



COMISSÃO
EUROPEIA

Bruxelas, XXX
[...] (2021) XXX draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

ANEXO

da

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Aprovação do conteúdo de um projeto de

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
Orientações relativas às restrições verticais

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

ANEXO
COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
Orientações relativas às restrições verticais
PROJETO

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
Orientações relativas às restrições verticais

Índice

1.	Introdução	3
1.1.	Objetivo e estrutura das presentes orientações.....	3
1.2.	Aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais.....	4
2.	Efeitos dos acordos de verticais	5
2.1.	Efeitos positivos	6
2.2.	Efeitos negativos	9
3.	Acordos verticais geralmente não abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1	10
3.1.	Inexistência de afetação do comércio, acordos de pequena importância e PME.....	10
3.2.	Acordos de agência	12
3.2.1.	Definição de acordos de agência.....	12
3.2.2.	Aplicação do artigo 101.º, n.º 1, aos acordos de agência	18
3.2.3.	Agência e economia das plataformas em linha	19
3.3.	Contratos de fornecimento	20
4.	Âmbito de aplicação do VBER	20
4.1.	Zona de segurança estabelecida pelo VBER.....	20
4.2.	Definição de acordos de verticais	21
4.2.1.	Comportamento unilateral fora do âmbito de aplicação do VBER.....	21
4.2.2.	Empresas que exercem atividade em níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição.....	22
4.2.3.	Acordos relacionados com a compra, venda ou revenda de bens ou serviços.....	23
4.3.	Acordos verticais na economia das plataformas em linha	23
4.4.	Limites à aplicação do VBER	24
4.4.1.	Associações de retalhistas	24
4.4.2.	Acordos verticais que incluem disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual (DPI)	25
4.4.3.	Acordos verticais entre concorrentes	29

4.5.	Relação com outros regulamentos de isenção por categoria.....	31
4.6.	Sistemas de distribuição principais	33
4.6.1.	Sistemas de distribuição exclusiva.....	33
4.6.2.	Sistemas de distribuição seletiva.....	40
4.6.3.	Franquia.....	47
5.	Definição do mercado e cálculo da quota de mercado.....	49
5.1.	Comunicação relativa à definição do mercado	49
5.2.	Cálculo das quotas de mercado no âmbito do VBER	49
5.3.	Cálculo das quotas de mercado no âmbito do VBER	51
6.	Aplicação do VBER.....	51
6.1.	Restrições graves no âmbito do VBER.....	51
6.1.1.	Imposição de preços de revenda	53
6.1.2.	Restrições graves em conformidade com o artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER.....	59
6.1.3.	Restrições das vendas de peças sobresselentes	70
6.2.	Restrições excluídas do VBER	71
6.2.1.	Obrigações de não concorrência cuja duração ultrapasse cinco anos	71
6.2.2.	Obrigações de não concorrência após o termo.....	72
6.2.3.	Obrigações de não concorrência impostas aos membros de um sistema de distribuição seletiva.....	72
6.2.4.	Obrigações de paridade	73
7.	Retirada e não aplicação.....	73
7.1.	Retirada do benefício do VBER [artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003]	73
7.2.	Regulamento que declara a não aplicação do VBER (artigo 6.º do VBER).....	76
8.	Política seguida na aplicação dos casos individuais	77
8.1.	Enquadramento da análise.....	77
8.1.1.	Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1	78
8.1.2.	Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3	81
8.2.	Análise de restrições verticais específicas	83
8.2.1.	Marca única.....	83
8.2.2.	Fornecimento exclusivo	89
8.2.3.	Restrições à utilização de mercados em linha.....	92
8.2.4.	Restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços.....	94
8.2.5.	Obrigações de paridade	97
8.2.6.	Taxas de acesso pagas antecipadamente	102
8.2.7.	Acordos de gestão por categoria	104
8.2.8.	Subordinação.....	105

Introdução

1.1. Objetivo e estrutura das presentes orientações

- (1) As presentes orientações estabelecem os princípios para a avaliação dos acordos verticais e das práticas concertadas ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designado por «artigo 101.º»)¹ e do Regulamento (UE) 2022/[X] da Comissão, de [X] de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (a seguir designado por «VBER»)². Por motivos de facilidade de referência, e salvo indicação em contrário, nas presentes orientações, o termo «acordo» abrange igualmente as práticas concertadas.
- (2) Ao publicar as presentes orientações, a Comissão pretende ajudar as empresas a efetuarem a sua própria apreciação dos acordos verticais à luz das regras da UE em matéria de concorrência. No entanto, cada acordo tem de ser apreciado de acordo com os factos que lhe são inerentes³. Por conseguinte, as presentes orientações não podem ser aplicadas mecanicamente. Também não prejudicam a jurisprudência do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir designado por «TJUE»).
- (3) Podem ser concluídos acordos verticais em relação a bens e serviços intermédios e finais. Se nada for dito em contrário, as presentes orientações são aplicáveis a todos os tipos de bens e serviços e a todos os estádios da atividade comercial.
- (4) As orientações estão estruturadas da seguinte forma:
 - a primeira secção constitui uma introdução, a qual inclui as explicações sobre os motivos que levam a Comissão a fornecer orientações relativas a acordos verticais e sobre o alcance das mesmas. O remanescente da presente introdução estabelece o contexto em que o artigo 101.º é aplicado aos acordos verticais,
 - a segunda secção contém um resumo dos efeitos positivos e negativos criados pelos acordos verticais. A totalidade do VBER, as presentes orientações e a política de aplicação dos casos individuais da Comissão baseiam-se no exame destes efeitos,
 - a terceira secção aborda os acordos verticais não abrangidos de forma geral pelo artigo 101.º, n.º 1. Embora o VBER não seja aplicável a estes acordos, é necessário fornecer orientações sobre as condições em que determinados acordos verticais não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1,
 - a quarta secção contém mais orientações relativas ao âmbito de aplicação do VBER, incluindo explicações relativas à zona de segurança estabelecida pelo VBER e a definição de «acordo vertical». Esta secção também aborda mais especificamente os acordos verticais no contexto da economia das plataformas em linha, que desempenha um papel cada vez mais importante na distribuição de bens e serviços e na qual os acordos verticais entre empresas poderão ser de

¹ As presentes orientações substituem a Comunicação da Comissão – Orientações relativas às restrições verticais, JO C 130 de 19.5.2010, p. 1.

² JO L [X] de [X].[X].[X], p. [X].

³ A Comissão continuará a acompanhar o funcionamento do VBER e das presentes orientações, podendo rever a presente comunicação à luz da evolução futura.

difícil categorização segundo os conceitos tradicionalmente associados aos acordos verticais. Explica igualmente os limites da aplicação do VBER, estabelecidos no artigo 2.º, n.ºs 2 a 4, e explica a relação com outros regulamentos de isenção por categoria de acordo com o artigo 2.º, n.º 8, do VBER. Também contém uma descrição dos principais tipos de sistemas de distribuição, que é relevante para um conjunto de disposições do VBER, nomeadamente a lista de restrições graves constante do artigo 4.º, alínea b), do referido regulamento,

- a quinta secção aborda a definição de «mercados relevantes» e o cálculo das quotas de mercado das empresas que sejam parte num acordo vertical. Serve para avaliar se os limiares das quotas de mercado constantes do artigo 3.º do VBER, que determinam a aplicabilidade do regulamento, foram ultrapassados,
- a sexta secção aborda as restrições graves estabelecidas no artigo 4.º do VBER e as restrições excluídas estabelecidas no artigo 5.º do mesmo regulamento, incluindo explicações da relevância da classificação das restrições em graves ou excluídas,
- a sétima secção contém orientações sobre a retirada do benefício do VBER em conformidade com o artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [a seguir designado por «Regulamento (CE) n.º 1/2003»]⁴ e os regulamentos que declaram a não aplicação do VBER ao abrigo do artigo 6.º do VBER,
- a oitava secção descreve a política de aplicação seguida pela Comissão na aplicação dos casos individuais. Para o efeito, explica como são apreciados os acordos verticais à luz do artigo 101.º, n.º 1, e do artigo 101.º, n.º 3, fora do âmbito de aplicação do VBER e contém orientações relativas a uma lista não exaustiva de acordos verticais específicos.

1.2. Aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais

- (5) O artigo 101.º tem por objetivo garantir que as empresas não recorrem a acordos – quer horizontais, quer verticais⁵ – para impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, em última análise, em detrimento dos consumidores. O artigo 101.º também procura alcançar o objetivo mais amplo da consecução de um mercado interno integrado⁶, o que reforça a concorrência na União Europeia. As empresas não podem utilizar acordos verticais para recriar obstáculos de natureza privada entre Estados-Membros, quando já foi possível eliminar com êxito os obstáculos estatais.

⁴ JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁵ Para efeitos da sua aplicação, o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER, define «acordo vertical» como «um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços». A secção 4.2 das presentes orientações contém orientações mais aprofundadas sobre esta definição.

⁶ Ver, por exemplo, os acórdãos no processo 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can Company/Comissão, EU:C:1973:22, n.ºs 25 e 26; no processo C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, ponto 22; no processo C-209/10, Post Danmark A/S/Konkurrencerådet, EU:C:2012:172, n.ºs 20 a 24; e no processo C-413/14 P, Intel Corp. Inc./Comissão, EU:C:2017:632, n.º 133.

- (6) O artigo 101.º é aplicável aos acordos verticais e às restrições em acordos verticais que afetem o comércio entre Estados-Membros e que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência⁷. Proporciona um quadro jurídico apropriado para a apreciação das restrições verticais⁸, que toma em consideração a distinção entre efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-concorrenciais. O artigo 101.º, n.º 1, proíbe os acordos que restrinjam ou falseiem sensivelmente a concorrência, enquanto o n.º 3 do mesmo artigo concede uma isenção aos acordos abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, que proporcionem benefícios suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais⁹.
- (7) Embora não exista uma sequência obrigatória, a apreciação dos acordos verticais geralmente implica as seguintes etapas:
- (a) Em primeiro lugar, as empresas em causa têm de determinar as quotas de mercado do fornecedor e do comprador nos mercados em que, respetivamente, vendem e compram os bens ou serviços contratuais;
 - (b) Se as quotas de mercado relevante do fornecedor e do comprador não excederem, cada uma delas, o limiar de quota de mercado de 30 %, o acordo vertical é abrangido pela zona de segurança criada pelo VBER, contanto que não contenha nenhuma restrição grave nem nenhuma restrição excluída que não possa ser separada do restante acordo vertical;
 - (c) Se a quota de mercado relevante for superior ao limiar de 30 %, é necessário apurar se o acordo vertical é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1;
 - (d) Se o acordo vertical for abrangido pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, é necessário examinar se preenche as condições de isenção individual previstas no artigo 101.º, n.º 3.

2. EFEITOS DOS ACORDOS DE VERTICAIS

- (8) A apreciação das restrições verticais à luz do artigo 101.º e a aplicação do VBER têm de ter em conta todos os parâmetros relevantes em matéria de concorrência, como os preços, a produção em termos de quantidades do produto, a qualidade e variedade dos produtos e a inovação. Têm igualmente de ter em conta o facto de os acordos verticais entre empresas que atuam em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição serem geralmente menos prejudiciais do que os acordos horizontais entre concorrentes que forneçam bens ou serviços substitutos. Em princípio, tal deve-se à natureza complementar das atividades das partes de um acordo vertical, que geralmente implica que os atos pró-concorrenciais de uma das empresas beneficiam a outra parte do acordo e, em última análise, os consumidores. Por conseguinte, contrariamente aos acordos horizontais, as partes de um acordo vertical tendem a ter

⁷ Ver, nomeadamente, os acórdãos nos processos apensos 56/64 e 58/64, Grundig-Consten/Comissão, EU:C:1966:41; no processo 56/65, Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, EU:C:1966:38; e no processo T-77/92, Parker Pen/Comissão, EU:T:1994:85.

⁸ Para efeitos da aplicação do VBER, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), por «restrição vertical» entende-se «uma restrição da concorrência num acordo vertical *abrangida* pelo n.º 1 do artigo 101.º do Tratado» [itálico nosso]. A secção 3 das presentes orientações contém orientações mais aprofundadas sobre os acordos verticais geralmente *não abrangidos* pelo artigo 101.º, n.º 1.

⁹ Ver Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97, no que se refere à metodologia geral e interpretação, pela Comissão, das condições de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e em especial do artigo 101.º, n.º 3.

um incentivo a chegarem a um acordo com preços mais baixos e níveis mais elevados de serviço, o que também beneficia os consumidores. A natureza complementar das atividades das partes de um acordo vertical para a colocação no mercado de bens e serviços também implica que as restrições verticais são suscetíveis de proporcionar uma margem substancial para obter ganhos de eficiência, por exemplo, otimizando os processos e serviços de fabrico e distribuição.

- (9) As empresas com poder de mercado podem tentar recorrer às restrições verticais para fins anticompetitivos que, em última análise, prejudicam os consumidores. O poder de mercado é a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis concorrenciais durante um período de tempo não desprezável. O grau de poder de mercado habitualmente exigível para concluir pela existência de uma infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 102.º. No entanto, tendo em conta a natureza complementar das atividades das partes de um acordo vertical, o exercício do poder de mercado por uma empresa, tanto a montante como a jusante, geralmente prejudicaria a procura dos bens ou serviços contratuais da outra empresa parte no acordo vertical. Por conseguinte, as empresas que sejam parte num acordo têm geralmente um incentivo para impedir o exercício do poder de mercado da outra empresa no contrato.

2.1. Efeitos positivos

- (10) Os acordos verticais podem ter efeitos positivos, como, por exemplo, preços mais baixos, a promoção da concorrência não relacionada com o nível de preços ou a melhoria da qualidade dos serviços. As transações em condições de concorrência entre fornecedor e comprador, que determinam apenas o preço e a quantidade de uma determinada transação, muitas vezes, podem conduzir a um nível subotimizado de investimentos e vendas, dado que não têm em consideração as externalidades decorrentes da natureza complementar das atividades do fornecedor e dos seus distribuidores. Estas externalidades inserem-se em duas categorias: externalidades verticais e externalidades horizontais.
- (11) As externalidades verticais surgem devido ao facto de as decisões e os atos em diferentes níveis da cadeia de abastecimento e distribuição determinarem aspetos da venda de bens ou serviços, como o preço, a qualidade, os serviços conexos e a comercialização, que não só afetam a empresa que toma as decisões, mas também afetam outras empresas noutros níveis da cadeia de abastecimento ou distribuição. Por exemplo, pode dar-se o caso de um distribuidor não retirar todos os benefícios dos seus esforços de promoção das vendas, já que alguns podem reverter a favor do fornecedor. Tal deve-se ao facto de, para cada unidade suplementar que o distribuidor venda devido à redução do preço de revenda ou ao reforço dos esforços de venda, o fornecedor beneficiar se o preço por grosso exceder os seus custos de produção marginais. Por conseguinte, poderá ser oferecida ao fornecedor uma externalidade positiva devido às ações do distribuidor. Em contrapartida, poderá haver situações em que, do ponto de vista do fornecedor, o distribuidor poderá fixar preços demasiado elevados¹⁰ e/ou desenvolver poucos esforços de venda.
- (12) Podem surgir externalidades horizontais entre distribuidores dos mesmos bens e serviços quando o distribuidor não consegue tirar plenamente partido dos benefícios

¹⁰ Problema por vezes denominado «problema de dupla marginalização».

dos seus esforços de venda. Por exemplo, os serviços de pré-venda que aumentam a procura prestados por um distribuidor, como o aconselhamento personalizado relativo a determinados bens ou serviços, podem conduzir a um aumento das vendas dos distribuidores concorrentes que oferecem os mesmos bens ou serviços, criando, assim, incentivos ao parasitismo (*free-ride*) por parte dos distribuidores de serviços prestados por outros. Num meio de distribuição omnicanal (tanto em linha como fora dela), o parasitismo pode ocorrer em ambos os sentidos¹¹. Por exemplo, os clientes podem dirigir-se a uma loja física para testar os bens ou serviços ou obter outras informações úteis para fundamentarem a sua decisão de compra, mas, posteriormente, encomendam o produto pela Internet a um distribuidor diferente. Em contrapartida, os clientes podem recolher informações na fase de pré-compra (nomeadamente, inspiração, informações e avaliação) numa loja em linha e, posteriormente, dirigir-se a um estabelecimento tradicional, solicitar e testar determinados bens ou serviços com base nestas informações e, por fim, adquiri-los no estabelecimento tradicional. Sempre que este parasitismo seja possível e sempre que o distribuidor que presta os serviços de pré-venda não consiga tirar plenamente partido dos benefícios, tal poderá conduzir a uma prestação subotimizada desses serviços em termos de quantidade ou qualidade.

