar a limitação da utilização, por parte dos seus distribuidores, dos canais de distribuição *online*, a *Pierre Fabre* argumentava, por um lado, a necessidade de os consumidores dos produtos em causa terem acesso a um conselho personalizado no momento da compra, de forma a evitar uma utilização incorreta dos produtos, bem como a necessidade de manter

17 *Idem*.

18 Nos termos do Artigo 267.º que dispõe que "*O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível*".

19 Acordão do TJUE no caso C – 439/09 – *Pierre-Fabre Dermo-Cosmétique c. Président de l'Autorité de la concurence and Ministre de l'Économie, de l'Índustrie et de l'Emploi*, de 13.10.2011.

a imagem de prestígio da marca, que poderia ser posta em causa, segundo este fornecedor, pela comercialização dos produtos através de plataformas de comércio *online*.

Sucintamente, no que para este particular releva, o TJUE entendeu que a proibição de venda pela Internet dos produtos em causa, por parte da *Pierre Fabre*, constituía uma restrição de concorrência por objetivo, uma vez que restringia a escolha dos consumidores que pretendiam adquirir estes produtos no canal *online* e impedia o acesso a estes por parte dos compradores finais que não estavam próximos da zona de venda física do distribuidor autorizado, utilizando um critério de restrição por objetivo, cuja adequação e clareza, em termos de critério adotado, nos dispensamos de analisar, de forma crítica, neste ponto.

O que se afigura claro, não obstante, é a recusa por parte do TJUE dos argumentos da *Pierre Fabre* relativos à necessidade de aconselhamento personalizado ao cliente de forma a assegurar a sua proteção contra uma utilização incorreta dos produtos, uma vez que se entendeu que este acompanhamento não seria necessário no caso dos produtos em causa, que não estavam sujeitos a prescrição médica[20].

Ademais, o TJUE entendeu ainda, talvez de forma excessivamente ampla, que o objetivo de preservar a imagem de prestígio de determinados produtos não pode justificar, por si só, que uma cláusula contratual que prossiga tal objetivo não seja abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE[21].

Em termos da aplicação do balanço económico positivo, o TJUE limita-se a referir que não dispõe de elementos suficientes para apreciar se o contrato de distribuição seletiva da "*Pierre Fabre preenche os requisitos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, não podendo, por isso, fornecer indicações suplementares ao órgão jurisdicional de reenvio*"[22].

Subsequentemente, e uma vez mais no âmbito de um reenvio prejudicial, o TJUE foi chamado, no acórdão *Coty*, a apreciar um litígio tendo por objeto a limitação das vendas *online* no âmbito do sistema de distribuição seletiva desta empresa, na Alemanha[23].

Este caso, em termos fácticos, apresenta especificidades em relação ao enquadramento do acórdão *Pierre Fabre*, desde logo porque não corresponde

20 Parágrafo 44

21 Parágrafos 47 e 48.

22 Parágrafo 50.

23 Acórdão do TJUE de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

a uma proibição total de utilização do canal de distribuição *online*, mas a uma mera proibição, por parte da *Coty Alemanha*, de que os seus produtos, essencialmente cosméticos, fossem comercializados através de plataformas *online* de terceiros que não o próprio distribuidor autorizado, comummente designadas por "*marketplaces*".

É interessante notar que o tribunal alemão de primeira instância, ao qual a *Coty* tinha solicitado que proibisse os distribuidores de comercializar os seus produtos na *amazon.de*, invocou o acórdão *Pierre Fabre* para recusar o referido pedido, uma vez que considerava que este infringia a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, não se justificando a referida limitação para tutela da imagem das marcas em causa.

Em sede de novo recurso, o tribunal de Frankfurt decidiu colocar esta questão ao TJUE, que se viu na necessidade de mitigar, como frequentemente sucede na jurisprudência da UE, as afirmações excessivamente latas incluídas em acórdãos anteriores, sob uma aparente capa de continuidade e coerência[24].

Deste modo, o TJUE esclareceu que a conclusão de que a manutenção do prestígio da marca não era um objetivo legítimo no contexto da aplicação do Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE era válida no contexto fáctico do caso *Pierre Fabre*, em que estava em causa a proibição absoluta de comercialização através da Internet de produtos que não eram de luxo, mas correspondiam, no entender do Tribunal, a meros produtos de higiene[25].

---

24 Capa esta que dificulta a interpretação da jurisprudência da UE e a transforma numa espécie de "jurisprudência da dúvida", cfr. Tridimas, 2012.

25 Parágrafos 30 a 35, em particular "*(…) 33. A afirmação que figura no n.º 46 do acórdão de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), inscreve-se no âmbito das considerações efetuadas pelo Tribunal de Justiça para fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio em causa nesse processo os elementos de interpretação necessários para lhe permitir pronunciar-se sobre a questão de saber se a restrição da concorrência que resultava dessa cláusula contratual se justificava por um objetivo legítimo e prosseguia de maneira proporcional esse objetivo. 34. Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que a necessidade de preservar a imagem de prestígio dos produtos cosméticos e de higiene corporal em causa não constituía uma exigência legítima para justificar uma proibição absoluta de venda desses produtos na Internet. A apreciação que figura no n.º 46 desse acórdão só dizia, assim, respeito aos produtos em causa no processo que deu origem ao referido acórdão e à cláusula contratual em causa nesse processo. 35. No entanto, não se pode deduzir do acórdão de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), que o seu n.º 46 visava estabelecer uma declaração de princípio segundo a qual a proteção da imagem de luxo já não podia justificar uma restrição à concorrência, como a que resulta da existência de uma rede de distribuição seletiva, relativamente a todos os produtos, designadamente aos produtos de luxo, e alterar assim a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, conforme recordada nos n.os 25 a 27 do presente acórdão. (…)*".

Com base nesta distinção fáctica, acabou por reconhecer que os produtos das marcas representadas pela *Coty* tinham associada uma imagem de luxo, cuja preservação poderia ser garantida pela cláusula que restringia a comercialização em plataformas *online* de terceiros, desde que não excedesse o necessário para a prossecução deste objetivo, situação em que, aparentemente, esta limitação seria compatível com o Artigo 101.º, n.º 1 do TFEU[26].

O TJUE considerou, também, que a limitação em causa não correspondia a uma restrição de vendas passivas com o sentido que lhe é atribuído pelo Artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010, já referido, tendo em conta que não se afigura ser possível delimitar, no grupo dos compradores *online*, os clientes das plataformas terceiras[27].

Deste modo, o acórdão *Coty* clarifica que os sistemas de distribuição seletiva para bens de luxo e cláusulas que restringem a distribuição através de plataformas de terceiros podem ser compatíveis com o direito da concorrência, sem que se explique os contornos precisos desta categoria ou desta compatibilidade, contrariando as sugestões do Advogado-geral Wahl, que propunha um critério mais amplo baseado na qualidade ou tecnicidade dos produtos em causa[28].