- (13) Na presença de tais externalidades, os fornecedores têm um incentivo a controlarem determinados aspetos da atividade dos seus distribuidores. Os acordos verticais podem, nomeadamente, permitir aos fornecedores internalizar os efeitos externos referidos e aumentar os lucros conjuntos da cadeia de abastecimento e distribuição vertical e, em determinadas circunstâncias, o bem-estar dos consumidores.
- (14) Embora tentando apresentar um panorama abrangente das várias justificações para as restrições verticais, as presentes orientações não pretendem ser completas nem exaustivas. As razões que se seguem podem justificar a aplicação de certas restrições verticais.
 - (a) A questão da externalidade vertical ou o problema de dupla marginalização: se o fornecedor impuser um preço máximo de revenda ao distribuidor, pode-se evitar o estabelecimento de um preço demasiado elevado pelo distribuidor, não tendo em conta o efeito das suas decisões no fornecedor. Para reforçar os esforços de venda do distribuidor, o fornecedor pode, por exemplo, recorrer à distribuição seletiva ou à distribuição exclusiva.
 - (b) O problema do parasitismo: o parasitismo entre compradores pode surgir a nível grossista ou retalhista, nomeadamente nos casos em que o fornecedor não consiga impor a todos os compradores exigências de promoção ou de serviços eficazes. O parasitismo entre compradores só pode ocorrer em serviços pré-venda e noutras atividades promocionais, mas não em serviços pós-venda, relativamente aos quais o distribuidor pode faturar os seus clientes individualmente. Os esforços de pré-venda no contexto das quais o parasitismo pode surgir podem ser importantes, por exemplo, caso os bens ou serviços sejam relativamente novos, tecnicamente complexos ou de elevado valor ou caso a reputação dos bens ou serviços seja um fator determinante da sua

¹¹ Ver Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation* [Avaliação do Regulamento Isenção por Categoria Vertical], SWD(2020) 172 final de 10.5.2017, p. 31, bem como o estudo de avaliação referido; Comissão, Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM(2017) 229 final, 10 de maio de 2017, ponto 11.

procura. As restrições de não concorrência podem ajudar a ultrapassar o parasitismo entre fornecedores.

- (c) Abrir novos mercados ou entrar em novos mercados: quando um fornecedor pretende entrar num novo mercado geográfico, por exemplo, exportando para outro país, tal pode envolver investimentos irrecuperáveis especiais por parte do distribuidor, a fim de implantar a marca no mercado. A fim de convencer um distribuidor local a realizar estes investimentos, pode ser necessário proporcionar-lhe proteção territorial, para que esse distribuidor possa recuperar estes investimentos. Tal pode justificar a imposição aos distribuidores estabelecidos noutros mercados geográficos de uma restrição da venda no novo mercado (ver igualmente ponto 167 das presentes orientações). Trata-se de um caso especial do problema do parasitismo descrito na alínea b) acima.
- (d) O reconhecimento do problema do parasitismo: Em alguns setores, certos distribuidores têm uma reputação de venderem apenas bens de elevada qualidade ou prestarem serviços de elevada qualidade (os denominados «distribuidores de qualidade»). Nesse caso, a venda por meio destes distribuidores pode revelar-se vital, em particular, para o lançamento bem-sucedido de um novo produto. Se o fornecedor não puder limitar as suas vendas aos distribuidores de qualidade, corre o risco de ver os seus produtos eliminados da gama dos distribuidores. Porém, podem existir justificações que permitam a distribuição exclusiva ou a distribuição seletiva.
- (e) O problema da catividade (*hold-up*): por vezes, existem investimentos específicos a um cliente, efetuados quer pelo fornecedor quer pelo comprador, tais como investimentos em equipamento especial ou formação. Por exemplo, um fabricante de componentes poderá ter de construir máquinas e equipamento novos a fim de satisfazer uma determinada exigência de um dos seus clientes. Nos casos em que não seja possível contratar diretamente estes investimentos específicos aos clientes ou só seja possível contratá-los parcialmente, a empresa em causa pode não conseguir comprometer-se a realizar o investimento ao nível ideal do ponto de vista do fornecedor, podendo o comprador efetuar apenas investimentos subotimizados após ter sido selecionado pelo fornecedor. Os acordos verticais podem ajudar a eliminar ou atenuar este problema de compromisso.
- (f) O problema específico da catividade que pode surgir em caso de transferência de saber-fazer substancial: após o fornecimento do saber-fazer, este não pode ser retirado e o fornecedor do saber-fazer pode pretender que não seja utilizado pelos seus concorrentes. Na medida em que o saber-fazer não se encontre diretamente à disposição do comprador e seja essencial e indispensável para o funcionamento do acordo, essa transferência pode justificar uma restrição de não concorrência, que, de modo geral, não será abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, nestes casos.
- (g) Economias de escala a nível da distribuição: A fim de explorar as economias de escala e, desta forma, conseguir um preço de retalho inferior para os seus bens ou serviços, o fabricante pode pretender concentrar a revenda dos seus bens ou serviços num número limitado de distribuidores. Para tal, pode recorrer à distribuição exclusiva, à obrigação de aquisição de determinadas quantidades sob a forma de uma exigência de compra mínima, à distribuição seletiva com uma exigência desse tipo ou à obrigação de abastecimento exclusivo.

- (h) Uniformidade e normalização da qualidade: Uma restrição vertical pode ajudar a criar uma imagem de marca, por meio da imposição de uma certa uniformidade e da normalização da qualidade a nível dos distribuidores, melhorando, desta forma, a atratividade dos bens ou serviços em causa para os consumidores finais e, por conseguinte, aumentando as vendas. Tal aplica-se, por exemplo, à distribuição seletiva e aos acordos de franquia.
 - (i) Imperfeições do mercado de capitais: os fornecedores de capital como os bancos e os mercados de capitais podem fornecer capital de forma subotimizada quando dispõem de informações incompletas sobre a solvabilidade do mutuário ou quando a base de garantia do empréstimo é inadequada. O comprador ou fornecedor pode dispor de melhores informações e pode conseguir, por meio de uma relação exclusiva, obter garantias suplementares para o seu investimento. A concessão de um empréstimo pelo fornecedor ao comprador pode conduzir a uma obrigação de não concorrência ou à obrigação imposta ao comprador de adquirir determinadas quantidades. A concessão de um empréstimo pelo comprador ao fornecedor pode conduzir a uma obrigação de fornecimento exclusivo ou uma obrigação imposta ao fornecedor de vender determinadas quantidades.
- (15) As nove situações referidas no número anterior demonstram que os acordos verticais, de modo geral, são suscetíveis de contribuir para a obtenção de ganhos de eficiência e para o desenvolvimento de novos mercados, e que tal pode compensar os seus eventuais efeitos negativos. É o que acontece sobretudo nas restrições verticais que contribuem para a introdução de produtos novos e complexos ou protegem investimentos específicos a uma relação. Uma restrição vertical é por vezes necessária durante o tempo em que o fornecedor vende os seus bens ou serviços ao comprador [ver, em especial, as situações descritas nas alíneas a), b), f), g) e h) do número anterior].
- (16) Existe um elevado grau de substituíbilidade entre as diferentes restrições verticais. Tal significa que o mesmo problema de ineficiência pode ser solucionado por meio de diferentes restrições verticais. Por exemplo, poderá ser possível alcançar economias de escala a nível da distribuição recorrendo à distribuição exclusiva, à distribuição seletiva ou à imposição de uma obrigação de aquisição ou venda de determinadas quantidades ou de uma obrigação de abastecimento exclusivo. Porém, os efeitos negativos sobre a concorrência podem ser diferentes consoante as várias restrições verticais, o que constitui um elemento determinante quando a imprescindibilidade das restrições verticais é apreciada à luz do artigo 101.º, n.º 3.

2.2. Efeitos negativos

- (17) Os efeitos negativos no mercado que podem resultar de restrições verticais e que a legislação da UE em matéria de concorrência visa impedir são, nomeadamente, os seguintes:
- (a) Exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores ou de outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada ou à expansão;

- (b) Abrandamento da concorrência entre o fornecedor e os seus concorrentes e/ou facilitação da colusão (explícita ou tácita)¹² entre esses fornecedores, efeitos frequentemente designados por «redução da concorrência intermarcas»;
 - (c) Abrandamento da concorrência entre o comprador e os seus concorrentes ou facilitação da colusão (explícita ou tácita) entre esses compradores. No entanto, a redução da concorrência intramarcas (ou seja, a concorrência entre distribuidores dos bens ou serviços do mesmo fornecedor), por si própria, não é suscetível de conduzir a efeitos negativos sobre os consumidores se houver uma robusta concorrência intermarcas (ou seja, a concorrência entre distribuidores dos bens ou serviços de diferentes fornecedores);
 - (d) Criação de obstáculos à integração do mercado, nomeadamente limitações à escolha dos consumidores na compra de bens ou serviços em qualquer Estado-Membro.
- (18) O encerramento do mercado, o abrandamento da concorrência e a colusão a nível dos fornecedores são suscetíveis de prejudicar os consumidores, em especial por meio de um aumento dos preços por grosso dos bens ou serviços (o que, por sua vez, pode conduzir ao aumento dos preços de retalho), da limitação da escolha de bens ou serviços, da diminuição da sua qualidade ou da redução do nível de inovação a nível dos fornecedores. O encerramento do mercado, o abrandamento da concorrência e a colusão a nível dos distribuidores são suscetíveis de prejudicar os consumidores, em especial por meio de um aumento dos preços de venda a retalho dos bens ou serviços, da limitação da escolha de combinações preço-produto e formatos de distribuição, da diminuição da disponibilidade e da qualidade dos serviços a retalho e da redução do nível de inovação a nível da distribuição.
- (19) Num mercado em que cada retalhista individual distribui a marca ou marcas de apenas um fornecedor, uma redução da concorrência entre os distribuidores da mesma marca provocará uma redução da concorrência intramarcas entre esses distribuidores, mas poderá não ter um efeito negativo na concorrência entre os distribuidores na generalidade. Neste caso, se a concorrência intermarcas for intensa, é pouco provável que uma redução da concorrência intramarcas tenha efeitos negativos para os consumidores.
- (20) Os eventuais efeitos negativos das restrições verticais são agravados quando vários fornecedores e os seus compradores organizam as suas atividades comerciais de forma semelhante, o que leva aos denominados efeitos cumulativos¹³.

3. ACORDOS VERTICAIS GERALMENTE NÃO ABRANGIDOS PELO ARTIGO 101.º, N.º 1

3.1. Inexistência de afetação do comércio, acordos de pequena importância e PME

- (21) Antes de abordar o âmbito de aplicação do VBER, a sua aplicação e, de modo mais geral, a apreciação dos acordos verticais à luz do artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, é importante recordar que o VBER só é aplicável aos acordos *abrangidos* pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.

¹² No que respeita aos conceitos de colusão explícita e tácita, ver acórdão nos processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 to C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e outros/Comissão*, EU:C:1993:120.

¹³ Os efeitos cumulativos podem, nomeadamente, justificar a retirada do benefício do VBER, ver seção 7.1 das presentes orientações.

- (22) Os acordos que não sejam suscetíveis de afetar sensivelmente as trocas comerciais entre os Estados-Membros (inexistência de afetação do comércio) ou que não restrinjam sensivelmente a concorrência (acordos de pequena importância) não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1¹⁴. A Comissão forneceu orientações relativas à inexistência de afetação do comércio nas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (a seguir designadas por «orientações relativas à afetação do comércio»)¹⁵, e relativas aos acordos de pequena importância na Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação *de minimis*)¹⁶. As presentes orientações não prejudicam as orientações relativas à afetação do comércio, a Comunicação *de minimis* nem nenhuma orientação futura da Comissão a este respeito.
- (23) As orientações relativas à afetação do comércio estabelecem os princípios desenvolvidos pelos tribunais da União para interpretar o conceito de afetação do comércio e indicam em que situações os acordos são pouco suscetíveis de afetarem sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros. Incluem uma presunção negativa elidível aplicável a todos os acordos na aceção do artigo 101, n.º 1, independentemente da natureza das restrições existentes nesses acordos, sendo, por conseguinte, aplicável aos acordos que contêm restrições graves¹⁷. De acordo com esta presunção, em princípio, os acordos verticais não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros se i) a quota de mercado combinada das partes em qualquer mercado relevante na União afetado pelo acordo não exceder 5 %, e ii) o volume de negócios anual combinado na União do fornecedor gerado por meio dos produtos abrangidos pelo acordo não exceder 40 milhões de EUR¹⁸. A Comissão só pode ilidir esta presunção se a análise das características do acordo e do contexto económico em que ele se insere demonstrar o contrário.
- (24) Conforme estabelecido na Comunicação *de minimis*, de modo geral, considera-se que os acordos verticais celebrados por empresas não concorrentes não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, se a quota de mercado de cada uma das partes do acordo não exceder 15 % em qualquer mercado relevante afetado pelo acordo¹⁹. Esta regra geral está sujeita a duas exceções. Em primeiro lugar, no que respeita às restrições graves, o artigo 101.º, n.º 1, é aplicável independentemente das quotas de mercado das partes²⁰, pois um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial pode constituir, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à

¹⁴ Ver acórdão no processo C-226/11, Expedia Inc./Autorité de la concurrence, EU:C:2012:795, n.ºs 16 e 17, que contêm mais referências.

¹⁵ JO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

¹⁶ JO C 291 de 30.8.2014, p. 1.

¹⁷ Orientações relativas à afetação do comércio, n.º 50.

¹⁸ Orientações relativas à afetação do comércio, n.º 52.

¹⁹ Comunicação *de minimis*, ponto 8, que inclui igualmente um limiar de quota de mercado para os acordos entre concorrentes reais ou potenciais, segundo o qual tais acordos não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo.

²⁰ Ver acórdãos no processo 5/69, RSV/Comissão, ECLI:EU:C:1969:35; no processo 1/71, Cadillon/Höss, EU:C:1971:47 e no processo C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, EU:C:1998:173, n.ºs 16 e 17.

concorrência²¹. Em segundo lugar, o limiar das quotas de mercado de 15 % é reduzido para 5 % se a concorrência for restringida no mercado relevante por meio do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos. Os pontos 241 a 243 das presentes orientações abordam os efeitos cumulativos no contexto da retirada do benefício do VBER. A Comunicação *de minimis* clarifica que, em geral, não se considera que os distribuidores ou fornecedores individuais com quotas de mercado que não excedam 5 % contribuem significativamente para um efeito cumulativo de encerramento do mercado²².

- (25) Além disso, não se presume que os acordos verticais celebrados por uma ou mais empresas cujas quotas de mercado individuais excedam 15 % são automaticamente abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Estes acordos podem ainda assim não ter um efeito sensível no comércio entre os Estados-Membros ou podem não constituir uma restrição sensível da concorrência²³. Por conseguinte, necessitam de ser apreciados no seu contexto jurídico e económico. As presentes orientações contêm critérios para as partes interessadas em tais acordos.
- (26) Além disso, a Comissão considera que os acordos verticais entre as pequenas e médias empresas (a seguir designadas por «PME»)²⁴ são raramente suscetíveis de afetarem sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros. A Comissão também considera que tais acordos raramente restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, exceto se tiverem como objetivo restrições graves à concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Por conseguinte, os acordos verticais entre PME geralmente não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Nos casos em que tais acordos satisfazem, no entanto, as condições de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a Comissão evitará, em geral, dar início a processos devido à ausência de interesse suficiente para a União, exceto se as empresas, coletiva ou individualmente, detiverem uma posição dominante numa parte substancial do mercado interno.

3.2. Acordos de agência

3.2.1. Definição de acordos de agência

- (27) Um agente é uma pessoa singular ou coletiva incumbida de negociar e/ou celebrar contratos por conta de outra pessoa (o comitente), quer em nome do próprio agente, quer em nome do comitente, relativamente à compra de bens ou serviços pelo comitente, ou à venda de bens ou serviços fornecidos pelo comitente.
- (28) Em determinadas circunstâncias, a relação entre um agente e o seu comitente pode caracterizar-se pela circunstância de o agente deixar de atuar enquanto operador económico independente. Tal aplica-se nos casos em que o agente não suporta nenhum risco financeiro ou comercial ou suporta apenas um risco financeiro ou comercial insignificante relativamente aos contratos celebrados ou negociados por conta do comitente, tal como se explica mais aprofundadamente abaixo²⁵. Neste caso, o acordo de agência não é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º,

²¹ Acórdão no processo C-226/11, Expedia Inc./Autorité de la concurrence, EU:C:2012:795, n.º 37.

²² Comunicação *de minimis*, n.º 8.

²³ Ver acórdão no processo T-7/93, Tetra Pak/Comissão, EU:T:1995:98, n.º 98.

²⁴ Na aceção do anexo da Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, JO L 124 de 20.5.2003, p. 36.

²⁵ Ver acórdãos no processo T-325/01, Daimler Chrysler/Comissão, EU:T:2005:322; no processo C-217/05, Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA, EU:C:2006:784; e no processo C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL, EU:C:2008:485.

n.º 1. A qualificação que as partes ou a legislação nacional atribuem ao acordo não é relevante para efeitos de apreciação. Dado que constituem uma exceção à aplicabilidade geral do artigo 101.º aos acordos entre empresas, as condições da categorização de um acordo enquanto acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, devem ser interpretadas de forma restritiva.

- (29) Existem três tipos de riscos financeiros ou comerciais que são relevantes na categorização de um acordo enquanto acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.
- Em primeiro lugar, existem riscos específicos a cada contrato, diretamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo agente por conta do comitente, tais como o financiamento de existências.
 - Em segundo lugar, existem riscos específicos dos investimentos associados ao mercado em causa. Trata-se de investimentos exigidos especificamente pela atividade para a qual o agente foi nomeado pelo comitente, isto é, que são necessários para permitir que o agente celebre e/ou negocie este tipo de contratos. Tais investimentos são normalmente irrecuperáveis, o que significa que após o abandono desse domínio de atividade específico, o investimento não pode ser utilizado para outras atividades ou só pode ser vendido com prejuízos significativos.
 - Em terceiro lugar, existem riscos relacionados com outras atividades exercidas no mesmo mercado do produto, na medida em que o comitente exija ao agente, ao abrigo da relação de agência, que exerça tais atividades, não na qualidade de agente por conta do comitente, mas por sua própria conta.
- (30) Para efeitos de aplicação do artigo 101, n.º 1, do TFUE, os acordos só serão considerados acordos de agência se o agente não suportar nenhum dos três tipos de risco referidos acima ou apenas suportar um nível insignificante dos mesmos. A dimensão desses riscos suportados pelo agente será apreciada de modo geral com base nas receitas geradas pelo agente com a prestação dos serviços de agência e não com base nas receitas geradas com a venda dos bens ou serviços abrangidos pelo acordo de agência. Contudo, os riscos relacionados com a atividade de prestação de serviços de agência em geral, tais como o risco de as receitas do agente dependerem do seu êxito enquanto agente ou de investimentos gerais em, por exemplo, instalações ou pessoal suscetíveis de serem utilizados em qualquer atividade, não são relevantes para esta apreciação.
- (31) Tendo em conta o que precede a lista que se segue fornece exemplos, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, das características geralmente encontradas nos acordos de agência. Trata-se dos casos em que o agente:
- (a) Não adquire a propriedade dos bens comprados ou vendidos ao abrigo do acordo de agência e o próprio não fornece os serviços contratuais. O facto de o agente, por um período muito breve, poder ser temporariamente proprietário dos bens contratuais ao vendê-los por conta do comitente não obsta à existência de um acordo de agência, contanto que o agente não suporte nenhum custo ou risco relacionado com a transferência da propriedade;
 - (b) Não contribui para os custos relativos ao fornecimento/aquisição dos bens ou serviços contratuais, incluindo os custos de transporte dos bens. Tal não impede o agente de prestar o serviço de transporte, desde que os custos sejam cobertos pelo comitente;

- (c) Não mantenha por sua conta e risco existências dos produtos contratuais, incluindo os custos de financiamento de existências e os custos de perda de existências, e possa devolver ao comitente produtos não vendidos sem qualquer pagamento, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis a fim de evitar a perda de existências);
 - (d) Não assuma responsabilidade pelo incumprimento do contrato por parte dos clientes (por exemplo, pela falta de pagamento do cliente), à exceção da perda da sua comissão, a não ser que o agente possa ser responsabilizado por negligência (por exemplo, incumprimento de medidas de segurança razoáveis ou de medidas de prevenção do roubo ou incumprimento de medidas razoáveis para participar um roubo ao comitente ou à polícia ou para comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que tenha conhecimento sobre a solvabilidade financeira do cliente);
 - (e) Não assuma responsabilidade face a clientes ou terceiros por perdas ou danos resultantes do fornecimento de bens contratuais ou da prestação de serviços contratuais, exceto se, na qualidade de agente, possa ser responsabilizado por negligência a este respeito;
 - (f) Não seja, direta ou indiretamente, obrigado a investir na promoção das vendas, nomeadamente por meio de contribuições para o orçamento de publicidade do comitente ou para a publicidade ou atividades promocionais especificamente relacionadas com os bens e serviços contratuais;
 - (g) Não efetue investimentos específicos ao mercado em equipamento, instalações, formação de pessoal ou publicidade específica aos bens ou serviços contratuais, como, por exemplo, os depósitos de armazenamento de gasolina, no caso de venda a retalho de gasolina, *softwares* específicos para a venda de apólices de seguros, no caso de agentes de seguros, ou publicidade relacionada com as rotas ou os destinos, no caso de agências de viagens que vendam viagens de avião ou alojamento, salvo se tais custos forem reembolsados na íntegra pelo comitente;
 - (h) Não exerça outras atividades no mesmo mercado do produto exigidas pelo comitente ao abrigo da relação de agência (por exemplo, a entrega de bens), salvo se tais atividades forem reembolsadas na íntegra pelo comitente.
- (32) Quando o agente incorre num ou mais dos riscos ou custos referidos nos pontos 28 a 31 das presentes orientações, o acordo entre o agente e o comitente não será considerado um acordo de agência. A questão do risco tem de ser apreciada caso a caso, à luz da realidade económica da situação, e não da sua forma jurídica. Por razões de ordem prática, a análise de risco pode ter início com a apreciação dos riscos específicos ao contrato. Se o agente incorrer em riscos específicos ao contrato não negligenciáveis, tal será suficiente para concluir que o agente é um distribuidor independente. Se o agente não incorrer em riscos específicos ao contrato, será necessário prosseguir a análise avaliando os riscos relacionados com os investimentos específicos ao mercado. Por último, se o agente não incorrer em riscos específicos ao contrato nem em riscos relacionados com investimentos específicos ao mercado, os riscos relativos a outras atividades exigidas ao abrigo da relação de agência no mesmo mercado do produto poderão ter de ser tomados em consideração.

- (33) O comitente poderá recorrer a diversos métodos de reembolso dos riscos relevantes, desde que esses métodos assegurem que o agente não suporta nenhum dos tipos de risco indicados nos pontos 28 a 31 das presentes orientações ou apenas suporta uma parte negligenciável dos mesmos. Por exemplo, o comitente poderá decidir reembolsar os custos na medida exata dos incorridos, poderá cobrir os custos por meio de um montante fixo ou poderá pagar ao agente uma percentagem fixa das receitas geradas com a venda dos bens ou serviços ao abrigo do acordo de agência. Para assegurar a cobertura de todos os riscos relevantes, poderá ser necessário estabelecer um método simples para que o agente declare e solicite o reembolso de todos os custos que excedam o montante fixo ou a percentagem fixa acordada. Também poderá ser necessário que o comitente controle sistematicamente todas as alterações dos custos relevantes e adapte o montante fixo ou a percentagem fixa em conformidade. Quando os custos relevantes são reembolsados mediante uma percentagem do preço dos produtos vendidos ao abrigo do acordo de agência, o comitente deve ter igualmente em conta a possibilidade de o agente incorrer em custos de investimento relevantes específicos ao mercado mesmo se este efetuar poucas vendas ou não efetuar nenhuma venda durante um determinado período. O comitente tem de reembolsar estes custos.
- (34) Um distribuidor independente de alguns dos bens ou serviços de um fornecedor também pode atuar enquanto agente relativamente a outros bens ou serviços do mesmo fornecedor, contanto que as atividades e os riscos cobertos pelo acordo de agência sejam suscetíveis de serem determinados (por exemplo, devido ao facto de incidirem sobre bens ou serviços que apresentam funcionalidades suplementares ou características novas). Para que o acordo seja considerado um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, o distribuidor independente tem de ser genuinamente livre de celebrar um acordo de agência (por exemplo, a relação de agência não pode ser imposta pelo comitente *de facto* por meio de ameaça de cessação ou agravamento das condições subjacentes à relação de distribuição) e, tal como referido nos pontos 28 a 31 das presentes orientações, todos os riscos relevantes associados à venda dos bens ou serviços abrangidos pelo acordo de agência, incluindo investimentos específicos ao mercado, têm de ser suportados pelo comitente.
- (35) Se um agente exercer outras atividades por seu próprio risco para o mesmo fornecedor ou para outros fornecedores, existe um risco de as condições impostas ao agente em razão da sua atividade de agência virem a influenciar os seus incentivos e a limitar a sua liberdade na tomada de decisão ao vender produtos atividade independente. Existe, nomeadamente, um risco de a política de preços do comitente relativa aos produtos vendidos ao abrigo do acordo de agência vir a influenciar os incentivos do agente/distribuidor a fixar independentemente os preços dos produtos que vende enquanto distribuidor independente. Além disso, a combinação da agência e da distribuição independente relativamente ao mesmo fornecedor cria complicações a nível da distinção entre os investimentos e custos relacionados com a função de agência, incluindo investimentos específicos ao mercado, e os que só estão relacionados com a atividade independente. Por conseguinte, nestes casos, a apreciação destinada a saber se uma relação de agência satisfaz as condições

estabelecidas nos pontos 28 a 31 das presentes orientações pode revelar-se especialmente complexa²⁶.

- (36) Os riscos descritos nos pontos 28 a 31 das presentes orientações revestem-se de especial preocupação se o agente realizar outras atividades enquanto distribuidor independente relativamente ao mesmo comitente no mesmo mercado do produto. Em contrapartida, estes riscos são menos suscetíveis de surgirem se as outras atividades realizadas pelo agente enquanto distribuidor independente disser respeito a um mercado do produto diferente²⁷. Em termos mais gerais, quanto menos permutáveis sejam os produtos, menor a probabilidade de esses riscos surgirem. Em mercados compostos de produtos que não apresentam características objetivamente distintas, como uma melhor qualidade, novas características ou funções suplementares, afigura-se dificultada essa delimitação, podendo, por conseguinte, existir um risco significativo de o agente ser influenciado pelas condições do acordo de agência, nomeadamente no que respeita à fixação de preços, relativamente aos produtos que distribui de forma independente.
- (37) A fim de identificar os investimentos específicos ao mercado a reembolsar ao celebrar um acordo de agência com um distribuidor independente que já atue no mercado relevante, o comitente deve considerar a situação hipotética de um agente que não atue ainda no mercado relevante a fim de avaliar que investimentos são relevantes no tipo de atividade para a qual o agente é nomeado. Os únicos investimentos específicos ao mercado que o comitente não teria de cobrir seriam o que estivessem exclusivamente relacionados com a venda de produtos diferenciados no mesmo mercado do produto que não fosse feita ao abrigo do acordo de agência, sendo os produtos distribuídos de forma independente, contrariamente aos investimentos específicos ao mercado necessários ao exercício da atividade no mercado do produto relevante, que o comitente teria de cobrir em todo o caso. Tal dever-se-ia ao facto de o agente não incorrer em custos específicos ao mercado relativos aos produtos diferenciados se não atuasse igualmente enquanto distribuidor independente desses produtos para além dos produtos que distribui enquanto agente, desde que possa exercer atividade no mercado relevante sem vender os primeiros. O reembolso pode ser ajustado proporcionalmente caso os investimentos relevantes já se tenham depreciado (por exemplo, investimentos em mobiliário específico à atividade).
- (38) Exemplo de possível afetação de custos caso um distribuidor atue também enquanto agente relativamente a determinados produtos para o mesmo fornecedor.

Um distribuidor independente vende os produtos A, B e C. Os produtos A e B pertencem ao mesmo mercado do produto, que compreende produtos diferenciados que apresentam características objetivamente distintas. O produto C pertence a um mercado do produto diferente.

Um fornecedor do produto B geralmente distribui os seus produtos por meio de distribuidores independentes. No entanto, para a distribuição de um tipo particular do

²⁶ Acórdão de 16 de dezembro de 1975 nos processos apensos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA e outros/Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:C:1975:174, n.ºs 537 a 557.

²⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) de 15 de setembro de 2005 no processo T-325/01, DaimlerChrysler AG/Comissão das Comunidades Europeias, ECLI:EU:T:2005:322, n.ºs 100 e 113.

mesmo produto, nomeadamente o produto A, que apresenta uma nova funcionalidade, deseja recorrer a um acordo de agência, o qual propõe aos seus distribuidores independentes existentes no mesmo mercado do produto sem exigir, *de jure* ou *de facto*, que estes celebrem este acordo.

No que respeita aos acordos de agência que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e a fim de satisfazer as condições constantes dos pontos 28 a 31 das presentes orientações, o comitente tem de cobrir todos os investimentos relevantes para a atividade de venda dos produtos A e B (não apenas o produto A), uma vez que ambos pertencem ao mesmo mercado do produto. Por exemplo, todos os custos incorridos para adaptar ou equipar um estabelecimento a fim de expor e vender os produtos A e B são suscetíveis de serem específicos ao mercado. Analogamente, os custos da formação do pessoal, necessária para vender os produtos A e B, e os custos relacionados com o equipamento de armazenamento específico, eventualmente necessário para os produtos A e B, são suscetíveis de serem específicos ao mercado. Estes investimentos relevantes, que, geralmente, seriam necessários para que um agente pudesse entrar no mercado e começar a vender os produtos A e B, devem ser suportados pelo comitente mesmo se o agente específico já estiver estabelecido no mercado enquanto distribuidor independente.

No entanto, o comitente não teria de cobrir os investimentos relacionados com a venda do produto C, que não pertence ao mesmo mercado do produto que os produtos A e B. Além disso, caso a venda do produto B exija investimentos específicos que não sejam necessários para a venda do produto A (por exemplo, mobiliário ou formação do pessoal específica), tais investimento não seriam relevantes e, por conseguinte, não teriam de ser cobertos pelo comitente, desde que o distribuidor possa exercer a atividade no mercado relevante que compreende os produtos A e B, vendendo apenas o produto A.

No que respeita à publicidade, os investimentos na publicidade ao próprio estabelecimento do agente (em oposição à publicidade específica ao produto A) beneficiaria quer o estabelecimento do agente de forma geral, quer a venda dos produtos A, B e C, embora só o produto A seja vendido ao abrigo do acordo de agência. Por conseguinte, estes custos seriam parcialmente relevantes para efeitos de apreciação do acordo de agência, na medida em que estejam relacionados com a venda do produto A, vendido ao abrigo do acordo de agência, sendo igualmente relevantes para a atividade geral de venda dos produtos A e B. Todavia, o custo de uma campanha de publicidade exclusivamente relativa aos produtos B e C não seria relevante e, por conseguinte, não teria de ser coberto pelo comitente, desde que o distribuidor possa exercer a atividade no mercado relevante, vendendo apenas o produto A.

Os mesmos princípios são aplicáveis aos investimentos num sítio Web ou numa loja em linha, uma vez que uma parte destes investimentos não seria relevante, porquanto teriam de ser realizados independentemente dos produtos vendidos ao abrigo do acordo de agência. Por conseguinte, os investimentos gerais da criação de um sítio Web não teriam de ser reembolsados, na medida em que a própria estrutura do sítio Web pudesse ser utilizada na venda de outros produtos que não os pertencentes ao mercado do produto relevante (por exemplo, os produtos C ou, de modo mais geral, outros produtos que não os produtos A e C). Contudo, os investimentos relacionados com a atividade de venda ou publicidade dos produtos no mercado do produto relevante (ou seja, os produtos A e B) no sítio Web seriam relevantes, pelo que, dependendo do nível de investimento necessário para publicitar e vender os produtos

A e B no sítio Web, o comitente teria de cobrir uma parte dos custos de criação do sítio Web ou da loja em linha. Todos os investimentos específicos relacionados com a publicidade ou venda apenas do produto B não teriam de ser cobertos, desde que o distribuidor possa exercer a atividade no mercado relevante, vendendo apenas o produto A.

3.2.2. *Aplicação do artigo 101.º, n.º 1, aos acordos de agência*

- (39) Se um acordo preencher as condições de classificação como acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a função de venda ou aquisição do agente faz parte das atividades do comitente. Uma vez que o comitente suporta os riscos comerciais e financeiros relacionados com a venda e aquisição dos bens ou serviços contratuais, as obrigações impostas ao agente relativamente aos contratos concluídos e/ou negociados por conta do comitente não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Considerar-se-á que a presunção, por parte do agente, das obrigações enunciadas no final do presente número integra inerentemente o acordo de agência, dado que estas obrigações estão relacionadas com a capacidade de o comitente determinar o alcance da atividade do agente no que respeita aos bens ou serviços contratuais. Trata-se de um elemento essencial para que o comitente assuma os riscos relativos aos contratos celebrados e/ou negociados pelo agente por conta do comitente. Por conseguinte, o comitente pode determinar a estratégia comercial no que respeita a:
- (a) Limitações relativas ao território no qual o agente pode vender tais bens ou serviços;
 - (b) Limitações em relação aos grupos de clientes a quem o agente pode vender os bens ou serviços contratuais; ou
 - (c) Preços e condições em que o agente tem de vender ou adquirir os bens ou serviços contratuais.
- (40) Em contrapartida, quando o agente suporta um ou mais riscos relevantes descritos nos pontos 28 a 31 das presentes orientações, o acordo celebrado entre o agente e o comitente não constitui um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Neste caso, o agente será considerado uma empresa independente e o acordo celebrado entre o agente e o comitente será abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, como qualquer outro acordo vertical. É por este motivo que o artigo 1.º, n.º 1, alínea k), do VBER esclarece que uma empresa que, nos termos de um acordo abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, venda bens ou serviços por conta de outra empresa é um comprador.
- (41) Mesmo que não suporte nenhum dos riscos descritos nos pontos 28 a 31 das presentes orientações ou suporte apenas um nível insignificante dos mesmos, o agente continua a ser uma empresa independente do comitente, pelo que as disposições relativas à relação entre o agente e o comitente são suscetíveis de violarem o artigo 101.º, n.º 1, independentemente de integrarem o acordo que rege a venda ou compra dos produtos contratuais ou um acordo distinto. Tais disposições podem beneficiar do VBER, nomeadamente quando as condições previstas no artigo 5.º do VBER estão preenchidas ou, fora do âmbito de aplicação do referido regulamento, podem satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3, em casos individuais, tal como descrito na secção 8.1.2 das presentes orientações. Por exemplo, os acordos de agência podem incluir uma disposição que impeça o comitente de nomear outros agentes relativamente a um determinado tipo de

transação, cliente ou território (disposições de agência exclusiva) e/ou uma disposição que impeça o agente de agir enquanto agente ou distribuidor de empresas concorrentes do comitente (disposições de marca única). As disposições de agência exclusiva não provocam, geralmente, efeitos anticoncorrenciais. No entanto, as disposições de marca única e as disposições de não concorrência após o termo do contrato, que dizem respeito à concorrência intermarcas, podem violar o artigo 101.º, n.º 1, se contribuírem para um efeito (cumulativo) de encerramento do mercado relevante em que os bens ou serviços contratuais são vendidos ou comprados (ver, em especial, as secções 8.2.1 e 6.2.2 das presentes orientações).