Ademais, apesar de o TJUE não ter sido, uma vez mais, explícito neste ponto, importa considerar a possibilidade de aplicação de cláusulas deste tipo a produtos "não de luxo" – ainda que complexos do ponto de vista técnico – em virtude da isenção do Regulamento n.º 330/2010, se as partes dispuserem de quotas de mercado inferiores a 30%, como parecem sugerir as Orientações Verticais, ao contrário do que sucederá em situações em que exista poder de mercado[29].

---

26 Parágrafos 37 a 58, em particular "*(…) Atendendo às considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma cláusula contratual, como a que está em causa no processo principal, que proíbe os distribuidores autorizados de um sistema de distribuição seletiva de produtos de luxo que visa, a título principal, preservar a imagem de luxo destes produtos de recorrerem de maneira visível a plataformas terceiras para a venda na Internet dos produtos contratuais, 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. (…)*".

27 Parágrafos 62 a 69.

28 Conclusões do Advogado-geral Wahl, no Processo C-230/16, apresentadas em 26 de julho de 2017, parágrafos 66 e ss.

29 Botteman & Barrio, 2017 e Espregueira Mendes, Prieto & Cardoso, 2018.

RConcorrencia_Regulacao_37.indd 30 18/03/2019 12:38

A compatibilização dos princípios proclamados por estes acórdãos entre si, com o *soft law* da CE e com a atuação dos Estados-membros, permanece um dos desafios essenciais da análise jusconcorrencial no plano do *e-commerce*[30].

b) Intervenção no Plano dos Preços no Âmbito do Comércio Online – Manutenção de Preços de Venda e Cláusulas de Paridade

No plano do comércio *online* ressurgiram, igualmente, as preocupações das autoridades com a intervenção dos fornecedores nos preços praticados pelos distribuidores, em particular no que diz respeito a fixação, de forma direta ou indireta, de preços mínimos, preços fixos e descontos. Na verdade, de acordo com o referido Relatório Final da CE, as condutas relativas aos preços ter-se-ão revelado como as restrições mais generalizadas no âmbito do comércio eletrónico, sendo, paradoxal e provavelmente, as mais facilmente detetáveis tendo em conta o acréscimo, legítimo ou ilegítimo, de transparência propiciado pelo ambiente digital.

No substrato económico para a legitimidade de restrições deste tipo militam o afastamento de situações de efeito de boleia por parte de distribuidores que não investem na divulgação dos produtos ou o adequado posicionamento de mercado dos produtos em causa, que fundamentam um conjunto importante de exceções, reconhecidas, em alguma medida, pelo *soft law* da CE[31]. Essas justificações têm, em muitos casos, pese embora a diminuição do *enforcement* relativo a restrições verticais, sobretudo na Europa, sido consideradas insuficientes, veremos se acertadamente, pela CE e pelas autoridades de concorrência para ultrapassar os riscos em termos de erosão da concorrência no plano dos preços, especialmente entre distribuidores do mesmo produto (concorrência intramarcas), apresentando ainda riscos no sentido de facilitar a colusão entre distribuidores ou fornecedores, bem como no sentido de provocar o encerramento do mercado tendo em conta o alegado potencial dissuasor de novas entradas[32].

30 Para mais desenvolvimentos, *vide* Winter, 2018: p. 183–187, Waelbroeck & Davies, 2018: 431–442

31 Orientações Verticais, parágrafo 225. Para uma apreciação abrangente desta temática, *vide* Jedlicková, 2016.

32 Neste sentido, *vide* as Orientações Verticais, parágrafos 223 a 229.A última decisão da AdC relativa a esta matéria corresponde ao caso PRC/2014/03 – Dia Portugal Supermercados, embora a investigação tenha sido encerrada mediante a apresentação de compromissos, sem que tenham sido aplicadas sanções. Para mais desenvolvimentos, vide a informação disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201403.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018). Posteriormente, nos termos do Comunicado 10/2018, a AdC adotou uma Nota de Ilicitude (Comunicação de Acusações) contra a empresa de bebidas Super Bock por fixar preços mínimos de revenda dos seus produtos em hotéis, restau-

No que concerne a intervenção dos fornecedores no plano da mera recomendação de preços ou de preços máximos, aplicar-se-á, à partida, em qualquer caso, a isenção concedida pelo Regulamento n.º 330/2010, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar o limiar de 30 %, desde que tal preço não seja equivalente a um preço de venda mínimo, ou fixo, resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes.

Sem prejuízo do que já ficou dito e que é naturalmente aplicável à distribuição *online*, a questão dos preços apresenta, do ponto de vista do comércio *online*, duas nuances relevantes que, em nosso entender, importará considerar.

Em primeiro lugar, podem existir situações em que os fornecedores pretendem adotar uma fixação dual dos preços para os distribuidores *online* e para os distribuidores físicos, tendo em conta, por exemplo, os investimentos feitos por distribuidores *offline* ou a existência de serviços *online* e *offline* por parte destes.

As Orientações Verticais chamam a atenção para a restritividade jusconcorrencial de condutas deste tipo, *i.e.*, da discriminação de preços entre produtos comercializados por distribuidores físicos ou através de plataformas *online*, tendo em conta o risco de desencorajar esta última oferta, sem que tal impeça, naturalmente, que o fornecedor acorde com o distribuidor um encargo fixo para apoiar as atividades de distribuição *online* ou *offline* deste[33].

Além disso, a CE não afasta a possibilidade de aplicação, aos acordos de dupla fixação de preços, o artigo 101.º, n.º 3, do TFUE numa base individual, por exemplo, nos casos em que um acordo de dupla fixação de preços seja indispensável para fazer face ao já referido parasitismo.

Em segundo lugar, e especialmente, a intervenção dos fornecedores no plano dos preços, tendo em conta a transparência das plataformas *online,* proporciona o acompanhamento permanente dos preços de revenda, tanto pelos fornecedores, como pelos outros distribuidores, reforçando as preocupações quanto ao risco de colusão e as dificuldades em enquadrar a atuação automática de algoritmos nos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência.

---

rantes e cafés, em prejuízo dos consumidores. Comunicado disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201810.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

33 Parágrafo 52.

As primeiras intervenções da CE neste âmbito remontam ao caso *ebooks*, visando a *Apple* e um conjunto de editores de livros em formato eletrónico, que foi encerrado, pela CE, com compromissos[34]. Analisado nos termos da configuração normativa que a CE lhe conferiu, estávamos perante medidas de paridade de preços, através da inclusão de cláusulas de nação mais favorecida ("MFN") nos contratos da *Apple*. Todavia, provavelmente, neste caso, a CE escudou-se numa intervenção vertical no plano dos preços para evitar empreender uma apreciação verdadeira de um cartel *hub and spoke*, à semelhança do que teve lugar no caso paralelo investigado e sancionado nos EUA[35].

Subsequentemente, tendo já em conta as conclusões do Relatório Final, a CE iniciou um conjunto de investigações relativas a práticas restritivas verticais no contexto do comércio eletrónico, em particular no que concerne a determinação dos preços de equipamentos como eletrodomésticos, computadores portáteis ou produtos de alta fidelidade ("*hi-fi products*"), conduzindo à imposição de coimas no montante total de € 111 milhões[36].