- (42) Um acordo de agência pode igualmente ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, mesmo que o comitente suporte todos os riscos financeiros e comerciais relevantes, no caso de facilitar a colusão. Tal poderá, por exemplo, acontecer quando alguns comitentes utilizam os mesmos agentes, impedindo coletivamente outros de utilizarem estes agentes ou quando utilizam os agentes para uma colusão relativa à estratégia de comercialização ou para trocar informações de mercado sensíveis entre os comitentes.
- (43) Nos casos em que um distribuidor independente também atua enquanto agente relativamente a determinados bens ou serviços do mesmo fornecedor, o cumprimento dos requisitos estabelecidos nos pontos 34 a 37 das presentes orientações tem de ser rigorosamente apreciado. Tal é necessário a fim de evitar o abuso do conceito de agência em cenários em que o fornecedor não chega efetivamente a exercer uma atividade de retalho, tomando todas as decisões de distribuição associadas e assumindo todos os riscos conexos em conformidade com os princípios estabelecidos nos pontos 28 a 31, mas estabelecendo uma forma fácil de controlar os preços de retalho desses produtos que permite margens de revenda elevadas. Dado que a imposição de preços de venda constitui uma restrição grave ao abrigo do artigo 4.º do VBER, tal como referido na secção 6.1.1 das presentes orientações, os fornecedores não devem abusar do conceito de agência para evitar a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

3.2.3. *Agência e economia das plataformas em linha*

- (44) Ao abrigo do VBER (ver igualmente pontos 60 a 64 das presentes orientações), as empresas que prestam serviços de intermediação em linha são consideradas fornecedores e, por conseguinte, em princípio, não podem ser consideradas agentes para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Além disso, os prestadores de serviços de intermediação em linha atuam, geralmente, enquanto operadores económicos independentes, e não enquanto parte das empresas dos vendedores a quem prestam serviços de intermediação em linha. A existência de efeitos de rede consideráveis e de outras características da economia das plataformas em linha pode contribuir para um desequilíbrio significativo na dimensão e no poder de negociação das partes contratuais e pode resultar numa situação em que as condições de venda dos bens ou serviços contratuais e a estratégia comercial são determinados pelo prestador de serviços de intermediação em linha e não pelos vendedores dos bens e serviços objeto de intermediação. Acresce que, muitas vezes, os prestadores de serviços de intermediação em linha prestam serviços a um número muito grande de vendedores paralelamente, o que os impede efetivamente de fazerem parte das empresas dos vendedores. Além disso, tipicamente, os prestadores de serviços de intermediação em linha realizam investimentos específicos ao mercado significativos, por exemplo, nos suportes lógicos, em publicidade e em serviços pós-venda, o que implica que estas empresas suportam riscos financeiros ou comerciais significativos associados aos

contratos negociados por conta dos vendedores por meio dos seus serviços de intermediação em linha.

3.3. Contratos de fornecimento

- (45) De modo geral, os contratos de fornecimento, definidos na Comunicação da Comissão, de 18 de dezembro de 1978, relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (a seguir designada por «Comunicação relativa aos contratos de fornecimento»)²⁸, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. A Comunicação relativa aos contratos de fornecimento encontra-se ainda em vigor e contém orientações mais aprofundadas sobre a aplicação desta regra geral. A referida comunicação, nomeadamente, determina que, nos casos em que um comitente impõe limites à utilização de tecnologia ou equipamentos que disponibiliza a um fornecedor, esta tecnologia ou estes equipamentos têm de ser necessários para permitir ao fornecedor fabricar os produtos em causa²⁹. Também clarifica o âmbito de aplicação desta regra geral, nomeadamente, quaisquer outras restrições impostas ao fornecedor são geralmente abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, como a obrigação de não realizar ou explorar os seus próprios trabalhos de investigação e desenvolvimento ou de não produzir para terceiros³⁰.

4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO VBER

4.1. Zona de segurança estabelecida pelo VBER

- (46) A isenção por categoria do artigo 2.º, n.º 1, do VBER estabelece uma zona de segurança para os acordos verticais na aceção do VBER, desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador nos respetivos mercados relevantes não excedam, cada uma delas, os limiares do artigo 3.º do VBER (ver secção 5.2. das presentes orientações)³¹ e o acordo não contenha restrições graves na aceção do artigo 4.º do VBER (ver secção 6.1. das presentes orientações)³². Esta zona de segurança é aplicável desde que o benefício da isenção por categoria não tenha sido retirado num determinado caso pela Comissão ou pela autoridade da concorrência de um Estado-Membro (a seguir designada por «ANC») em conformidade com o artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (ver secção 7.1. das presentes orientações).
- (47) O artigo 2.º, n.º 1, do VBER também estabelece uma zona de segurança para os casos em que um fornecedor recorre ao mesmo acordo ou acordos para distribuir diversos tipos de bens ou serviços. Em tais casos de distribuição em carteira, o VBER é

²⁸ JO C 1 de 3.1.1979, p. 2, segundo a qual se entende por contratos de fornecimento os contratos por força dos quais uma empresa, o «comitente», na sequência ou não de uma encomenda de terceiro, encarrega, segundo as suas diretivas, uma outra empresa, o «fornecedor», do fabrico de produtos, da prestação de serviços ou da execução de trabalhos que são destinados a serem fornecidos ao comitente ou executados por sua conta.

²⁹ Ver ponto 2 da Comunicação relativa aos contratos de fornecimento, que clarifica, nomeadamente, a questão da utilização de direitos de propriedade intelectual e saber-fazer.

³⁰ Ver ponto 3 da Comunicação relativa aos contratos de fornecimento.

³¹ Acima do limiar da quota de mercado de 30 %, não se presume que os acordos verticais são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, nem que não satisfazem as condições do artigo 101.º, n.º 3.

³² No que respeita às restrições excluídas e à interpretação do artigo 5.º do VBER, ver secção 6.2. das presentes orientações.

aplicável ao acordo vertical na medida em que estejam preenchidas as condições de aplicação do VBER e aos bens e serviços para os quais estejam preenchidas as referidas condições. Em contrapartida, o artigo 101.º é aplicável aos acordos verticais relativamente aos bens e serviços não abrangidos pelo VBER, o que implica que não há isenção por categoria nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do VBER, mas também não se presume a ilegalidade de tais acordos.

4.2. Definição de acordos de verticais

- (48) O artigo 101.º, n.º 1, refere os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas, não distinguindo as empresas que atuam ao mesmo nível ou em níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição. Por conseguinte, o artigo 101.º, n.º 1, é aplicável tanto aos acordos e às práticas concertadas horizontais como aos acordos e às práticas concertadas verticais³³.
- (49) O Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas³⁴, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1215/1999 do Conselho, de 10 de junho de 1999³⁵, (a seguir designado por «Regulamento Habilitação»), habilita a Comissão a conceder, em conformidade com o artigo 101.º, n.º 3, isenções por categoria a acordos e práticas concertadas verticais.
- (50) De acordo com os artigos 1.º e 3.º do Regulamento Habilitação, o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER define-os como «um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços»³⁶. Esta definição reflete, pelo menos, três requisitos principais, que são abordados abaixo sucessivamente.

4.2.1. Comportamento unilateral fora do âmbito de aplicação do VBER

- (51) O VBER é aplicável aos acordos e às práticas concertadas verticais, não sendo aplicável ao comportamento unilateral das empresas. O comportamento unilateral pode ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designado por «artigo 102.º»), que proíbe o abuso de posição dominante³⁷. Para que exista um acordo na aceção do artigo 101.º, é suficiente que as partes expressem a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma determinada forma (a denominada concordância de vontades). A forma como essa intenção é expressa não é importante, desde que constitua a expressão fiel dessa intenção.
- (52) Se não existir um acordo explícito que manifeste a concordância de vontades, a Comissão tem de provar, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, que a política unilateral de uma das partes pressupõe a aceitação da outra. No âmbito dos acordos verticais, a aceitação de uma política unilateral específica pode ser determinada de duas formas.

³³ Ver acórdão no processo 56/65, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, EU:C:1966:38, p. 240.

³⁴ JO C 36 de 6.3.1965, p. 35.

³⁵ JO L 148 de 15.6.1999, p. 1.

³⁶ À semelhança do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER, nas presentes orientações, a expressão «acordo vertical» inclui as práticas concertadas, salvo indicação em contrário.

³⁷ Pelo contrário, se existir um acordo vertical na aceção do artigo 101.º, o VBER e as presentes orientações não prejudicam a eventual aplicação paralela do artigo 102.º a esse acordo vertical.

- (a) Em primeiro lugar, a aceitação explícita pode ser deduzida dos poderes conferidos às partes num acordo geral preestabelecido. Se as cláusulas do referido acordo geral preveem que uma parte adote subsequentemente uma política unilateral específica vinculativa para a outra parte, ou a autorizam a fazê-lo, a aceitação dessa política pela outra parte pode ser estabelecida nessa base³⁸.
- (b) Posteriormente, no que respeita à aceitação tácita, é necessário demonstrar, em primeiro lugar, que uma parte solicitou explícita ou implicitamente a cooperação da outra parte na aplicação da sua política unilateral e, em segundo, que a última cumpriu tal exigência aplicando na prática a política unilateral³⁹. Por exemplo, se na sequência de um anúncio de redução unilateral de fornecimentos por parte de um fornecedor a fim de impedir o comércio paralelo, os distribuidores reduzem imediatamente as suas encomendas e se absterem de efetuar comércio paralelo, tais distribuidores aceitam tacitamente a política unilateral do fornecedor. Todavia, não se pode chegar a esta conclusão se os distribuidores continuarem a realizar atividades comerciais paralelas ou tentarem encontrar novas formas de realizar atividades comerciais paralelas.
- (53) Tendo em conta o que precede, as condições gerais de venda, incluindo as impostas por uma parte e aceites tacitamente pela outra, constituem um acordo para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado⁴⁰.
- 4.2.2. *Empresas que exercem atividade em níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição*
- (54) O VBER é aplicável a acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas independentemente dos respetivos modelos de negócios. Uma vez que os consumidores finais não exercem atividade enquanto empresas, o VBER não abrange acordos verticais ou práticas concertadas entre consumidores.
- (55) Além disso, para que seja abrangido pela definição do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER, o acordo tem de ser celebrado entre empresas que exerçam atividade, para efeitos do acordo, a níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição. Por exemplo, existe um acordo vertical se uma das empresas produzir e vender uma matéria-prima ou prestar um serviço a outra empresa que utiliza a matéria-prima ou o serviço como fator de produção. Do mesmo modo, existe um acordo vertical se, por exemplo, um fabricante vender um produto a um grossista que o revende a um retalhista.
- (56) Dado que a definição do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER menciona as finalidades do acordo específico, o facto de uma das empresas parte do acordo exercer atividade em mais do que um nível da cadeia de abastecimento ou distribuição não obsta à aplicação do VBER. No entanto, em caso de acordos entre empresas concorrentes, o artigo 2.º, n.º 4, do VBER tem de ser tido em conta. Para orientações relativas ao artigo 2.º, n.º 4, do VBER, ver secção 4.4.3. das presentes orientações.

³⁸ Acórdão no processo C-74/04, Comissão/Volkswagen AG, EU:C:2006:460.

³⁹ Acórdão no processo T-41/96, Bayer AG/Comissão, EU:T:2000:242.

⁴⁰ Ver Decisão da Comissão no processo AT.40182 – *Guess*, ponto 97, que contém referências a jurisprudência constante.

4.2.3. *Acordos relacionados com a compra, venda ou revenda de bens ou serviços*

- (57) O artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER determina que, para que sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação do VBER, os acordos verticais têm de dizer respeito às condições em que o fornecedor e o comprador «*podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços*». Atendendo ao objetivo geral de uma isenção por categorias, isto é, proporcionar segurança jurídica, o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER tem de ser interpretado em sentido lato, sendo aplicável a todos os acordos verticais, independentemente de dizerem respeito a bens e serviços intermédios ou finais. Os bens fornecidos e serviços prestados e, no caso de bens e serviços intermédios, os bens e serviços finais deles resultantes são ambos considerados bens e serviços contratuais para efeitos da aplicação do VBER aos respetivos acordos.
- (58) Os acordos verticais na economia das plataformas em linha, incluindo os celebrados com prestadores de serviços de intermediação em linha referidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER, são abrangidos pelo artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do VBER. Tanto a prestação de serviços de intermediação em linha como os bens ou serviços objeto das transações que aqueles facilitam são considerados bens e serviços contratuais para efeitos da aplicação do VBER ao acordo mediante o qual os serviços de intermediação em linha são prestados e ao acordo mediante o qual os bens objeto de intermediação são fornecidos e os serviços objeto de intermediação são prestados.
- (59) O VBER não abrange restrições verticais não relacionadas com as condições de compra, venda e revenda de determinados bens e serviços contratuais. Estes acordos têm de ser apreciados individualmente, ou seja, saber se, no caso em apreço, são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se estão preenchidas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Por exemplo, o VBER não se aplica a uma obrigação que impeça as partes de efetuarem trabalhos independentes de investigação e desenvolvimento eventualmente incluída pelas partes no seu acordo vertical. Outro exemplo diz respeito aos acordos de arrendamento e locação. Embora o VBER seja aplicável aos bens adquiridos e vendidos para fins de arrendamento a terceiros, os contratos de arrendamento e locação enquanto tais não são abrangidos uma vez que o fornecedor não está a vender ao comprador qualquer bem ou serviço.

4.3. **Acordos verticais na economia das plataformas em linha**

- (60) A economia das plataformas em linha desempenha um papel cada vez maior na distribuição de bens e serviços. As empresas que exercem atividade na economia das plataformas em linha possibilitam novas formas de atividade, algumas das quais podem ser de difícil categorização segundo os conceitos tradicionalmente associados às relações verticais entre fornecedores e distribuidores no ambiente tradicional.
- (61) O VBER categoriza as empresas que atuam na cadeia de abastecimento e distribuição em fornecedores ou compradores. O VBER pode ser aplicável de formas diferentes consoante a categoria em que se insira a empresa, nomeadamente nos seguintes domínios:
- (a) Isenção de acordo vertical não recíproco entre concorrentes nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do VBER (ver secção 4.4. das presentes orientações);
 - (b) Cálculo das quotas de mercado para a aplicação dos limiares fixados no artigo 3.º, n.º 1, do VBER (ver secção 5 das presentes orientações);
 - (c) Retirada do benefício do VBER em conformidade com o artigo 4.º do VBER (ver secção 6.1. das presentes orientações); e

- (d) Exclusão de determinadas restrições da zona de segurança do VBER em conformidade com o artigo 5.º do VBER (ver secção 6.2. das presentes orientações).
- (62) O VBER contém definições dos termos «fornecedor», a saber, no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER, e «comprador», no artigo 1.º, n.º 1, alínea j), do VBER. A fim de reconciliar a dificuldade na definição exaustiva destes termos com o objetivo do VBER da maior segurança jurídica possível, estas disposições limitam-se a clarificar que determinados tipos de empresas se inserem numa destas categorias.
- (63) O artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER determina que uma empresa que preste serviços de intermediação em linha é considerada um fornecedor segundo o VBER. Tal significa que, de acordo com a distinção que o VBER estabelece entre fornecedores e compradores, a empresa não pode ser considerada simultaneamente um comprador na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea j), do VBER no que respeita à transação que facilita. Além disso, no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER clarifica-se que um prestador de serviços de intermediação em linha é um fornecedor ao abrigo do VBER, inclusivamente quando seja parte numa transação que facilite. Tal significa que, quando presta serviços de intermediação em linha e, por conseguinte, é abrangida pelo âmbito de aplicação da definição constante do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER, a empresa não tem como evitar ser considerada um fornecedor no que respeita aos serviços de intermediação em linha prestados, como, por exemplo, tornando-se uma das partes da transação que facilita ou dispondo contratualmente que é um comprador de bens fornecidos ou serviços prestados nessa transação.
- (64) A definição de fornecedor de serviços de intermediação em linha do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER baseia-se nas definições do Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (a seguir designado por «Regulamento P2B»)⁴¹. Assenta na noção de que uma empresa que presta serviços de intermediação em linha presta-os tendo em vista facilitar as transações diretas entre vendedores e compradores ou entre vendedores e consumidores que utilizam os seus serviços de intermediação em linha. O artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER baseia-se no facto de os prestadores de serviços de intermediação em linha em geral disponibilizarem uma infraestrutura que permite às empresas encontrar e efetuar transações em linha com outras empresas ou consumidores, sem ser jurídica ou factualmente responsável pelas suas transações.