Em primeiro lugar, a investigação da CE que visava a *Asus* revelou a alegada tentativa, por parte deste fornecedor, de acompanhar os preços praticados pelos respetivos retalhistas ativos no canal *online*, utilizando, para o efeito, segundo a investigação da CE, *websites* de comparação de preços e, no caso de algumas categorias de produtos, instrumentos de *software* próprio, de forma a identificar os retalhistas que vendiam produtos *Asus* abaixo do nível de preço desejado pelo fornecedor, que, regra geral, era igual ao preço de revenda recomendado[37].

Para além desta constante monitorização, a investigação revelou que os retalhistas que não respeitavam o nível de preços visado pelo fornecedor *Asus* eram, habitualmente, contactados por colaboradores desta empresa que exerciam pressão no sentido de os levar a aumentarem os preços. Em face do enquadramento fáctico supra descrito, a CE acabou por impor uma coima de € 63.522.000 à *Asus* por infração do Artigo 101.º do TFUE.

---

34 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 13.12.2012, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

35 Uma situação deste tipo foi também investigada pela CE no caso *ebooks* da Amazon, mas agora no âmbito de um alegado abuso de posição dominante

36 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 24.07.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

37 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40465 – Asus (restrições verticais).

Por seu turno, na investigação que visava a empresa de produtos eletrónicos *Denon & Marantz*, a CE concluiu que esta empresa prosseguiu uma estratégia orientada para alcançar e manter a estabilidade dos preços de revenda dos seus distribuidores *online*, exercendo, frequentemente, pressão comercial sobre os retalhistas que aplicavam preços baixos e, em alguns casos, segundo a investigação da CE, adotando medidas de retaliação como a cessação do fornecimento e o bloqueio temporário de contas, motivo pelo qual a *Denon & Marantz* foi destinatária de uma coima de € 7.719.000[38].

Também no processo contra a *Philips,* a investigação da CE revelou que os trabalhadores e os quadros superiores do departamento *Consumer Lifestyle da Philips*, em França, controlavam e monitorizavam regularmente os preços de revenda dos distribuidores retalhistas, incluindo os distribuidores *online* desta empresa, pressionando-os para a adoção de preços mais elevados, sendo que este enquadramento fáctico se traduziu na imposição, por parte da CE, de uma coima de € 29.828.000 à *Philips*[39].

Por fim, no processo contra a *Pioneer,* a investigação da CE revelou que a empresa terá desenvolvido e implementado uma estratégia pan-europeia para incentivar, coordenar e facilitar o estreito acompanhamento dos preços de revenda dos produtos da sua *Home Division* em 12 países do Espaço Económico Europeu ("EEE"), exercendo pressão sobre os retalhistas que praticavam preços mais baixos e aplicando, em alguns casos, medidas de retaliação contra os retalhistas infratores, tendo ainda adotado medidas de *geoblocking* a que nos referiremos no ponto seguinte, tendo-lhe sido aplicada, por esse motivo, uma coima de € 10.173.000[40].

Estas decisões marcam a primeira vez que a CE impôs coimas por manutenção de preços de revenda, sensivelmente, nos últimos 15 anos e resultaram de investigações particularmente rápidas (cerca de um ano), se tivermos em conta o standard investigatório da CE. Estes são também os primeiros casos em que CE considerou, de forma mais detida, o papel dos algoritmos de monitorização da oferta *online* de outros operadores, sendo ainda, em nosso entender, dignas de nota as reduções substanciais das coimas concedidas aos visados, por terem disponibilizado prova e reconhecido a responsabilidade na infração, ainda que fora do quadro do regime da clemência que, no plano da CE, não é aplicável a restrições verticais.

38 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40469 – Denon & Marantz (restrições verticais).

39 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40181 – Philips (restrições verticais).

40 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais).

c) Restrições Geográficas – Geoblocking

Por fim, importa também mencionar que surgem tipicamente incluídas em acordos verticais cláusulas de exclusividade territorial, mediante as quais o fornecedor disponibiliza os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda num determinado território. Este distribuidor tem, por norma, limitações em termos de vendas ativas em territórios que não lhe estão alocados, apesar de, como vimos, não se poderem limitar as vendas passivas nos termos do Regulamento n.º 330/2010[41].

Os eventuais riscos, em termos de concorrência, das cláusulas de exclusividade territorial são, principalmente, a redução da concorrência intramarcas e o risco de repartição do mercado, sendo que, em virtude da distribuição exclusiva, podem também obter-se ganhos de eficiência, especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores, a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca, obtendo-se ainda poupanças de custos logísticos, devido a economias de escala no transporte e na distribuição[42].

No contexto do comércio *online*, as Orientações Verticais consideram ilegais as restrições às vendas passivas desencadeadas pela procura no sentido de alargar o leque da oferta disponível. Será, por isso, em princípio, restritivo um acordo no sentido de o distribuidor (exclusivo) impedir que os clientes localizados noutro território (exclusivo) visualizem o seu sítio *web* ou que obriguem esse distribuidor a prever um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios *web* nacionais[43].

Em sentido inverso, segundo as Orientações Verticais, as ações realizadas especificamente num determinado território ou destinadas a um determinado grupo de clientes constituem uma venda ativa nesse território ou a esse grupo de clientes. Por exemplo, pagar a um motor de pesquisa ou a um fornecedor de publicidade *online* para divulgar publicidade especificamente junto de utilizadores de um território específico constitui, segundo esta linha de raciocínio, uma venda ativa nesse território[44].

Sem prejuízo do enquadramento normativo e do *soft law* vigente, o Relatório Final chamou a atenção para a circunstância de parte significativa dos

41 I.e., vendas desencadeadas pelo distribuidor num território exclusivo reservado ao fornecedor ou atribuído pelo fornecedor a outro distribuidor, por contraposição às vendas passivas que resultam exclusivamente de solicitações de clientes noutros territórios.

42 Nesse sentido, as Orientações Verticais, parágrafos 151 a 167. Para mais desenvolvimentos, *vide* Jedlicková, 2016.

43 Parágrafo 52.

44 Parágrafo 53.

retalhistas ativos em matéria de comércio eletrónico, no mercado europeu, não efetuar vendas transfronteiriças, mas também revelou que uma parte significativa dos mesmos recolhe informações sobre a localização do cliente, a fim de implementar medidas de bloqueio geográfico ("*geoblocking*")[45].

Ainda que o Relatório Final tenha concluído que a segmentação dos mercados eletrónicos nacionais pode resultar de barreiras legais, diferenças linguísticas e custos de transporte e distribuição acrescidos, bem como uma preferência por parte dos consumidores em efetuar compras eletrónicas no seu mercado nacional, foram também identificadas alegadas barreiras anticoncorrenciais resultantes de condutas, por parte dos agentes económicos, no sentido de limitar o comércio transfronteiriço.

Na verdade, foram identificados casos em que não seria alegadamente possível aos consumidores fazerem compras transfronteiriças *online*, dado que os retalhistas se recusam a vender a clientes no estrangeiro, bloqueando o acesso a sítios *web*, reencaminhando os clientes para os sítios *web* de outros Estados-membros ou simplesmente recusando-se a fazer entregas transfronteiriças ou a aceitar pagamentos internacionais.