4.4. Limites à aplicação do VBER

4.4.1. Associações de retalhistas

- (65) O artigo 2.º, n.º 2, do VBER inclui no seu âmbito de aplicação os acordos verticais celebrados por uma associação de empresas que satisfaça determinadas condições, sendo, assim, excluídos da zona de segurança os acordos verticais celebrados por todas as outras associações. Tal significa que os acordos verticais celebrados entre uma associação e os membros individuais, ou entre uma associação e os fornecedores individuais, só são abrangidos pelo VBER se todos os seus membros se dedicarem ao comércio de bens a retalho (e não à prestação de serviços) junto de consumidores finais e se cada membro individual da associação registar um volume de negócios

⁴¹ JO L 186 de 11.7.2019, p. 57.

anual que não ultrapasse 50 milhões de EUR⁴². Todavia, quando só um reduzido número dos membros da associação regista um volume de negócios anual que ultrapassa o limiar de 50 milhões de EUR e quando estes membros, em conjunto, representam menos de 15 % do volume de negócios conjunto de todos os membros, tal não afetará, de modo geral, a apreciação efetuada ao abrigo do artigo 101.º

- (66) Uma associação de empresas pode implicar acordos horizontais e verticais. Os acordos horizontais têm de ser apreciados segundo os princípios estabelecidos nas Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (a seguir designadas por «orientações horizontais»)⁴³. Se, na sequência dessa apreciação, se concluir que é aceitável a cooperação entre empresas no que respeita à compra ou venda, uma vez que esta cumpre as condições específicas previstas nas referidas orientações em matéria de acordos de compra e/ou comercialização, será necessária outra apreciação a fim de examinar os acordos verticais celebrados pela associação com os fornecedores individuais ou os membros individuais de acordo com as regras do VBER, nomeadamente as condições estabelecidas nos artigos 3.º a 5.º, e as presentes orientações. Por exemplo, os acordos horizontais concluídos entre os membros da associação ou as decisões adotadas pela associação, como a decisão de exigir que os membros efetuem as suas aquisições junto da associação ou a decisão de atribuir territórios exclusivos aos membros, devem ser apreciados, em primeiro lugar, enquanto acordos horizontais. Só quando esta apreciação levar à conclusão de que o acordo horizontal é aceitável, é necessário apreciar os acordos verticais entre a associação e os membros individuais ou entre a associação e os fornecedores individuais.

4.4.2. *Acordos verticais que incluem disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual (DPI)*

- (67) O artigo 2.º, n.º 3, do VBER prevê a possibilidade de os acordos verticais que contenham determinadas disposições relativas à atribuição ou utilização dos DPI serem abrangidos pelo âmbito de aplicação do VBER. Em contrapartida, o mesmo artigo exclui do âmbito de aplicação do VBER todos os restantes acordos verticais que contenham disposições em matéria de DPI.
- (68) O VBER é aplicável aos acordos verticais que incluam disposições relativas aos DPI, sempre que estiverem cumulativamente preenchidas as cinco condições seguintes:
- (a) As disposições relativas aos DPI têm de fazer parte de um acordo vertical, isto é, um acordo que permita às partes comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços;
 - (b) Os DPI têm de ser atribuídos ao comprador ou este deve ser autorizado a utilizá-los por meio de uma licença;
 - (c) As disposições relativas aos DPI não podem constituir o objeto principal do acordo;

⁴² O limite máximo de 50 milhões de EUR assenta no limite máximo de volume de negócios aplicável às PME no artigo 2.º do anexo da Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, JO L 124 de 20.5.2003, p. 39.

⁴³ JO C 11 de 14.1.2011, p. 1; com a redação que lhe foi dada pela retificação, JO C 33 de 2.2.2011, p. 20. Está prevista para breve uma revisão dessas orientações.

- (d) As disposições relativas aos DPI têm de dizer diretamente respeito à utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes. No caso de acordos de franquia, em que a comercialização constitui o objeto da exploração dos DPI, os bens ou serviços são distribuídos pelo franqueado principal ou pelos outros franqueados; e
 - (e) As disposições relativas aos DPI, relacionadas com os bens ou serviços contratuais, não podem conter restrições da concorrência que tenham o mesmo objeto do que as restrições verticais não isentadas pelo VBER.
- (69) Estas condições garantem que o VBER é aplicável aos acordos verticais quando a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pode ser efetuada de uma forma mais eficaz pelo facto de os DPI serem atribuídos ao comprador ou serem objeto de uma licença de utilização por parte do comprador. Tal implica que as restrições relativas à atribuição ou utilização dos DPI podem ser abrangidas pelo VBER quando o objeto principal do acordo for a compra ou a distribuição de bens ou serviços.
- (70) A primeira condição torna claro que o contexto em que os DPI são concedidos é um acordo de compra ou de distribuição de bens ou um acordo de compra ou prestação de serviços e não um acordo relativo à atribuição ou licenciamento de DPI para o fabrico de bens, nem um puro acordo de licenciamento. O VBER não abrange por exemplo:
- (a) Acordos em que uma parte fornece a outra parte uma receita e concede uma licença à outra parte para produzir uma bebida com base nesta receita;
 - (b) Acordos no âmbito dos quais uma parte fornece a outra um molde ou um exemplar original e concede uma licença à outra parte para produzir e distribuir cópias;
 - (c) A licença pura de utilização de uma marca comercial ou insígnia para efeitos de comercialização;
 - (d) Contratos de patrocínio relativos ao direito de fazer publicidade como patrocinador oficial de um acontecimento;
 - (e) Concessão de licenças de direitos de autor, como contratos de radiodifusão envolvendo o direito de registar e/ou de difundir um acontecimento.
- (71) A segunda condição torna claro que o VBER não é aplicável quando o comprador concede os DPI ao fornecedor, independentemente de dizerem respeito à forma de fabrico ou de distribuição. Um acordo relativo à transferência de DPI para o fornecedor e que contenha eventuais restrições às vendas efetuadas pelo fornecedor não é abrangido pelo VBER. Tal significa em especial que, em matéria de subcontratação, a transferência de saber-fazer para um subcontratante não é abrangida pelo âmbito de aplicação do VBER (ver também secção 3.3. das presentes orientações). Contudo, os acordos verticais segundo os quais o comprador apenas fornece ao fornecedor especificações que descrevem os bens ou os serviços a fornecer são abrangidos pelo VBER.
- (72) A terceira condição torna claro que, a fim de ser abrangido pelo VBER, o acordo não pode ter como principal objeto a atribuição ou a concessão de licenças de DPI. O principal objeto tem de ser a compra, venda ou revenda de bens ou serviços e as disposições relativas aos DPI têm de servir para a aplicação do acordo vertical.

- (73) A quarta condição exige que as disposições relativas aos DPI facilitem a utilização, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador ou pelos seus clientes. Os bens ou serviços para utilização ou revenda são habitualmente fornecidos pelo licenciante, mas também podem ser adquiridos, pelo licenciado, a um terceiro fornecedor. As disposições relativas aos DPI dizem geralmente respeito à comercialização de bens ou serviços. É o que acontece, por exemplo, num acordo de franquias, em que o franqueador vende ao franqueado bens para revenda e concede ao franqueado uma licença para utilização da sua marca e do seu saber-fazer para comercializar os bens ou quando o fornecedor de um extrato concentrado concede uma licença ao comprador para o diluir e engarrafar antes de o vender como bebida.
- (74) A quinta condição chama a atenção para o facto de as disposições relativas aos DPI não terem o mesmo objeto que qualquer das restrições graves indicadas no artigo 4.º do VBER ou que qualquer das restrições excluídas do âmbito de aplicação daquele regulamento pelo artigo 5.º (ver secção 6 das presentes orientações).
- (75) Os DPI relevantes para a aplicação dos acordos verticais, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, do VBER, dizem geralmente respeito a três domínios principais: marcas comerciais, direitos de autor e saber-fazer.

4.4.2.1. Marcas comerciais

- (76) A concessão de uma licença de uma marca comercial a um distribuidor pode estar relacionada com a distribuição dos produtos do licenciante num determinado território. Se se tratar de uma licença exclusiva, o acordo equivale à distribuição exclusiva.

4.4.2.2. Direitos de autor

- (77) Os revendedores de bens e serviços protegidos por direitos de autor (por exemplo, livros e suportes lógicos) podem ser obrigados, pelo titular dos direitos de autor, a revender apenas na condição de o comprador, independentemente de ser outro revendedor ou o utilizador final, não infringir os direitos de autor. Essas obrigações impostas ao revendedor, na medida em que sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, são abrangidas pelo VBER.
- (78) Os acordos no âmbito dos quais são fornecidas cópias em papel de suportes lógicos para revenda e em que o revendedor não adquire uma licença relativa a quaisquer direitos sobre esse suporte lógico, tendo apenas o direito de revender as cópias em papel, devem ser considerados acordos para o fornecimento de bens destinados à revenda para efeitos do VBER. No âmbito desta forma de distribuição, a licença do suporte lógico só produz efeitos entre o proprietário dos direitos de autor e o utilizador do suporte lógico. Pode tratar-se de uma licença do tipo *shrink wrap*, isto é, uma licença que estabelece um conjunto de condições incluídas na embalagem da cópia em papel, que se considera aceite pelo utilizador final ao abrir a embalagem.
- (79) Os compradores de equipamento informático que inclua suportes lógicos protegidos por direitos de autor podem ser obrigados, pelo titular dos direitos de autor, a não infringir esses direitos, não podendo, por conseguinte, fazer cópias ou revender os suportes lógicos nem fazer cópias ou utilizar tais suportes lógicos em conjugação com outro equipamento. Essas restrições à utilização são abrangidas pelo VBER na medida em que sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1.

4.4.2.3. Saber-fazer

- (80) Os acordos de franquia, à exceção dos acordos de franquia industrial, constituem o exemplo mais óbvio da comunicação do saber-fazer para efeitos de comercialização ao comprador⁴⁴. Os acordos de franquia contêm licenças de DPI relativas a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou a prestação de serviços. Para além da licença de DPI, geralmente, o franqueador proporciona ao franqueado, durante a vigência do acordo, assistência comercial ou técnica, como serviços de aquisição, formação, aconselhamento no domínio imobiliário e planeamento financeiro. A licença e a assistência prestada fazem parte integrante do método comercial franqueado.
- (81) A concessão de licenças incluídas nos acordos de franquia é abrangida pelo VBER, se as cinco condições indicadas no ponto 70 das presentes orientações estiverem preenchidas. Geralmente, estas condições estão preenchidas, uma vez que na maior parte dos acordos de franquia, incluindo os acordos de franquia principal, o franqueador fornece bens e presta serviços, em especial serviços de assistência comercial ou técnica, ao franqueado. Os DPI ajudam o franqueado a revender os produtos fornecidos pelo franqueador ou por um fornecedor por este designado ou a utilizar estes produtos e a vender os bens ou serviços daí resultantes. Quando o acordo de franquia envolve apenas ou principalmente a concessão de licenças de DPI, não é abrangido pelo VBER, mas, regra geral, a Comissão aplicar-lhe-á os princípios estabelecidos no VBER e nas presentes orientações.
- (82) As seguintes obrigações relativas a DPI são geralmente consideradas necessárias para proteger os DPI do franqueador e, se forem abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, são igualmente abrangidas pelo VBER. A obrigação de o franqueado:
- (a) Não exercer, direta ou indiretamente, quaisquer atividades semelhantes;
 - (b) Não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente que lhe confirmem o poder de influenciar o comportamento económico dessa empresa;
 - (c) Não divulgar a terceiros o saber-fazer transmitido pelo franqueador, enquanto este saber-fazer não tiver sido tornado público;
 - (d) Comunicar ao franqueador qualquer experiência adquirida na exploração da franquia e conceder-lhe, bem como a outros franqueados, uma licença não exclusiva para o saber-fazer resultante dessa experiência;
 - (e) Informar o franqueador de infrações aos DPI licenciados, intentar ações judiciais contra os infratores ou prestar assistência ao franqueador em quaisquer ações judiciais contra os infratores;
 - (f) Não utilizar o saber-fazer licenciado pelo franqueador para outros efeitos que não a exploração da franquia;
 - (g) Não ceder os direitos e obrigações resultantes do acordo de franquia sem o acordo do franqueador.

⁴⁴ Os pontos 43 a 45 aplicam-se, por analogia, a outros tipos de acordos de distribuição que implicam a transferência de um saber-fazer substancial do fornecedor para o comprador.

4.4.3. *Acordos verticais entre concorrentes*

- (83) Considerando que, nos termos do artigo 2.º, n.º 8, do VBER, sobre o qual são fornecidas orientações na secção 4.5 das presentes orientações, o VBER não é aplicável aos acordos verticais se a sua matéria incidir sobre o âmbito de aplicação de outros regulamentos de isenção por categoria, salvo disposição em contrário desses regulamentos, e que a primeira frase do artigo 2.º, n.º 4, do VBER também exclui expressamente do âmbito de aplicação do VBER os acordos verticais concluídos entre empresas concorrentes, exceto se estes forem abrangidos pelo âmbito de aplicação das exceções do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER. Por conseguinte, os acordos verticais entre concorrentes excluídos do âmbito de aplicação do VBER têm de ser apreciados com base nas orientações horizontais, nomeadamente as orientações relativas à partilha de informações no contexto de acordos verticais entre empresas concorrentes. Se for abrangido pelo âmbito de aplicação de uma exceção do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER e não tiver como objetivo uma restrição horizontal da concorrência, o acordo vertical tem de ser apreciado unicamente com base nas presentes orientações.
- (84) O artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do VBER define uma empresa concorrente como «um concorrente real ou potencial». Duas empresas são consideradas concorrentes reais se exercerem atividade no mesmo mercado (do produto e geográfico) relevante. Uma empresa é considerada um concorrente potencial de uma outra empresa se, na ausência do acordo vertical, for suscetível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários dentro de um curto período de tempo, geralmente não superior a um ano, por forma a entrar no mercado relevante em que a outra empresa exerce atividade, em resposta a um aumento pequeno, mas permanente, dos preços relativos. Esta apreciação tem de assentar em fatores realistas, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico no qual a empresa exerce a atividade, o que significa que a mera possibilidade teórica de entrada no mercado não é suficiente. Tem de existir uma possibilidade real e concreta de a empresa entrar no mercado sem obstáculos intransponíveis à entrada. Em contrapartida, não é necessário demonstrar com certeza que a empresa entrará efetivamente no mercado em causa e que, por maioria de razão, conseguirá, posteriormente, manter a sua posição no mercado.⁴⁵
- (85) Um distribuidor que fornece especificações a um fabricante para a produção de determinados bens com a marca de distribuidor não deve ser considerado um fabricante destes bens e, deste modo, um concorrente do fabricante. Por conseguinte, a isenção do artigo 2.º, n.º 1, do VBER é aplicável aos acordos entre um distribuidor que vende esses bens com a sua marca fabricados por um terceiro e um fornecedor de bens de marca no mesmo mercado relevante. Em contrapartida, os distribuidores que produzem bens próprios com a sua própria marca são considerados fabricantes, o que significa que a isenção do artigo 2.º, n.º 1, do VBER não é aplicável aos acordos entre esses distribuidores e fornecedores de bens de marca no mesmo mercado

⁴⁵ Ver Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (a seguir designada por «Comunicação relativa à definição de mercado relevante»), JO C 372 de 9.12.1997, p. 5, pontos 20 a 24. Está prevista para breve a revisão da Comunicação relativa à definição de mercado relevante. Ver igualmente XIII Relatório da Comissão sobre a política de concorrência, ponto 55, e o acórdão no processo C-307/18, Generics (UK) Ltd e outros/Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52, n.ºs 36 a 45; acórdão no processo C-591/16 P, H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd/Comissão Europeia, ECLI:EU:C:2021:243, n.ºs 54 a 57.

relevante. Por conseguinte, tais acordos têm de ser apreciados ao abrigo das orientações horizontais.

- (86) A segunda frase do artigo 2.º, n.º 4, do VBER contém duas exceções à regra geral de exclusão da zona de segurança do VBER aplicável aos acordos verticais entre concorrentes. Ambas as exceções, ou seja, o artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER, dizem respeito aos acordos de dualidade de distribuição entre um fornecedor de bens ou prestador de serviços que também exerce atividade no mercado retalhista e os seus distribuidores. Tipicamente estes são cenários nos quais o fornecedor exerce a sua atividade sobretudo a montante do mercado, exercendo atividades auxiliares no mercado retalhista. Caso a quota de mercado combinada do fornecedor e do comprador no mercado relevante a nível retalhista não exceda [10 %], é pouco provável que sejam suscitadas preocupações a nível horizontal, considerando-se de menor importância um eventual impacto potencial na concorrência horizontal a nível retalhista em comparação com o impacto potencial do acordo vertical das partes na concorrência em geral ao nível do abastecimento ou da distribuição.
- (87) Por conseguinte, um acordo vertical entre concorrentes abrangido pelo artigo 2.º, n.º 4, do VBER encontra-se isento nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do mesmo regulamento se estiverem preenchidas as seguintes condições:
- (a) A matéria do acordo não seja abrangida pelo âmbito de aplicação de outro regulamento de isenção por categoria, tal como estabelecido no artigo 2.º, n.º 8, do VBER;
 - (b) A quota de mercado combinada do fornecedor e do comprador no mercado relevante a nível retalhista não exceda [10] %, pelo que a concorrência não é restringida sensivelmente na aceção do artigo 101.º, n.º 1⁴⁶, e o acordo não contenha restrições graves na aceção do artigo 4.º do VBER;
 - (c) Estejam preenchidas as condições do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER; e
 - (d) O acordo não tenha por objetivo a restrição horizontal da concorrência, conforme estabelecido no artigo 2.º, n.º 6, do VBER.

Esta isenção está relacionada com todos os aspetos do acordo vertical não recíproco e todas as restrições horizontais por efeito, nomeadamente as restrições resultantes do intercâmbio de informações entre as empresas concorrentes. As restrições horizontais por objetivo não são abrangidas pelas exceções do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b)⁴⁷. A possibilidade de o acordo ser considerado um acordo de dualidade de distribuição para efeitos de aplicação do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) ou b), do VBER deve ser entendida de modo restrito devido ao carácter excecional desta disposição.