Neste contexto do comércio transfronteiriço na UE, a entidade mais bem colocada para apreciar situações deste tipo é, naturalmente, a CE, que também já retomou a sua intervenção na área das limitações geográficas, em várias vertentes.

Em 2016, a *Paramount* entrou num conjunto de compromissos com a CE de forma a eliminar alegadas cláusulas contratuais que alegadamente impediam os distribuidores de *pay-TV* de responder a pedidos não solicitados (vendas passivas) fora do território licenciado[46]. Investigações idênticas, em que foram também oferecidos compromissos, estão ainda em curso, visando outras empresas no setor audiovisual e de produção de conteúdos, como a *Warner* e a *Sky*[47].

Mais recentemente, no processo contra a *Pioneer,* a que já nos referimos, *supra*, esta empresa terá implementado, segundo a CE, uma estratégia de *geoblocking*, ao restringir, desencorajar ou impedir o comércio paralelo de produtos da *Home Division*, no âmbito do EEE[48].

---

45 Relatório Final, parágrafos 45 e ss.

46 Decisão da CE de 26.07.2016 no processo AT. 40023 – Cross Border Access to Pay-TV

47 Comunicado da CE de 09.11.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6346_en.htm e Comunicado da CE de 20.12.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6894_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

48 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais).

RConcorrencia_Regulacao_37.indd 36 18/03/2019 12:38

A CE sancionou, também, já em 2018, a empresa de produtos de vestuário e acessórios *Guess*, com uma coima de € 39.821.000, por uma alegada infração, entre os anos de 2014 e 2017, não obstante a redução de mais de 50% do valor da coima[49].

A investigação da CE terá demonstrado que os acordos de distribuição da *Guess* restringiam a utilização, pelos distribuidores, das marcas do referido fornecedor para efeitos de publicidade *online*, limitavam a comercialização *online* dos produtos em causa sem uma autorização específica da *Guess*, proibiam a distribuição dos produtos fora dos territórios exclusivos, o *cross-selling* entre grossistas e retalhistas autorizados e mantinham o controlo relativo aos preços de retalho. Estas medidas, segundo a CE, tinham impacto nos preços de retalho dos produtos *Guess* na Europa Central e de Leste, que seriam, segundo esta investigação, em média, 5 a 10% mais elevados do que na Europa Ocidental.

Para além dos casos já decididos, estão ainda a ser investigados pela CE os acordos celebrados entre a *Valve Corporation* e cinco empresas de desenvolvimento de videojogos (a *Bandai Namco,* a *Capcom,* a *Focus Home,* a *Koch Media* e a *ZeniMax*) em virtude de condutas que designámos anteriormente como *geoblocking*[50].

Também no setor do turismo foi iniciada pela CE uma investigação a certas cláusulas incluídas em acordos relativos a determinados serviços de alojamento hoteleiro, celebrados entre os principais operadores turísticos europeus (*Kuoni, REWE, Thomas Cook* e *TUI*) e determinados hotéis (*Hoteles Meliá*)[51].

No mesmo sentido, estão em curso, por parte da CE, três outras investigações com escopo idêntico, de forma a analisar se certas práticas de licenciamento e distribuição da *Nike* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos à marca *Fútbol Club Barcelona*), da *Sanrio* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos à marca *Hello Kitty*) e da *Universal Studios* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos às marcas *Minions* e *Despicable Me*) poderão limitar a comercialização dos produtos em causa em função das várias áreas geográficas[52].

---

49 Decisão da CE de 17.12.2018, no âmbito do Processo AT. 40428 – Guess (restrições verticais).

50 Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

51 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

52 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 14.06.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm. (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Para além das investigações da CE já terminadas e em curso, no que concerne a aplicação do Artigo 101.º do TFUE a esta matéria, importa referir que a questão das restrições geográficas ao comércio *online*, incluindo a disponibilização de conteúdos digitais, é também, e, talvez, principalmente, uma matéria de mercado interno e de coesão da UE.

Neste sentido, não podemos deixar de referir que foi adotado, no plano da UE, o Regulamento n.º 2018/302, que entrou em vigor recentemente, que proíbe limitações geográficas injustificadas, como um elemento essencial da estratégia para o mercado único digital e que, provavelmente, tornará menos frequente a intervenção do direito da concorrência neste particular[53].

3.2. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano dos Estados-membros

Conforme referido supra, também no plano dos Estados-membros, ainda antes do inquérito setorial da CE, existiram desenvolvimentos muito relevantes por parte das autoridades da concorrência e dos tribunais nacionais, que foram, inclusivamente, reforçados em virtude do recente ímpeto investigatório da CE.

Em Portugal, tanto quanto é do nosso conhecimento, não existem casos suscetíveis de serem reportados neste particular, embora a AdC esteja atenta às investigações das entidades homólogas, em particular em matérias de paridade de preços. Foram ainda abordadas matérias próximas, em sede de concentrações, por exemplo, no caso da perspetivada concentração entre as plataformas de anúncios *FixeAds/CustoJusto*[54], em alguma medida no caso

53 Documentação disponível em https://eur-lex.europa.eu/content/news/geo-blocking-regulation-enters-into-force.html *Vide*, em particular, o Artigo 4.º do referido regulamento que dispõe que "*1. Os comerciantes não podem aplicar condições gerais de acesso diferentes aos bens ou serviços, por razões relacionadas com a nacionalidade, com o local de residência ou com o local de estabelecimento do cliente, caso o cliente procure: a) Adquirir bens a um comerciante, se esses bens forem entregues num local situado num Estado-Membro em que o comerciante propõe um serviço de entrega nas condições gerais de acesso, ou se os bens forem levantados num local acordado entre o comerciante e o cliente num Estado-Membro em que o comerciante propõe essa opção nas condições gerais de acesso; b) Receber serviços prestados por via eletrónica pelo comerciante, exceto se se tratar de serviços cuja principal característica seja a oferta de acesso e a utilização de obras protegidas por direitos de autor, ou de outros materiais protegidos, incluindo a venda, sob forma imaterial, de obras protegidas por direitos de autor ou de material protegido; c) Receber serviços de um comerciante, exceto se se tratar de serviços prestados por via eletrónica, num local físico situado no território de um Estado-Membro onde este exerce a sua atividade (…)*"

54 Comunicado da AdC n.º 25/2015, de 30.10.2015, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201525.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Altice/Media Capital[55] e, em particular, aquando da aprovação, este ano, da constituição de uma plataforma de *e-commerce* entre a Sonae e os CTT[56].

Ademais, e principalmente, importa ainda referir as proclamações da AdC quanto ao investimento na capacidade de investigação no contexto da economia digital, incluídas nas prioridades de aplicação para 2018[57] e 2019, sendo que neste último caso se faz referência expressa a algoritmos e inteligência artificial.