- (88) A exceção prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea a), do VBER diz respeito às situações em que o fornecedor é um fabricante, um grossista ou um importador e é também um distribuidor de bens, ao passo que o comprador é apenas um distribuidor que não concorre com o fabricante a montante.
- (89) A exceção prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b), do VBER diz respeito às situações em que o fornecedor é um prestador de serviços que atua em vários estádios da

⁴⁶ Comunicação *de minimis*, n.º 8.

⁴⁷ Ver acórdão no processo C-226/11, Expedia Inc./Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2012:795, n.º 37.

atividade comercial, ao passo que o comprador atua unicamente no estúdio retalhista e não concorre com o fornecedor no estúdio da atividade comercial em que adquire os serviços contratuais.

- (90) O artigo 2.º, n.º 5, do VBER prevê que a isenção por categoria em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, do VBER aplica-se igualmente a um acordo vertical entre empresas concorrentes cuja quota de mercado combinada a nível retalhista exceda [10] % se estiverem preenchidas as seguintes condições:
- (a) A matéria do acordo não seja abrangida pelo âmbito de aplicação de outro regulamento de isenção por categoria, tal como estabelecido no artigo 2.º, n.º 8, do VBER;
 - (b) O limiar da quota de mercado do artigo 3.º do VBER seja respeitado e o acordo não contenha restrições graves na aceção do artigo 4.º do VBER;
 - (c) Estejam preenchidas as condições do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER;
 - (d) O intercâmbio de informações entre as partes seja compatível com o capítulo pertinente das orientações horizontais que aborda a apreciação em termos de concorrência do intercâmbio de informações; e
 - (e) O acordo não tenha por objetivo a restrição horizontal da concorrência, conforme estabelecido no artigo 2.º, n.º 6, do VBER.
- (91) O artigo 2.º, n.º 7, do VBER determina que os prestadores de serviços de intermediação em linha, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER, com uma função híbrida, ou seja, prestam serviços de intermediação em linha e vendem bens ou serviços em concorrência com as empresas a quem prestam esses serviços, não podem beneficiar das exceções concedidas à dualidade de distribuição. Uma vez que, geralmente, suscitam preocupações a nível horizontal não desprezáveis, as atividades retalhistas dos prestadores de serviços de intermediação em linha com uma função híbrida não respeitam a lógica subjacente à exceção da dualidade de distribuição, a qual tem de ser entendida de modo restrito em todo o caso. Todas as restrições respeitantes ao alcance ou às condições da prestação de serviços de intermediação em linha a terceiros não são abrangidas pelo VBER pelo mesmo motivo. Tal não se aplica somente às restrições previstas num acordo com um comprador de serviços de intermediação em linha, aplica-se também aos acordos de compra de bens ou serviços vendidos pelo prestador de serviços de intermediação em linha com uma função híbrida.
- (92) Os acordos verticais com prestadores de serviços de intermediação em linha híbridos têm de ser apreciados caso a caso, nomeadamente, com base nas presentes orientações (ver secção 8 das presentes orientações) e nas orientações horizontais. Esta apreciação tem de abranger todos os aspetos das relações entre prestadores de serviços de intermediação em linha com uma função híbrida e as empresas às quais prestam serviços de intermediação em linha, nomeadamente, por exemplo, todos os intercâmbios de informações entre ambos.

4.5. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria

- (93) Tal como explicado nas secções 4.1 e 4.2 das presentes orientações, o VBER é aplicável aos acordos entre empresas que atuam em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição relativos às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender determinados bens ou serviços. Estes acordos verticais são exclusivamente apreciados à luz do VBER e das presentes orientações,

independentemente do resultado da apreciação, beneficiando da zona de segurança estabelecida pelo VBER se os limiares das quotas de mercado não forem ultrapassados e se os acordos não contiverem restrições graves.

- (94) Todavia, o artigo 2.º, n.º 8, do VBER determina que o regulamento «não é aplicável aos acordos verticais cuja matéria seja abrangida pelo âmbito de aplicação de qualquer outro regulamento de isenção por categoria, salvo disposição em contrário desse regulamento». Por conseguinte, é importante verificar desde logo se um acordo vertical é abrangido pelo âmbito de aplicação de outro regulamento de isenção por categoria. Por exemplo, conforme estabelecido no artigo 2.º, n.º 4, do VBER, em princípio, os acordos verticais celebrados entre empresas concorrentes estão excluídos do âmbito de aplicação do VBER, tendo de ser apreciados ao abrigo das regras aplicáveis aos acordos horizontais. O artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), do VBER prevê exceções a este princípio, que têm de ser lidas em conjugação com o artigo 2.º, n.º 5, do mesmo regulamento caso seja ultrapassado o limiar da quota de mercado do artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b), mas não o limiar da quota de mercado do artigo 3.º do referido regulamento. Estas disposições têm em conta a possibilidade de os efeitos dos acordos de dualidade de distribuição no mercado e as possíveis preocupações em matéria de concorrência serem semelhantes aos dos acordos horizontais.
- (95) Por conseguinte, o VBER não é aplicável aos acordos verticais abrangidos pelos seguintes regulamentos de isenção por categoria ou todos os futuros regulamentos de isenção por categoria relativos aos tipos de acordos mencionados nas seguintes alíneas, salvo disposição em contrário do respetivo regulamento:
- Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia⁴⁸;
 - Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento⁴⁹;
 - Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização⁵⁰.
- (96) O VBER também não é aplicável aos tipos de acordos entre concorrentes mencionados nas orientações horizontais, salvo disposição em contrário das orientações horizontais no capítulo pertinente.
- (97) O VBER é aplicável aos acordos verticais relativos à compra, venda ou revenda de peças sobresselentes de veículos a motor e à prestação de serviços de reparação e manutenção de veículos a motor. Estes acordos só beneficiam do VBER se, para além das condições de isenção estabelecidas no VBER, cumprirem os requisitos suplementares do Regulamento (UE) n.º 461/2010 da Comissão, de 27 de maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento

⁴⁸ JO L 93 de 28.3.2014, p. 17.

⁴⁹ JO L 335 de 18.12.2010, p. 36.

⁵⁰ JO L 335 de 18.12.2010, p. 43.

da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis, e as orientações que o acompanham.

4.6. Sistemas de distribuição principais

- (98) O fornecedor é livre de estabelecer o seu sistema de distribuição conforme considere mais adequado. Por exemplo, o fornecedor pode optar pela integração vertical, a qual implica a venda dos seus bens ou serviços diretamente aos utilizadores finais ou a distribuição dos mesmos por meio de distribuidores verticalmente integrados, os quais constituem empresas ligadas na aceção do artigo 1.º, n.º 2, do VBER. Tal sistema de distribuição afeta unicamente a organização interna de uma empresa específica, não sendo abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.
- (99) O fornecedor também pode optar por designar distribuidores independentes. Para o efeito, o fornecedor pode estabelecer um sistema de distribuição ou uma combinação de outros sistemas de distribuição, sendo os mais comuns a distribuição exclusiva, a distribuição seletiva e a franquia. Uma vez que são celebrados entre empresas independentes, os acordos verticais necessários para estabelecer estes sistemas de distribuição são suscetíveis de serem abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e beneficiarem do VBER ou de uma isenção individual ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, contanto que estejam preenchidas as respetivas condições.

4.6.1. Sistemas de distribuição exclusiva

4.6.1.1. Definição de sistemas de distribuição exclusiva

- (100) Num sistema de distribuição exclusiva, o fornecedor atribui um território ou grupo de clientes a título exclusivo a um comprador ou a um número limitado de compradores e/ou reserva-o para si, colocando restrições à venda ativa, por parte dos seus restantes clientes na União, no território exclusivo ou ao grupo de clientes exclusivo⁵¹.
- (101) Muitas vezes, os fornecedores recorrem a este tipo de sistema como forma de incentivar os distribuidores a efetuarem investimentos financeiros e não financeiros necessários para desenvolver a sua marca num território onde esta não é muito conhecida, vender um novo produto num determinado território ou a um determinado grupo de clientes ou concentrar as atividades dos distribuidores num determinado produto (por exemplo, esforços especiais de comercialização ou exposição). Por sua parte, os distribuidores, em virtude da dimensão do território ou do grupo de clientes atribuído a título exclusivo e da proteção concedida pela exclusividade, procuram assegurar um determinado volume dos negócios e uma margem que justifique os seus esforços de investimento.
- (102) Desta lógica decorre que o número de distribuidores exclusivos deve ser restringido a um distribuidor ou a um número limitado (isto é, exclusividade partilhada) em relação a um determinado território ou grupo de clientes. A distribuição exclusiva não pode ser utilizada como forma de proteger um grande número de distribuidores contra a concorrência fora do território exclusivo, dado que tal levaria à repartição do mercado interno. Para o efeito, o número de distribuidores designados deve ser determinado proporcionalmente ao território ou grupo de clientes atribuído de modo que assegure um determinado volume de negócios que preserve os seus esforços de investimento.

⁵¹ Ver o artigo 1.º, n.º 1, alínea g), do VBER.

- (103) Os distribuidores designados são protegidos de vendas ativas no território exclusivo ou ao grupo de clientes exclusivo por outros compradores do cliente. Quando um fornecedor atribui um território ou um grupo de clientes exclusivo a mais do que um distribuidor, todos os distribuidores beneficiam da mesma proteção contra vendas ativas de outros compradores, ao passo que as vendas ativas entre estes distribuidores não podem ser restringidas.
- (104) Os acordos verticais de distribuição exclusiva devem definir a dimensão do território ou do grupo de clientes atribuído a título exclusivo aos distribuidores. O território exclusivo pode abranger o território de um Estado-Membro ou uma área de maior ou menor dimensão. O grupo de clientes pode ser definido, por exemplo, de acordo com a profissão dos clientes ou uma lista de clientes específicos selecionados com base num ou mais critérios objetivos. Dependendo dos critérios, o grupo de clientes pode limitar-se a um único cliente.
- (105) Quando um território ou um grupo de clientes ainda não tenha sido atribuído exclusivamente a um ou mais distribuidores, o fornecedor pode reservá-lo para si, devendo informar os seus outros distribuidores desse facto. Tal não implica que o fornecedor tenha de exercer uma atividade comercial no território reservado ou junto do grupo de clientes reservado, uma vez que o fornecedor poderá querer reservá-lo para atribuí-lo no futuro a outros distribuidores.

4.6.1.2. Aplicação do artigo 101.º a sistemas de distribuição exclusiva

- (106) Num sistema de distribuição no qual o fornecedor atribui a título exclusivo um território ou um grupo de clientes a um ou mais compradores, são sobretudo suscetíveis de surgirem riscos concorrenciais como a repartição do mercado, que pode facilitar a discriminação de preços, e a redução da concorrência intramarcas, em especial no contexto da exclusividade concedida a uma única empresa. O facto de a maior parte dos fornecedores, todos eles ou só os fornecedores mais poderosos que exercem atividade num mercado utilizarem um sistema de distribuição exclusiva poderá igualmente provocar o abrandamento da concorrência e facilitar a colusão, tanto ao nível do fornecedor como ao nível da distribuição. Por último, a distribuição exclusiva pode provocar a exclusão de outros distribuidores e, por conseguinte, reduzir a concorrência intramarcas ao nível da distribuição.
- (107) Os acordos de distribuição exclusiva estão isentos pelo VBER sempre que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam 30 % e os acordos não contenham nenhuma restrição grave. Os acordos de distribuição exclusiva também podem beneficiar da zona de segurança do VBER se forem combinados com outra restrição vertical não grave, como uma obrigação de não concorrência com limite de cinco anos ou uma obrigação de aquisição ou venda de determinadas quantidades ou de abastecimento exclusivo. No entanto, se o número de distribuidores exclusivos não for limitado e determinado proporcionalmente ao território ou grupo de clientes atribuído de modo que assegure um determinado volume de negócios que preserve os seus esforços de investimento, é pouco provável que esse sistema de distribuição proporcione efeitos de reforço dos ganhos de eficiência. Se ocorrerem efeitos anticoncorrenciais sensíveis, é provável que o benefício do VBER seja retirado.
- (108) O restante da presente secção contém orientações para a apreciação dos acordos de distribuição exclusiva em casos individuais acima do limiar da quota de mercado de 30 %.

- (109) O número de distribuidores aos quais foi atribuído exclusivamente um território ou um grupo de clientes é importante para a apreciação do sistema de distribuição exclusiva. Quanto maior o número de distribuidores, menor a redução da concorrência intramarcas e menor a probabilidade de os distribuidores exclusivos terem um incentivo a investirem no desenvolvimento da marca e na promoção do produto ou dos produtos do fornecedor.
- (110) A posição do fornecedor e dos seus concorrentes no mercado reveste-se de grande importância, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas será problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais sólida for a posição do fornecedor, nomeadamente acima do limiar de 30 %, maior a probabilidade de a concorrência intermarcas ser mais fraca e maior o risco em matéria de concorrência resultante da redução da concorrência intramarcas.
- (111) A posição dos concorrentes do fornecedor pode ter um duplo significado. Em geral, a existência de concorrentes poderosos indicará que a redução da concorrência intramarcas, que pode ser particularmente importante no contexto da distribuição por uma única empresa, é compensada por uma suficiente concorrência intermarcas. Contudo, se o número de fornecedores num mercado for bastante limitado e se a sua posição no mercado for bastante semelhante em termos de quota de mercado, capacidade e rede de distribuição, existe um risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência. A eliminação da concorrência intramarcas pode aumentar este risco, especialmente quando vários fornecedores utilizam sistemas de distribuição semelhantes. A distribuição exclusiva múltipla, isto é, quando diversos fornecedores nomeiam o mesmo distribuidor ou distribuidores exclusivos num determinado território, pode aumentar ainda mais o risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência, tanto ao nível dos fornecedores como ao nível dos distribuidores. Se for concedido a um ou mais distribuidores o direito exclusivo de distribuir dois ou mais produtos concorrentes importantes no mesmo território, a concorrência intermarcas pode ser substancialmente restringida em relação a essas marcas, especialmente no caso de tarifas grossistas lineares. Quanto mais elevada for a quota de mercado cumulativa das marcas distribuídas pelos distribuidores exclusivos de múltiplas marcas, mais elevado será o risco de colusão e/ou de abrandamento da concorrência e maior será a redução da concorrência intermarcas. Se um ou mais retalhistas forem os distribuidores exclusivos de um conjunto de marcas, existe o risco de os retalhistas exclusivos não repercutirem a redução do preço grossista de um fornecedor relativa à sua marca no consumidor final, já que tal reduziria as suas vendas e os lucros obtidos pelos retalhistas com as outras marcas. Por conseguinte, em comparação com a situação de inexistência de distribuidores exclusivos múltiplos, os fornecedores terão pouco incentivo a entrar em concorrência entre si a nível dos preços. Estas situações de efeitos cumulativos podem constituir uma razão para a retirada do benefício do VBER, quando as quotas de mercado dos fornecedores e dos compradores são inferiores ao limiar de 30 % previsto no VBER.
- (112) Os obstáculos à entrada, que podem impedir os fornecedores de criarem os seus próprios sistemas de distribuição integrados ou de procurarem distribuidores alternativos, são menos importantes na apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva, em especial no contexto da exclusividade partilhada. Desde que a distribuição exclusiva não seja combinada com uma marca única, que obriga ou induz o distribuidor a concentrar as suas encomendas de um determinado tipo de produtos num único fornecedor, não há exclusão de outros fornecedores. Embora o recurso a uma marca única não exija que

o distribuidor adquira os produtos junto do próprio fornecedor, a combinação da distribuição exclusiva com esta pode dificultar a procura de distribuidores alternativos por parte de outros fornecedores.

- (113) A exclusão de outros distribuidores não constitui um problema se o fornecedor que utiliza o sistema de distribuição exclusiva designar um elevado número de distribuidores exclusivos no mesmo mercado e se as vendas desses distribuidores exclusivos a outros distribuidores não designados não forem objeto de restrições. A exclusão de outros distribuidores pode, contudo, ser problemática quando existe poder de mercado a jusante, em especial, no caso de territórios muito vastos em que o distribuidor exclusivo se torna um comprador exclusivo para a totalidade de um mercado. Um exemplo seria uma cadeia de supermercados que se torna o único distribuidor de uma marca que lidera um mercado retalhista nacional de produtos alimentares. A exclusão de outros distribuidores pode ser agravada no caso de distribuidores exclusivos múltiplos.
- (114) O poder dos compradores pode igualmente aumentar o risco de colusão do lado dos compradores, quando os acordos de distribuição exclusiva são impostos por compradores importantes, possivelmente situados no mesmo território ou em diferentes territórios, a um ou a vários fornecedores.
- (115) A apreciação das dinâmicas do mercado é importante já que o aumento da procura, a evolução das tecnologias e as alterações das posições de mercado podem tornar os efeitos negativos menos prováveis do que em mercados maduros.
- (116) O estágio da atividade comercial é importante, uma vez que os eventuais efeitos negativos podem divergir entre o estágio grossista e o estágio retalhista. A distribuição exclusiva é principalmente utilizada na distribuição de bens ou serviços finais. Uma redução da concorrência intramarcas é em especial suscetível de ocorrer a nível retalhista se associada a vastos territórios, uma vez que os consumidores finais podem ver-se confrontados, em relação a uma marca importante, com reduzidas possibilidades de escolha entre um distribuidor que propõe um preço elevado associado a um serviço de alta qualidade e outro com um preço reduzido associado a um serviço reduzido.
- (117) Um fabricante que escolha um grossista para seu distribuidor exclusivo fá-lo-á normalmente para um território mais vasto, como a totalidade de um Estado-Membro. Desde que o grossista possa vender o produto sem limitações a retalhistas a jusante, não é provável que surjam efeitos anticoncorrenciais sensíveis. Uma eventual redução da concorrência intramarcas a nível grossista pode ser facilmente compensada por ganhos de eficiência obtidos a nível da logística e das promoções, em especial quando o fabricante está situado num Estado-Membro diferente. Os eventuais riscos, para a concorrência intermarcas, de representantes exclusivos múltiplos são, contudo, mais elevados a nível grossista do que a nível retalhista. Se um grossista se tornar o distribuidor exclusivo para um número significativo de fornecedores, existe não só um risco de redução da concorrência entre essas marcas, como também um maior risco de encerramento do mercado no estágio grossista.
- (118) A apreciação de um sistema de distribuição exclusivo por meio do qual um fornecedor atribui a título exclusivo um grupo de clientes a um ou mais compradores envolve os mesmos fatores mencionados nos pontos 100 a 117 das presentes orientações e deve ter em conta as seguintes diretrizes:

- (119) No que respeita à atribuição exclusiva de território, a atribuição exclusiva de um grupo de clientes dificulta ainda mais a escolha por parte dos clientes. Por outro lado, uma vez que cada distribuidor designado tem a sua própria categoria de clientes, os distribuidores aos quais não tenha sido atribuído a título exclusivo um grupo de clientes podem ter dificuldades em obter os produtos junto do fornecedor. Em consequência, a possibilidade de escolha por parte de outros distribuidores será reduzida.
- (120) Um sistema de distribuição exclusiva que restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, pode, porém, gerar ganhos de eficiência que satisfaçam as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, estando, por conseguinte, individualmente isento da aplicação do artigo 101.º.
- (121) Tal como referido no ponto 112 é pouco provável que ocorra uma exclusão de outros fornecedores, exceto se a distribuição exclusiva for combinada com uma marca única. No entanto, mesmo nesse caso, a exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores afigura-se improvável, exceto, possivelmente, no caso de a marca única ser aplicada a uma rede densa de distribuidores exclusivos com pequenos territórios ou no caso de um efeito cumulativo. Nesse caso, devem ser aplicados os princípios relativos à marca única referidos na secção 8.2.1. das presentes orientações. Todavia, se não conduzir a um encerramento do mercado significativo, a combinação da distribuição exclusiva e de uma marca única poderá ser, efetivamente, pró-concorrencial, aumentando os incentivos a que o distribuidor exclusivo concentre os seus esforços numa determinada marca. Por conseguinte, na ausência desse efeito de encerramento do mercado significativo, a combinação da distribuição exclusiva com uma marca única pode satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, em todo o período de vigência do acordo, em especial a nível grossista.
- (122) A combinação da distribuição exclusiva com uma obrigação de abastecimento exclusivo, que obriga os distribuidores exclusivos a comprarem os produtos da marca do fornecedor diretamente ao fornecedor, aumenta os riscos concorrenciais associados à redução da concorrência intramarcas e à repartição do mercado, que pode, em especial, facilitar a discriminação de preços. A distribuição exclusiva já limita a escolha dos clientes, visto que limita o número de distribuidores e, tipicamente, é combinada com a imposição de restrições à venda ativa aos outros distribuidores a fim de proteger os investimentos dos distribuidores exclusivos no território exclusivo. A obrigação de abastecimento exclusivo elimina, além disso, a possível escolha dos distribuidores exclusivos, que são impedidos de comprar junto de outros distribuidores no sistema de distribuição exclusiva. Tal aumenta a possibilidade de o fornecedor limitar a concorrência intramarcas aplicando condições de venda diferentes em detrimento dos consumidores, a não ser que a combinação da distribuição exclusiva com o abastecimento exclusivo permita gerar ganhos de eficiência que conduzam à redução dos preços.
- (123) A natureza do produto pode ser relevante para a apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição exclusiva. Estes efeitos serão menos intensos nos setores nos quais as vendas em linha sejam mais predominantes. É igualmente relevante para a apreciação de eventuais ganhos de eficiência, ou seja, depois de ter sido determinado um efeito anticoncorrencial sensível.
- (124) A distribuição exclusiva pode conduzir a ganhos de eficiência, especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca e a fim de prestar serviços que aumentam a procura.

Em geral, o argumento dos ganhos de eficiência é mais convincente em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos cujas qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). Além disso, a distribuição exclusiva pode conduzir a poupanças em termos de custos logísticos devido a economias de escala no transporte e na distribuição.

- (125) Pode-se considerar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultarem da exclusividade partilhada superam os eventuais efeitos negativos que esse sistema possa gerar, desde que o fornecedor consiga demonstrar que o número de distribuidores exclusivos foi determinado proporcionalmente ao território ou grupo de clientes atribuído de modo que assegure um determinado volume de negócios que preserve o esforço de investimento dos distribuidores.
- (126) Os sistemas de distribuição exclusiva baseados na atribuição de grupos de clientes exclusivos que infrinjam o artigo 101.º, n.º 1, também podem satisfazer as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, estando, por conseguinte, isentos individualmente da aplicação do artigo 101.º. A distribuição de grupos de clientes exclusivos pode conduzir a ganhos de eficiência se os investimentos dos distribuidores forem necessários para desenvolver a imagem de marca ou se os distribuidores forem obrigados a investir, por exemplo, em equipamento, competências ou saber-fazer específico por forma a adaptarem-se aos requisitos do grupo de clientes exclusivo que lhes foi atribuído ou se estes investimentos conduzirem a economias de escala ou de gama em termos logísticos (por exemplo, um retalhista específico que se dedica a contratos da administração pública relativos a computadores e material de escritório). O período de amortização destes investimentos serve de indicação do período em que se justifica um sistema de distribuição exclusiva assente na atribuição de um grupo de clientes exclusivo. Em geral, a justificação da atribuição exclusiva de clientes é mais convincente em relação a novos produtos ou produtos complexos e em relação a produtos que exigem uma adaptação às necessidades do cliente individual. É mais provável que surjam necessidades diferenciadas identificáveis em relação a produtos intermédios vendidos a diferentes categorias de compradores profissionais. É pouco provável que a atribuição de clientes finais conduza a ganhos de eficiência.
- (127) Exemplo de distribuição exclusiva múltipla num mercado oligopolista

Num mercado nacional de um produto final, existem quatro líderes de mercado, cada um com uma quota de mercado de cerca de 20 %. Estes quatro líderes de mercado vendem os seus produtos por meio de distribuidores exclusivos a nível retalhista. Os retalhistas dispõem de um território exclusivo, que corresponde à cidade em que se encontram situados ou a uma zona da cidade nas grandes cidades. Na maior parte dos territórios, os quatro líderes de mercado designam o mesmo retalhista exclusivo («distribuição exclusiva múltipla»), frequentemente com uma localização central e bastante especializado no produto. Os restantes 20 % do mercado nacional pertencem a pequenos produtores locais, o maior dos quais tem uma quota de 5 % do mercado nacional. Em geral, estes produtores locais vendem os seus produtos por meio de outros retalhistas, em especial devido ao facto de os distribuidores exclusivos dos quatro principais fornecedores demonstrarem pouco interesse em venderem marcas menos conhecidas e mais baratas. No mercado, existe uma diferenciação acentuada a nível da marca e do produto. Os quatro líderes de mercado realizam amplas campanhas publicitárias a nível nacional e têm uma imagem de marca sólida, enquanto os pequenos produtores não publicitam os seus produtos a nível nacional. O mercado

atingiu um grau de maturidade relativamente elevado, com uma procura estável e sem uma inovação significativa a nível do produto e da tecnologia. O produto é relativamente simples.

Num mercado oligopolista deste tipo, existe um risco de colusão entre os quatro líderes de mercado. A distribuição exclusiva múltipla aumenta este risco. A concorrência intramarcas é limitada pela exclusividade territorial. A concorrência entre as quatro marcas que lideram o mercado é reduzida a nível retalhista, uma vez que um retalhista fixa o preço das quatro marcas em cada território. A distribuição exclusiva múltipla implica que, se um produtor reduzir o preço da sua marca, o retalhista não estará disposto a repercutir esta redução de preço no consumidor final, uma vez que tal reduziria as suas vendas e os lucros obtidos com as outras marcas. Por conseguinte, os produtores têm pouco interesse em entrar em concorrência a nível dos preços entre si. A concorrência intermarcas a nível dos preços existe principalmente a nível dos produtos com uma fraca imagem dos pequenos produtores. Os eventuais argumentos em termos de ganho de eficiência no que diz respeito aos distribuidores exclusivos (comuns) são limitados, uma vez que o produto é relativamente simples, a revenda não exige quaisquer investimentos específicos ou formação e a publicidade é principalmente efetuada a nível dos produtores.

Ainda que cada um dos líderes de mercado tenha uma quota de mercado inferior ao limiar, as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, podem não estar preenchidas e pode ser necessária a retirada da isenção por categoria no que se refere aos acordos concluídos com distribuidores cuja quota no mercado dos concursos públicos seja inferior a 30 %.

(128) Exemplo de atribuição exclusiva de clientes

Uma empresa desenvolveu um sistema sofisticado de extinção de incêndios por aspersão. A empresa tem atualmente uma quota de 40 % no mercado das instalações de aspersores. Quando começou a vender o sistema sofisticado tinha uma quota de mercado de 20 % com um produto mais antigo. A instalação do novo tipo de aspersor depende do tipo de construção e da utilização do edifício (por exemplo, escritórios, fábrica de produtos químicos ou hospital). A empresa nomeou uma série de distribuidores para vender e instalar o sistema sofisticado. Cada distribuidor necessitou de formar os seus trabalhadores em relação aos requisitos gerais e específicos de instalação do sistema sofisticado no que diz respeito a uma determinada categoria de clientes. Para garantir que os distribuidores se especializassem, a empresa atribuiu uma categoria de clientes exclusiva a cada distribuidor e proibiu as vendas ativas às categorias de clientes exclusivos dos outros. Após cinco anos, todos os distribuidores exclusivos serão autorizados a vender ativamente a todas as categorias de clientes, terminando assim o sistema de atribuição exclusiva de clientes. O fornecedor pode então também começar a vender a novos distribuidores. O mercado é bastante dinâmico, com duas recentes entradas e uma série de evoluções tecnológicas. Os concorrentes têm quotas de mercado entre 25 % e 5 %, estando também a melhorar os seus produtos.

Uma vez que a exclusividade tem uma duração limitada e ajuda a garantir que os distribuidores conseguem recuperar os seus investimentos e concentram os seus esforços de venda iniciais numa determinada categoria de clientes, a fim de se familiarizarem com o negócio, e, uma vez que os eventuais efeitos anticoncorrenciais afiguram-se limitados num mercado dinâmico, é provável que as condições previstas

no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem preenchidas.

4.6.2. *Sistemas de distribuição seletiva*

4.6.2.1. Definição de sistemas de distribuição seletiva

- (129) Tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, alínea h), do VBER, num sistema de distribuição seletiva, o fornecedor compromete-se a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores selecionados com base em critérios específicos e estes distribuidores comprometem-se a não vender esses bens ou serviços a distribuidores não autorizados, no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento desse sistema.
- (130) Os critérios utilizados pelo fornecedor para selecionar os distribuidores podem ser de natureza qualitativa e/ou quantitativa. Os critérios qualitativos são critérios objetivos impostos pela natureza do produto, como a formação do pessoal de vendas, os serviços fornecidos no ponto de venda e a gama de produtos a serem vendidos⁵². Os critérios quantitativos limitam mais diretamente o número potencial de distribuidores, por exemplo, exigindo vendas mínimas ou máximas ou fixando o número de distribuidores. Estes critérios podem ser alterados durante a vigência do acordo de distribuição seletiva.
- (131) Os sistemas de distribuição seletiva são comparáveis aos sistemas de distribuição exclusiva porquanto restringem o número de distribuidores autorizados e as possibilidades de revenda. A diferença que existe em relação à distribuição exclusiva consiste na restrição do número de distribuidores com base em critérios de seleção específicos. Uma outra diferença em relação à distribuição exclusiva consiste no facto de a restrição de revenda associada à distribuição seletiva não constituir uma restrição das vendas ativas num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo, mas sim uma restrição das vendas ativas e passivas a distribuidores não autorizados, deixando apenas como eventuais compradores os distribuidores autorizados e os clientes finais.

4.6.2.2. Aplicação do artigo 101.º a sistemas de distribuição seletiva

- (132) Os eventuais riscos concorrenciais dos sistemas de distribuição seletiva são uma redução da concorrência intramarcas e, em especial no caso de um efeito cumulativo, a exclusão de certo(s) tipo(s) de distribuidores, bem como o abrandamento da concorrência e potencialmente a facilitação da colusão entre compradores devido à limitação do número dos mesmos.
- (133) A apreciação dos possíveis efeitos anticoncorrenciais da distribuição seletiva deve centrar-se, primeiramente, na conformidade do sistema de distribuição seletiva com o artigo 101.º, n.º 1. Para o efeito, há que distinguir entre a distribuição seletiva puramente qualitativa e a distribuição seletiva quantitativa.
- (134) A distribuição seletiva puramente qualitativa, por meio da qual os distribuidores são selecionados com base em critérios objetivos necessários em virtude da natureza do produto, não impõe um limite direto no número de distribuidores. Em geral, se estiverem preenchidas as três condições fixadas pelo Tribunal de Justiça no acórdão

⁵² Ver, por exemplo, acórdão no processo T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Comissão, EU:T:1996:192, n.ºs 125 e seguintes.

Metro⁵³ (os denominados «critérios Metro»), considera-se que a distribuição seletiva puramente qualitativa não é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, uma vez que se pode presumir que a restrição da concorrência intramarcas associada à distribuição seletiva é compensada por uma melhoria da concorrência intermarcas⁵⁴. Em primeiro lugar, a natureza dos bens e serviços tem de exigir um sistema de distribuição seletiva, o que significa que, tendo em conta a natureza do produto em causa, esse sistema tem de constituir um requisito legítimo para preservar a qualidade e assegurar a sua utilização correta. Por exemplo, pode-se utilizar um sistema de distribuição seletiva que não seja abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, no caso de produtos de elevada qualidade ou alta tecnologia⁵⁵. Também pode ser necessário recorrer a um sistema de distribuição seletiva no caso de bens de luxo. A qualidade desses bens pode dever-se não só às suas características materiais como também à aura de luxo que possuem. Por conseguinte, poderá ser necessário organizar um sistema de distribuição seletiva que vise assegurar uma apresentação que seja suscetível de contribuir para a manutenção dessa aura de luxo a fim de preservar a sua qualidade⁵⁶. Em segundo lugar, os revendedores têm de ser escolhidos com base em critérios objetivos de natureza qualitativa, os quais são estabelecidos uniformemente para todos os revendedores potenciais e não são aplicados de forma discriminatória. Embora a jurisprudência não exija a divulgação dos critérios qualitativos a todos os revendedores potenciais, esta transparência pode aumentar a probabilidade de cumprimento dos critérios Metro⁵⁷. Em terceiro lugar, os critérios estabelecidos não podem ir para além do necessário⁵⁸.

- (135) A apreciação da distribuição seletiva à luz do artigo 101.º, n.º 1, exige igualmente uma análise independente de cada cláusula potencialmente restritiva do acordo segundo os critérios Metro⁵⁹, o que implica, em especial, determinar se a cláusula é proporcionada tendo em conta o objetivo visado pelo sistema de distribuição seletiva e se ultrapassa a medida do necessário para alcançar esse objetivo⁶⁰. É pouco

⁵³ Ver acórdãos no processo 31/80, NV L'Oréal e SA L'Oréal/PVBA, EU:C:1980:289, n.ºs 15 e 16; no processo 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comissão («Metro I»), EU:C:1977:167, n.ºs 20 e 21; no processo C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, n.º 41; no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, n.º 24.

⁵⁴ Ver acórdãos no processo 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comissão («Metro I»), EU:C:1977:167, n.ºs 20 a 22; no processo 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comissão, EU:C:1983:293, n.ºs 33, 34 e 73; no processo 75/84, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comissão («Metro II»), EU:C:1986:399, n.º 45; no processo T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc/Comissão, EU:T:1996:192, n.º 106.

⁵⁵ Acórdãos no processo 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comissão («Metro I»), EU:C:1977:167; no processo 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comissão, EU:C:1983:293.

⁵⁶ Ver acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, n.ºs 25 a 29.

⁵⁷ Ver igualmente, por analogia, o acórdão no processo C-158/11, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁵⁸ Ver acórdãos no processo 31/80, NV L'Oréal e SA L'Oréal/PVBA, EU:C:1980:289, n.ºs 15 e 16; no processo 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Comissão («Metro I»), EU:C:1977:167, n.ºs 20 e 21; no processo 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG/Comissão, EU:C:1983:293, n.º 35; no processo T-19/91, Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy/Comissão, EU:T:1992:28, n.º 65.

⁵⁹ Ver ponto 134 das presentes orientações.

⁶⁰ Ver acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, n.ºs 43 e seguintes.

provável que as restrições graves cumpram estes requisitos. Em contrapartida, por exemplo, uma proibição, imposta de maneira visível, da utilização de plataformas em linha terceiras por um fornecedor de bens de luxo aos seus distribuidores autorizados pode ser considerada adequada, desde que os distribuidores autorizados possam fazer publicidade através da Internet em plataformas terceiras e utilizar de motores de pesquisa em linha, estando os clientes, em princípio, em condições de encontrar a oferta Internet dos distribuidores autorizados através da utilização desses motores, e não exceda o que é necessário para preservar a imagem de luxo desses bens⁶¹. Neste caso, a cláusula não é abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, não sendo necessário aprofundar a análise.