Todavia, outros Estados-membros apresentam já um conjunto de decisões e investigações relevantes que importa mencionar, de forma sucinta, com base exclusivamente na informação pública a que pudemos ter acesso.

a) Limitação da Distribuição de Produtos e Serviços através de Plataformas Online – Distribuição Seletiva, Plataformas Próprias e Plataformas de Terceiros

Um dos casos mais conhecidos neste particular corresponde à sanção aplicada, já em 2012, pela autoridade da concorrência francesa (*Autorité de la Concurrence*) à empresa de equipamentos eletrónicos *Bang & Olufsen*, em virtude da proibição de facto da distribuição *online* destes produtos por parte dos distribuidores franceses, integrados nos seus sistemas de distribuição seletiva – uma vez que o fornecedor proibia, desde logo, os distribuidores de utilizarem a marca e as insígnias comerciais da marca nos seus sítios *web* próprios – e que teve, além disso, relevantes desenvolvimentos no plano judicial[58].

Na argumentação apresentada em sede de recurso, a *Bang & Olufsen* referia que esta restrição procurava proteger a erosão do investimento realizado pelos distribuidores em lojas físicas, não tendo, todavia, no entender do tribunal de recurso, demonstrado, como lhe competia, que a proibição absoluta de vendas *online* era a solução mais adequada para limitar esse alegado risco, tendo, no entanto, reduzido a coima para apenas € 10.000, em virtude da flutuação da jurisprudência nesta matéria. Acrescentou ainda, o tribunal de

55 Comunicado da AdC n.º 06/2018, de 19.06.2018, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201806.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)

56 Decisão da AdC no Processo Ccent. 27/2008, de 19.07.2018, disponível em http://www.concorrencia.pt/FILES_TMP/2018_27_final_net.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

57 Documento disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Prioridades/Documents/AdC_Prioridades_2018.pdf e http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Prioridades/Documents/Prioridades%20de%20Pol%C3%ADtica%20Concorr%C3%AAncia%202019.pdf (consultados em 30 de dezembro de 2018)

58 *Décision nº 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma*, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d23.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

recurso, uma aparente admissão, em termos teóricos, de uma distinção entre produtos simples e complexos para efeitos de limitação do comércio *online*, ao referir que os produtos menos dispendiosos e menos elaborados são os mais adequados para serem vendidos *online*, uma vez que estes não necessitam de uma demonstração por um assistente de vendas e não geram elevados custos de armazenamento ou de distribuição, uma admissão que contrasta com a referência opaca a produtos de luxo por parte do acórdão *Coty*[59].

Uma situação de restrição parcial, mediante a exigência de um ponto de venda físico, está atualmente a ser discutida nos tribunais do Reino Unido, tendo em conta que a empresa de cosméticos *Beauty Bay* solicitou ao *High Court of England and Wales* que analisasse a compatibilidade com o direito da concorrência do contrato de distribuição seletiva da *L'Oréal*, que exigia que os distribuidores dos produtos desta marca disponibilizassem necessariamente um ponto de venda físico, argumentando que, mediante a imposição deste critério, a *L'Oréal* não escolhe os seus distribuidores com base em critérios objetivos e discrimina os pontos de venda eletrónicos face aos estabelecimentos físicos[60].

No que respeita à limitação de comercialização de produtos em plataformas de terceiros, já em 2009, o *Bundeskartellamt* ("BkA") tinha sancionado num montante significativo (€ 15,5 milhões) a *CIBA Vision*, uma empresa líder no negócio das lentes de contacto na Alemanha, em virtude da implementação de um alegado conjunto de restrições ao comércio *online*, que incluíam a proibição de vendas, na plataforma *eBay*, de certas lentes de contacto, bem como medidas de intervenção nos preços praticados pelos distribuidores *online* a que nos referiremos, mais detidamente, no ponto seguinte[61].

Em 2013, o BkA adotou uma abordagem distinta, ao terminar, com compromissos e sem aplicação de sanções, a investigação à empresa de produtos

59 *Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 13 Mars 2014*, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_bo_mars14.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

60 *Vide* notícia publicada em GCR "*L'Oréal sued for selective distribution*", disponível em https://globalcompetitionreview.com/article/1168488/l%E2%80%99oreal-sued-for-selective-distribution?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=9434365_GCR%20most%20read%20April&dm_i=1KSF,5M7LP,9GQ7VU,LTVP4,1 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

61 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 25.09.2009, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/25_09_2009_Ciba-Vision.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

eletrónicos *Sennheiser*, que deixou de proibir os seus distribuidores autorizados de revenderem os produtos na *Amazon*[62].

Em termos semelhantes, em 2014, o BkA encerrou uma investigação que visava a empresa de equipamento desportivo *Adidas*, após esta ter removido a restrição de comercialização dos seus produtos em *marketplaces* como a *Amazon* e o *eBay*[63]. Uma decisão idêntica, visando esta mesma empresa, foi também emitida pela autoridade de concorrência francesa[64].

A atividade do BkA orientada para restrições verticais *online* por parte de empresas de equipamento desportivo prosseguiu em 2015, quando a *ASICS* foi investigada por ter restringido as atividades de venda *online* de distribuidores autorizados, de pequena e média dimensão, ao proibi-los de utilizar a marca *ASICS* em plataformas *online* de terceiros de forma a guiar os consumidores para as suas próprias lojas *online*, bem como ao proibi-los de usar plataformas de comparação de preços (*price comparison engines*)[65].

Mantendo a decisão do BkA e do tribunal de Düsseldorf, o Tribunal Federal Alemão entendeu que estas limitações não encontravam qualquer fundamento na necessidade de preservar requisitos de qualidade[66].

A *Competition and Markets Authority* ("CMA") inglesa também já apreciou restrições relacionadas com sítios *web* de comparação de preços, tendo determinado a *BMW* a flexibilizar a sua política em relação a sítios de comparação de preços de automóveis e empreendido um estudo relativo aos efeitos anti e pró-concorrenciais das ferramentas digitais de comparação de preços[67].

---

62 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 24.10.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2013/24_10_2013_Fallbericht_Kartellverbot.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

63 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 19.08.2014, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

64 Cfr. Comunicado de Imprensa da Autorité de la Concurrence de 18.11.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

65 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 27.08.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

66 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 25.01.2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

67 Comunicado de Imprensa do *UK Government* de 26.09.2017, disponível em https://www.gov.uk/government/news/cma-steps-in-to-give-people-a-better-deal-on-comparison-sites (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Importa relembrar, quanto a esta matéria, que, no Relatório Final, a CE referia que as limitações à utilização de sítios *web* de comparação de preços podem ser, eventualmente, restritivas da concorrência[68].

Como vimos anteriormente, a comercialização de produtos fora de sítios *web* próprios ou a utilização de sítios *web* de terceiros carece ainda de um critério claro de compatibilidade com o direito da concorrência, tendo em conta a aparente desarticulação do acórdão *Coty*, com o *soft law* e com as decisões nacionais.

Por exemplo, em 2017, os tribunais neerlandeses consideraram que os contratos de distribuição seletiva da *Nike*, também no âmbito dos produtos desportivos, podiam licitamente limitar o comércio *online* via certas plataformas *online* autorizadas, como a *Zalando*, a *Otto* e a *La Redoute*, excluindo plataformas menos especializadas como a *Amazon*. O tribunal parece ter baseado, em grande medida, o seu entendimento, nas Conclusões do Advogado-geral Wahl, a que já fizemos referência, no caso *Coty* ao entender que a *Nike* tinha direito a proteger a sua imagem de marca e o fazia de forma proporcional, tendo em conta que os produtos em causa continuariam disponíveis *online*[69].

Interessante será também ver qual a abordagem a adotar pela *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, que iniciou, em novembro último, uma investigação visando a *Adidas* Espanha, por alegadas restrições nos contratos aplicados aos franquiados, que, de acordo com a informação publicamente disponível, incluiriam a restrição de determinados tipos de vendas por parte destes, incluindo as vendas *online*[70].

b) Intervenção no Plano dos Preços – Manutenção de Preços de Revenda, MFNs / Cláusulas de Paridade e Dualidade de Preços

Os Estados-membros têm, também, estado atentos aos desenvolvimentos das relações verticais *online* no plano dos preços.

Neste particular, o BkA tem estado sempre muito ativo. Como vimos anteriormente, esta autoridade sancionou a *CIBA Vision* também por operar um sistema de vigilância e intervenção em que monitorizava os preços praticados pelos distribuidores *online*. Se o preço de revenda se afastasse, numa

68 Relatório Final, parágrafo 15.

69 Para mais desenvolvimentos relativamente a esta decisão, vide a noticia disponível em http://www.mondaq.com/x/650362/Antitrust+Competition/Dutch+Court+Renders+Judgment+On+Legality+Of+Nikes+Platform+Sales+Restrictions (consultado em 30 de dezembro de 2018)

70 *Vide* o Comunicado da Imprensa relativo ao assunto S/DC/0631/18, de 22 de novembro de 2018, disponível em https://www.cnmc.es/node/372402 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

determinada proporção, do preço recomendado pelo fornecedor, o distribuidor *online* era contactado por colaboradores da *CIBA Vision* que o tentavam convencer a incrementar os preços para o nível considerado conveniente pelo fornecedor.

O BkA impôs, igualmente, em 2015 uma coima de € 300.000 à *United Navigation*, uma empresa ativa na comercialização de informação de navegação especializada, por monitorizar e limitar os preços dos distribuidores *online*. Esta empresa introduziu, na sua relação com os distribuidores, o chamado "*street price*" como indicador dos preços que considerava aceitáveis. A pressão no sentido da implementação desses preços era alicerçada na ameaça de recusa de fornecimento e/ou de processos judiciais por utilização não autorizada de direitos de autor ou através da concessão de bónus aos "cumpridores"[71].

As entidades do Reino Unido impediram igualmente, em 2014, as limitações impostas pela produtora de veículos para pessoas de mobilidade reduzida, *Pride*, aos seus distribuidores no que respeita à divulgação publicitária de produtos a preços inferiores aos preços recomendados pelo fornecedor, limitações essas que eram aplicadas aos distribuidores *online,* bem como aos distribuidores com lojas físicas[72]. Posteriormente, a CMA adotou uma abordagem mais estrita ao sancionar o fornecedor de eletrodomésticos *ITW Limited* por uma conduta semelhante, tendo aplicado uma coima £ 2,298,820, reduzida mediante o compromisso de tomada de medidas de *compliance* por parte da empresa e da aplicação do procedimento de transação[73].

Neste contexto, a CMA enviou ainda avisos a vinte outras empresas no setor do equipamento de *catering* comercial, tendo em conta a eventual implementação, por parte daquelas, de políticas de preços mínimos em termos de publicidade *online* por parte dos respetivos distribuidores[74].

---

71 É importante notar que esta investigação foi iniciada em virtude de informação disponibilizada pela autoridade da concorrência austríaca e inclui diligências de busca e apreensão. Comunicado do BkA de 12.05.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/12_05_2015_Navigation.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

72 Comunicado de Imprensa do UK Government de 30.10.2014, disponível em https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-decision-on-mobility-scooters (consultado em 30 de dezembro de 2018)

73 Comunicado de Imprensa do UK Government de 24.05.2016, disponível em https://www.gov.uk/government/news/fridge-supplier-fined-22-million-for-restricting-online-discounts (consultado em 30 de dezembro de 2018)

74 *Idem*.

Também em Itália uma situação idêntica mereceu já a atenção das autoridades de concorrência. No caso *Enervit*, a autoridade de concorrência italiana iniciou uma investigação, em face das queixas de uma farmácia e de sítios *web* que distribuem os suplementos alimentares desta empresa[75]. As relações verticais estabelecidas entre a *Enervit* e estas empresas incluíam o desconto máximo a ser aplicado a esses produtos, sendo que o produtor concedia ainda descontos adicionais aos distribuidores que aplicassem o preço de revenda mínimo.

Outra linha de investigação das autoridades, relacionada com a determinação dos preços de revenda, compreende a implementação *online* de cláusulas de paridade / MFN. Com efeito, desde 2010 que várias autoridades da concorrência nacionais iniciaram procedimentos visando as plataformas de reservas de hotéis, por estas empresas alegadamente imporem cláusulas de paridade nos contratos celebrados com os hotéis (*i.e.*, as "*most favoured nation clauses*", que impunham aos hotéis que oferecessem os mesmos preços *online* e *offline*). A este respeito, a abordagem adotada pelas várias autoridades nacionais diferiu, embora predominem as soluções de compromisso.

Por exemplo, o BkA emitiu, entre outras, uma decisão proibindo o uso de uma cláusula de paridade por parte da plataforma de reservas *HRS*[76]. Em abril de 2015, a *Booking.com* assumiu perante as autoridades francesas, italianas e suecas o compromisso de flexibilizar o escopo da cláusula de paridade que vinha aplicando, permitindo aos hotéis oferecerem preços distintos. Neste contexto, a plataforma *Expedia* também decidiu adotar uma cláusula nos mesmos moldes[77].

Contudo, a intervenção das autoridades de concorrência foi considerada insuficiente, em várias jurisdições, que decidiram adotar legislação mais exigente quanto a este tipo de cláusulas[78]. Em França, todas as cláusulas de

75 Comunicado de Imprensa da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, relativo ao caso I718, *Enervit – Contratti di distribuzione*, disponível em http://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=cc89bae-b-7bed-489f-b440-35efc9808518&parent=News&parentUrl=/media/news (consultado em 30 de dezembro de 2018)

76 Comunicado de Imprensa do BkA de 09.01.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

77 Vide o Relatório da CE, intitulado "*Report on the Monitoring Exercise Carried Out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016*", disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

78 *Vide* a apresentação de Spyros Droukopoulos na *EU Competition Law Summit* (24 agosto de 2018), intitulada "*MFN clauses Competition enforcement in the face of regulatory intervention*", disponível em https://antitrustlair.files.wordpress.com/2018/10/droukopoulos.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

paridade foram, por força de uma lei de 2015, consideradas nulas, o mesmo sucedendo na Áustria, a partir de novembro de 2016, através de uma alteração à lei da concorrência[79].

Por fim, existiram ainda investigações relativas à *supra* mencionada dualidade de preços relativos a produtos destinados à distribuição *online* e *offline*, em particular e, uma vez mais, com destaque para o BkA, que aceitou os compromissos do produtor de produtos de jardim *Gardena* no sentido de passar a aplicar os mesmos descontos em relação às lojas físicas e às lojas *online*, ao contrário do que sucedia anteriormente, em que as segundas estavam em desvantagem[80]. No mesmo sentido, a *Bosch Siemens* acordou em fazer cessar um sistema de descontos que punha em desvantagem os distribuidores que utilizassem também vendas *online*, uma vez que os descontos seriam menores quanto maiores fossem as vendas *online*[81].

4. APRECIAÇÃO CRÍTICA – CONCLUSÕES

Em face do supra exposto, podemos identificar o renascimento da análise de restrições verticais agora no âmbito do comércio *online*, sendo que estas questões estavam, como vimos, pelo menos no plano da UE, em grande medida, afastadas das prioridades de *enforcement*, não tendo, tão pouco, como vimos, merecido particular atenção do ponto de vista sancionatório, por parte dos Estados-membros.

A autoavaliação com base no Regulamento n.º 330/2010 e nas Orientações Verticais retirou, largamente, as restrições verticais da esfera central da atividade das autoridades da concorrência, mesmo no plano nacional, e o crescimento da utilização dos mecanismos consensuais no âmbito de processos da concorrência pareceu retirar gravidade a estas condutas.

Em primeiro lugar, esta aparente mudança de paradigma, com investigações relâmpago por parte da CE e aplicação de coimas relevantes, ainda que

79 *Vide* o Relatório da CE intitulado "*Report on the Monitoring Exercise Carried Out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016*", disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

80 Comunicado do BkA de 28.11.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/28_11_2013_GARDENA.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

81 Comunicado do BkA de 23.12.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/23_12_2013_Bosch-Siemens-Haushaltsger%C3%A4te.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

significativamente reduzidas, talvez possa significar uma espécie de "regresso ao futuro", cuja adequação não é ainda, nesta fase, clara.

Eventualmente, como sugerem Iacobucci e Winter, podemos estar a assistir ao, em nosso entender indesejado, regresso à confusão entre os objetivos de integração económica no plano da UE e os objetivos da aplicação do direito da concorrência, que prejudicaram, de sobremaneira, a aplicação do Artigo 101.º do TFUE até à viragem para os anos 2000[82]. Entendemos que, neste momento, à semelhança do que sucede no direito norte-americano, deverá ser já suficientemente claro que o desiderato desta disposição é, de forma exclusiva, a promoção da eficiência económica, em particular no que concerne o bem-estar da procura, com uma base económica clara e um enfoque nos efeitos das condutas[83].

Além disso, como refere Ezrachi, é possível que a linha de continuidade da apreciação de concorrência de condutas *online* e *offline* seja mais relevante do que as recentes decisões da CE poderiam indiciar, sobretudo porque surgem na sequência de uma investigação setorial e implicaram, ao contrário do que sucedeu em casos nacionais anteriores, a aplicação de coimas relevantes, sendo esta aparência de divergência também, o possível resultado da desatualização das Orientações Verticais, publicadas num momento anterior à verdadeira "explosão" do comércio *online*[84].

Segundo este autor, as preocupações de *free riding* que descrevemos estão presentes no cenário *online* e *offline* e a inclusão de uma loja num centro comercial não é assim tão diferente da inclusão de uma loja num *marketplace online*, tendo em conta que a relação contratual do fornecedor é com o distribuidor e este é responsável pela manutenção dos requisitos de qualidade da marca, podendo ser responsabilizado se tal não tiver lugar. Na verdade, em alguns casos nacionais, como vimos, sobretudo no que concerne a manutenção de preços de revenda, a conduta alegadamente anticoncorrencial tinha lugar no cenário *online* e *offline*.

Todavia, seria, pelo menos, ingénuo, ignorar as diferenças fundamentais entre estes cenários (distribuição *offline* e *online*) em termos de visibilidade da política comercial, de crescimento do poder de mercado dos *marketplaces*, de maior dispersão dos operadores em mercados que, no limite, são mundiais, de

82 Iacobucci e Winter, 2016: 48 e ss.

83 Nesse sentido, vide, entre outros, Pittman, Russell, 2007: 212.

84 Ezrachi, 2017: 4 a 6.

limitação do acesso da procura a outras características que não o preço e em termos de ameaça renovada ao objetivo do mercado interno.

No entanto, isso também não significa que, em nosso entender, todas estas questões do mundo digital exijam, necessariamente, uma resposta em termos de direito da concorrência, desempenhando, como vimos, as disposições do mercado interno, de concorrência desleal, de direito do consumidor e de direito de propriedade intelectual papéis fundamentais neste âmbito, que o Artigo 101.º do TFUE não pode, nem deve, desempenhar[85].

Não significa ainda, que os progressos em termos de análise económica no âmbito da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e das normas nacionais correspondentes (incluindo o Artigo 9.º da Lei da Concorrência), no sentido da soberania dos consumidores, devam ser ignorados nesta fase e que não deva atribuir-se qualquer valor ao posicionamento de mercado de determinados produtores/produtos ou a qualquer das dimensões do investimento dos distribuidores físicos, da inovação ou dos elementos relevantes para a escolha do consumidor que não exclusivamente os preços (incluindo o consumo conspícuo), nem ainda que se devam multiplicar teorias do dano que não envolvam condutas de exclusão associadas ao poder de mercado.

Em terceiro lugar, a mescla de decisões no plano da UE e no plano nacional – em que é difícil detetar critérios coerentes de aplicação, em que a adoção de compromissos, que limita a reflexão jurídica, alterna com a aplicação de sanções relevantes às empresas visadas em paralelo com a delimitação de infrações por objetivo – não contribui, em nosso entender, para a definição das fronteiras da infração e da gravidade da mesma, com prejuízo para a segurança jurídica.

Ademais, a intervenção do TJUE, ainda limitada, nesta fase, está, em nossa opinião, longe de ser clarificadora, desde logo porque adotou um conceito indeterminado, o de "produto de luxo", e introduziu confusão no enquadramento normativo aplicável à distribuição seletiva, que se encontrava relativamente pacificado, contrariando, como vimos, os esforços do Advogado-geral Wahl nas suas conclusões neste caso.

Deste modo, não são claras as conclusões a extrair da apreciação do TJUE até ao momento. Corresponderá a um estreitamento do segmento de bens que podem ser legitimamente sujeitos a restrições *online*? A uma reconfiguração da distribuição seletiva quantitativa? A uma limitação da isenção do Regulamento n.º 330/2010? Ao reconhecimento da necessidade de proceder

85 Para mais desenvolvimentos, *vide* Kilpatrick, Kobel & Këllezi: 2018.

a uma apreciação de efeitos, o que fará com que determinadas marcas, em função do seu poder de mercado, possam restringir a concorrência em alguns mercados e não noutros?

Estas questões poderão ainda tornar-se mais intrincadas se aprofundarmos a questão da venda *online* por contraposição à mera publicidade online dos produtos em causa, ou da presença em comparadores de preços ou redes sociais.

Por fim, para além de aguardamos os próximos desenvolvimentos, em particular judiciais, quanto a esta matéria, importa não perder de vista que a recorrência com que estas questões se têm colocado é, naturalmente, proporcional à relevância das mesmas no plano global, motivo pelo qual as restrições verticais no plano do comércio *online* continuarão a ser um *hot topic* da aplicação do direito da concorrência nos próximos anos, ao qual voltaremos assim que se justificar.

BIBLIOGRAFIA

Livros

Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice

2016 *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard, Harvard University Press

Hatzopoulos, Vassilis

2018 *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing

Jedličková, Barbora

2016 *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions: Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing

Patterson, Mark

2017 *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Harvard, Harvard University Press

Vaz Freire, Paula

2008 Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência, Lisboa, AAFDL

Obras Coletivas

Kilpatrick, Bruce (Editor), Kobel, Pierre (Editor), Këllezi, Pranvera (Editor),

2018 Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions, Springer

Tridimas, Panagiotis
2012 "Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?", in Dickson Julie & Eleftheriadis, Pavlos, *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford, Oxford University Press, 307-330.

Artigos

Buccirossi, Paolo
2018 "Vertical Restraints on E-Commerce And Selective Distribution", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 11-3, 747-773.
Espregueira Mendes, Francisco, Prieto, Leyre & Cardoso, Daniela
2018 "Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico", Revista de Concorrência e Regulação, Ano IX, N.º 33/34, Janeiro – Junho 2018, Coimbra, Almedina, 265-262
Pittman, Russell
2007 "Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement", 3 CPI, 2007: 212-230
Van den Bergh, Roger
2016 "The European Part of the Policy Failure", *The Antitrust Bulletin*, Volume: 61-1, 167-185
Vaz Freire, Paula
2011 "Restrições Verticais Determinadas pela Procura", Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, N.º 7/8, Julho – Dezembro 2011, Coimbra, Almedina, pp. 43-62
Waelbroeck, Denis & Davies, Zachariah
2018 "Coty, Clarifying Competition Law in the Wake of Pierre Fabre", Journal of European Competition Law & Practice, Volume 9-7, 1, 431-442
Winter, Ralph A.
2018 "Pierre Fabre, Coty and Restrictions on Internet Sales: An Economist's Perspective", *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9 – 3, 183-187

Artigos Online

Botteman, Yves , Barrio Barrio, Daniel
2017 *The Coty Exception: A Luxury for a Selected Few?*, disponível em http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/12/15/coty-exception-luxury-selected/ (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Colangelo, Giuseppe & Torti, Valerio

2018 *Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules after Coty Prestige*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3119129 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Ezrachi, Ariel

2017 *Online Marketplace Bans and Consumer Welfare – A Tale of Quality and Long Term Investment, or a Story of Limited Choice and Higher Prices*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983670 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Ferreira Anjos, Sandra

2015 Restrições Verticais nas Vendas pela Internet e Política da Concorrência, disponível em https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=37220 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Iacobucci, Edward & winter, Ralph

2016 *European law on selective distribution and internet sales: an economic perspective*, disponível em http://www.crai.com/sites/default/files/publications/at_journal_81i1_iacobucci_winter.authcheckdam.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Schrijvershof, Diederik, van de Hel, Martijn & Braeken, Bas

2018 *E-commerce, geoblocking and Digital Single Market*, disponível em https://www.maverick-law.com/en/trends-2018/e-commerce-geoblocking-and-digital-single-market.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Verouden, Vincent

2008 Vertical Agreements: Motivation and Impact, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical_agreements.pdf

DOCUMENTOS OFICIAIS

União Europeia

2018 *A UE em 2017 – Relatório Geral sobre a Atividade da União Europeia*, C(2018) 1280, 28.02.2018.

2017 Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM(2017) 229 final, 10.5.2017

2015 *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa"*, COM (2015) 192 final.

2012 *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390
2010 *Orientações relativas às Restrições Verticais*, OJ C 130, 19.5.2010
2010 *Regulamento (UE) n.º 330/2010, da CE, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1-7*

Portugal

Lei da Concorrência, Lei n.º 19/2012, 08.05.2012, Diário da República, 1.ª série, N.º 89, 8 de maio de 2012

Acórdãos

Acórdão do TJUE de 6 de dezembro de 2017, *Coty Germany GmbH* c. *Parfümerie Akzente GmbH,* C-230/16 ECLI:EU:C:2017:941.
Acórdão do TJUE de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649

Decisões da CE

Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40465 – Asus (restrições verticais)
Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40469 – Denon & Marantz (restrições verticais)
Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40181 – Philips (restrições verticais)
Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais)
Decisão da CE de 17.12.2018, no âmbito do Processo AT. 40428 – Guess (restrições verticais).

Autoridade da Concorrência

Decisão da AdC no Processo Ccent. 27/2008, de 19.07.2018, disponível em http://www.concorrencia.pt/FILES_TMP/2018_27_final_net.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Outras Autoridades

Décision n.º 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et

home cinéma, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d23.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

COMUNICADOS

Comissão Europeia

Comunicado de Imprensa da CE de 24.07.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado da CE de 09.11.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6346_en.htm
Comunicado da CE de 20.12.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6894_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da CE de 10.05.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1261_pt.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da CE de 14.06.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm. (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da CE de 13.12.2012, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Autoridade da Concorrência

Comunicado n.º 10/2018, 10.08.2018, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201810.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado da AdC n.º 06/2018, de 19.06.2018, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201806.aspx
Comunicado da AdC n.º 25/2015, de 30.10.2015, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201525.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)
EU competition rules on vertical agreements – evaluation, disponível em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_en (consultado em 30 de dezembro de 2018).

Outras Autoridades

Comunicado de Imprensa do BkA de 25.01.2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do *UK Government* de 26.09.2017, disponível em https://www.gov.uk/government/news/cma-steps-in-to-give-people-a-better-deal-on--comparison-sites (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa do UK Government de 24.05.2016, disponível em https://www.gov.uk/government/news/fridge-supplier-fined-22-million-for-restricting--online-discounts (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da Autorité de la Concurrence de 18.11.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668 (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa do BkA de 27.08.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa do BkA de 09.01.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568 (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa do BkA de 24.10.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2013/24_10_2013_Fallbericht_Kartellverbot.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado do BkA de 28.11.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/28_11_2013_GARDENA.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado do BkA de 23.12.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/23_12_2013_Bosch-Siemens-Haushaltsger%C3%A4te.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa do BkA de 25.09.2009, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/25_09_2009_Ciba-Vision.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado de Imprensa da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, relativo ao caso I718, *Enervit – Contratti di distribuzione*, disponível em http://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=cc89baeb-7bed-489f-b440-35efc9808518&-parent=News&parentUrl=/media/news (consultado em 30 de dezembro de 2018)
Comunicado da Imprensa da *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* relativo ao assunto S/DC/0631/18, de 22 de novembro de 2018, disponível em https://www.cnmc.es/node/372402 (consultado em dezembro de 2018)