- (136) Mesmo que não satisfaçam os critérios Metro, os sistemas de distribuição seletiva qualitativa e/ou quantitativa podem beneficiar da zona de segurança, desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam 30 % e o acordo não contenha restrições graves⁶². Não há perda do benefício de isenção se a distribuição seletiva for combinada com outras restrições verticais não graves, como uma obrigação de não concorrência. A isenção por categoria aplica-se independentemente da natureza do produto em causa e da natureza dos critérios de seleção. Contudo, no caso de as características do produto não exigirem a distribuição seletiva⁶³ ou não exigirem os critérios aplicados, como, por exemplo, a exigência imposta aos distribuidores de possuírem um ou vários estabelecimentos tradicionais ou de prestarem serviços específicos, em geral, tal sistema de distribuição não cria efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas. Se ocorrerem efeitos anticoncorrenciais sensíveis, é provável que o benefício do VBER seja retirado.
- (137) O restante da presente secção contém orientações aplicáveis à apreciação individual dos sistemas de distribuição seletiva que não satisfazem os critérios Metro nem são abrangidos pelo VBER ou os casos de efeitos cumulativos resultantes de redes paralelas de distribuição seletiva no mesmo mercado.
- (138) A posição do fornecedor e dos seus concorrentes no mercado tem uma importância capital para avaliar os eventuais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas apenas pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais sólida for a posição do fornecedor, nomeadamente acima do limiar de 30 %, maior será o risco concorrencial resultante do aumento da perda da concorrência intramarcas. Um outro fator importante é o número de redes de distribuição seletiva presentes no mesmo mercado. Se a distribuição seletiva for aplicada por um único fornecedor no mercado, geralmente, a distribuição seletiva quantitativa não cria efeitos negativos líquidos. Contudo, na prática, a distribuição seletiva é, muitas vezes, aplicada por diversos fornecedores num determinado mercado.

⁶¹ Ver acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, n.ºs 43 e seguintes, em especial o n.º 67.

⁶² Ver acórdão no processo C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649; ver igualmente, por analogia, o acórdão no processo C-158/11, Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁶³ Ver, a título de exemplo, os acórdãos do Tribunal Geral no processo T-19/92, Groupement d’achat Edouard Leclerc/Comissão (Coletânea 1996, p. II-1851, n.ºs 112 a 123); no processo T-88/92, Groupement d’achat Edouard Leclerc/Comissão (Coletânea 1996, p. II-1961, n.ºs 106 a 117), bem como a jurisprudência referida na nota de rodapé precedente.

- (139) A posição dos concorrentes pode ter um duplo significado. Por um lado, a existência de concorrentes poderosos indicará que a redução da concorrência intramarcas, que pode ser particularmente importante no contexto da distribuição por uma única empresa, é compensada por uma suficiente concorrência intermarcas. Por outro lado, nos casos de efeito cumulativo, quando a maioria dos fornecedores líderes no mercado utilizam a distribuição seletiva, poderá existir uma exclusão de certos tipos de distribuidores (por exemplo, os que praticam reduções de preços). O risco de exclusão de distribuidores mais eficientes é sempre mais importante na distribuição seletiva do que na distribuição exclusiva, devido à restrição das vendas aos distribuidores não autorizados na distribuição seletiva. Esta restrição é concebida de modo a proporcionar um carácter fechado aos sistemas de distribuição seletiva em que só os distribuidores autorizados que preenchem os critérios têm acesso ao produto, impossibilitando os distribuidores não autorizados de obterem os produtos. Desta forma, a distribuição seletiva é particularmente bem adaptada para evitar pressões por parte dos que praticam reduções de preços (distribuidores que exerçam atividades puramente em linha ou não) sobre as margens do fabricante e sobre as margens dos distribuidores autorizados. O encerramento do mercado a nível destes formatos de distribuição, resultante quer da utilização cumulativa da distribuição seletiva quer da sua utilização por um único fornecedor com uma quota de mercado superior a 30 %, reduz as possibilidades de os consumidores tirarem partido das vantagens específicas oferecidas por estes formatos de distribuição, como preços mais baixos, uma maior transparência e um acesso mais amplo ao produto.
- (140) Caso o VBER seja aplicável a redes individuais de distribuição seletiva, poderá ser ponderada a retirada da isenção por categoria ou a não aplicação do VBER se existirem efeitos cumulativos. No entanto, é pouco provável que ocorra um problema de efeitos cumulativos, quando a quota do mercado abrangido pela distribuição seletiva não exceder 50 %. Do mesmo modo, não é provável que as situações em que a cobertura do mercado ultrapasse 50 %, mas a quota de mercado combinada dos cinco maiores fornecedores não exceda 50 %, suscitem preocupações concorrenciais. Sempre que a percentagem dos cinco maiores fornecedores e a quota do mercado abrangida pela distribuição seletiva ultrapassem 50 %, a apreciação pode variar consoante os cinco maiores fornecedores apliquem ou não a distribuição seletiva. Quanto mais sólida for a posição dos concorrentes que não aplicam a distribuição seletiva, menos provável é a exclusão de outros distribuidores. Podem surgir preocupações concorrenciais se os cinco maiores fornecedores aplicarem a distribuição seletiva. Seria esse o caso, em particular, se os acordos celebrados pelos maiores fornecedores contivessem critérios de seleção quantitativos que limitassem diretamente o número de distribuidores autorizados ou nos casos em que os critérios qualitativos aplicados encerrassem o mercado a certos formatos de distribuição, como sejam as exigências de existência de um ou mais estabelecimentos tradicionais ou de prestação de serviços específicos que, geralmente, só podem ser prestados num determinado formato de distribuição. Em geral, é pouco provável que as condições do artigo 101.º, n.º 3, sejam satisfeitas se os sistemas de distribuição seletiva que contribuem para o efeito cumulativos impedirem o acesso ao mercado de novos distribuidores capazes de vender adequadamente os produtos em causa. Em particular, é pouco provável que os consumidores beneficiem de ganhos de eficiência se os sistemas de distribuição só incluírem determinados canais existentes, excluindo do mercado os distribuidores que praticam reduções de preços ou distribuidores que exercem atividade puramente em linha, os quais oferecem preços mais baixos aos consumidores. As formas mais indiretas de distribuição seletiva quantitativa,

resultantes por exemplo da combinação de critérios de seleção puramente qualitativos com um requisito de os distribuidores autorizados alcançarem um montante mínimo de compras anuais, são menos suscetíveis de produzirem efeitos líquidos negativos se o montante não representar uma parte significativa do volume de negócios total que o distribuidor alcançou com o tipo de produtos em questão e não ultrapassar o necessário para que o fornecedor recupere os seus investimentos específicos a uma relação contratual e/ou realize economias de escala na distribuição. Em geral, não se considera que um fornecedor com uma quota de mercado que não exceda 5 % contribua significativamente para um efeito cumulativo.

- (141) Os obstáculos à entrada são relevantes, principalmente, no caso de exclusão de distribuidores não autorizados. Os obstáculos à entrada podem ser significativos quando os fabricantes de produtos de marca utilizam a distribuição seletiva, uma vez que, em geral, os distribuidores excluídos do sistema de distribuição seletiva necessitarão de algum tempo e de efetuar um investimento considerável para lançar as suas próprias marcas ou obter outras fontes de fornecimento a preços competitivos.
- (142) O poder dos compradores pode aumentar o risco de colusão entre os distribuidores. Os distribuidores que detêm uma posição robusta no mercado podem induzir os fornecedores a aplicarem critérios seletivos que encerrariam o acesso ao mercado a distribuidores novos e mais eficientes. Por conseguinte, o poder dos compradores pode alterar sensivelmente a análise dos eventuais efeitos anticoncorrenciais da distribuição seletiva. A exclusão de distribuidores mais eficientes do mercado pode, em especial, ocorrer nos casos em que uma poderosa organização de distribuidores autorizados impõe critérios de seleção ao fornecedor destinados a limitar a distribuição em proveito dos seus membros.
- (143) O artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do VBER estabelece que o fornecedor não pode impor uma obrigação aos distribuidores autorizados que os impeça, direta ou indiretamente, de venderem as marcas de determinados fornecedores concorrentes. Esta disposição destina-se especificamente a evitar uma colusão horizontal, a fim de excluir determinadas marcas por meio da criação de um grupo seletivo de marcas por parte dos fornecedores líderes. É pouco provável que tal obrigação beneficie de isenção, quando a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores for igual ou superior a 50 %, a menos que nenhum dos fornecedores que impõe uma obrigação desse tipo pertença aos cinco maiores fornecedores do mercado.
- (144) De modo geral, não surgirão preocupações concorrenciais relativas à exclusão de outros fornecedores desde que não se impeça outros fornecedores de recorrerem aos mesmos distribuidores, como, por exemplo, quando a distribuição seletiva é combinada com a marca única. No caso de uma rede densa de distribuidores autorizados ou no caso de um efeito cumulativo, a combinação da distribuição seletiva com uma obrigação de não concorrência pode colocar um risco de exclusão de outros fornecedores. Neste caso, são aplicáveis os princípios estabelecidos na secção 2.1. das presentes orientações em matéria de marca única. No caso de a distribuição seletiva não ser combinada com uma obrigação de não concorrência, a exclusão de fornecedores concorrentes pode continuar a suscitar preocupação se os fornecedores líderes não só aplicarem critérios de seleção puramente qualitativos, mas também impuserem aos seus distribuidores certas obrigações suplementares, tais como a obrigação de reservar um espaço de prateleira mínimo para os produtos do fornecedor ou de garantir que as vendas dos produtos do fornecedor pelo distribuidor alcancem uma proporção mínima do volume de negócios total do distribuidor. É

pouco provável que tal problema se coloque se a quota do mercado abrangida pela distribuição seletiva não exceder 50 % ou, no caso de este rácio de cobertura ser ultrapassado, se a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores não exceder 50 %.

- (145) A apreciação das dinâmicas do mercado é importante já que o aumento da procura, a evolução das tecnologias e as alterações das posições de mercado podem tornar os efeitos negativos menos prováveis do que em mercados maduros.
- (146) A distribuição seletiva pode ser eficiente quando conduz a poupanças nos custos logísticos devido a economias de escala no transporte, o que pode acontecer independentemente da natureza do produto [ver ponto 14, alínea g), das presentes orientações]. Contudo, os ganhos de eficiência são, geralmente, marginais nos sistemas de distribuição seletiva. A natureza do produto é importante para avaliar se a distribuição seletiva se justifica a fim de ajudar a resolver um problema de parasitismo entre os distribuidores [ver ponto 14, alínea b)], das presentes orientações) ou ajudar a criar ou manter uma imagem de marca [ver ponto 14, alínea h), das presentes orientações]. Em geral, a utilização da distribuição seletiva como forma de alcançar este tipo de ganhos de eficiência é mais suscetível de se justificar em relação a novos produtos, a produtos complexos ou a produtos cujas qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). A combinação da distribuição seletiva com uma cláusula de localização, no intuito de proteger um distribuidor autorizado contra a concorrência de outros distribuidores autorizados que abram um estabelecimento nas proximidades, pode, em especial, satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se for indispensável para proteger investimentos substanciais e específicos a uma relação contratual realizados pelo distribuidor autorizado [ver ponto 14, alínea e), das presentes orientações]. Para garantir que é utilizada a restrição menos anticoncorrencial, é importante analisar se os mesmos ganhos de eficiência podem ser obtidos com custos comparáveis, mediante, por exemplo, meras obrigações ao nível dos serviços.
- (147) Exemplo de distribuição seletiva quantitativa

Num mercado de produtos de consumo duradouros, o fabricante da marca A, líder de mercado com uma quota de 35 %, vende o seu produto aos consumidores finais por meio de um sistema de distribuição seletiva. Existem vários critérios para a admissão no sistema: o estabelecimento tem de empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-venda, tem de existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do produto e produtos de alta tecnologia semelhantes e o estabelecimento tem de vender uma vasta gama de modelos do fornecedor e dispô-los de uma forma atrativa. Além disso, o número de retalhistas admissíveis no sistema é diretamente limitado por meio da fixação de um número máximo de retalhistas por número de habitantes em cada província ou zona urbana. O fabricante A tem seis concorrentes neste mercado. Os fabricantes B, C e D são os seus maiores concorrentes, tendo, respetivamente, quotas de mercado de 25 %, 15 % e 10 %, ao passo que outros fabricantes têm quotas de mercado inferiores. O fabricante A é o único que utiliza a distribuição seletiva. Em todos os casos, os distribuidores seletivos da marca A representam também algumas marcas concorrentes. Contudo, as marcas concorrentes são também amplamente vendidas em estabelecimentos que não são membros do sistema de distribuição seletiva do fabricante A. Existem diversos canais de distribuição: por exemplo, as marcas B e C são vendidas na maior parte dos

estabelecimentos selecionados de A, mas também noutros estabelecimentos que fornecem um serviço de elevada qualidade e em hipermercados. A marca D é principalmente vendida em estabelecimentos com uma elevada qualidade de serviço. A tecnologia está a evoluir de forma bastante rápida neste mercado e os principais fornecedores mantêm uma sólida imagem de qualidade em relação aos seus produtos, através da publicidade.

Neste mercado, o rácio de cobertura da distribuição seletiva é de 35 %. A concorrência intermarcas não é diretamente afetada pelo sistema de distribuição seletiva do fabricante A. A concorrência intramarcas em relação à marca A pode ser reduzida, mas os consumidores têm acesso aos retalhistas com um serviço reduzido/preços reduzidos para as marcas B e C, que têm uma imagem de qualidade comparável à da marca A. Além disso, o acesso de outras marcas a retalhistas com uma elevada qualidade de serviço não está encerrado, uma vez que não existe qualquer limite na capacidade de os distribuidores selecionados venderem marcas concorrentes e que a limitação quantitativa do número de distribuidores da marca A permite a outros retalhistas com uma elevada qualidade de serviço distribuírem marcas concorrentes. Neste caso, tendo em conta os requisitos a nível do serviço e os ganhos de eficiência que estes poderão proporcionar, bem como o efeito limitado na concorrência intramarcas, são suscetíveis de estarem satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(148) Exemplo de distribuição seletiva com efeitos cumulativos

Num mercado de um determinado artigo desportivo, existem sete fabricantes, cujas quotas de mercado são 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % e 7 %, respetivamente. Os cinco maiores fabricantes distribuem os seus produtos por meio da distribuição seletiva quantitativa, embora os dois mais pequenos utilizem sistemas de distribuição diferentes, o que dá origem a um rácio de cobertura da distribuição seletiva de 85 %. Os critérios para admissão nos sistemas de distribuição seletiva são uniformes entre os fabricantes: os distribuidores são obrigados a possuir um ou vários estabelecimentos tradicionais, estes estabelecimentos devem empregar pessoal qualificado e prestar serviços pré-venda, tem de existir uma zona especializada no estabelecimento dedicada às vendas do produto e é especificada a dimensão mínima desta zona. O estabelecimento deve vender uma vasta gama da marca em questão e dispor o produto de forma atrativa e deve estar situado numa rua comercial e o produto tem de representar pelo menos 30 % do volume de negócios total do estabelecimento. Em geral, o mesmo distribuidor tem autorização para as cinco marcas. As duas marcas que não utilizam a distribuição seletiva, geralmente, vendem os seus produtos por meio de retalhistas menos especializados com níveis de serviço inferiores. O mercado é estável, quer a nível da oferta quer a nível da procura, e existe uma forte diferenciação dos produtos, sendo a imagem de marca importante. Os cinco líderes de mercado têm imagens de marca sólidas, adquiridas por meio da publicidade e de patrocínios, enquanto os dois fabricantes mais pequenos têm uma estratégia de produtos mais baratos, não tendo uma imagem de marca sólida.

Neste mercado, os distribuidores que praticam reduções de preços e os distribuidores que exercem a atividade puramente em linha não têm acesso às cinco maiores marcas. Tal deve-se ao facto de a exigência de que a venda deste produto represente pelo menos 30 % da atividade dos distribuidores e os critérios relativos à apresentação do produto e à prestação de serviços pré-venda excluem da rede de distribuidores autorizados a maior parte dos que praticam reduções de preços. Além disso, a

exigência no sentido de possuir um ou mais estabelecimentos tradicionais exclui da rede os distribuidores que exercem atividades puramente em linha. Por conseguinte, os consumidores não têm qualquer outra opção se não comprar as cinco maiores marcas em estabelecimentos com um elevado serviço/elevado preço. Esta situação conduz a uma redução da concorrência intermarcas entre as cinco maiores marcas. O facto de as duas marcas mais pequenas poderem ser compradas em estabelecimentos com um serviço inferior/preço reduzido não compensa completamente esta situação, devido ao facto de a imagem de marca dos cinco líderes de mercado ser muito superior. A concorrência intermarcas é igualmente limitada pelos acordos múltiplos de distribuição. Apesar de existir um certo grau de concorrência intramarcas e de o número de distribuidores não ser diretamente limitado, os critérios de admissão são suficientemente restritivos para apenas permitirem um pequeno número de distribuidores das cinco maiores marcas em cada território.

Os ganhos de eficiência associados a tais sistemas de distribuição seletiva quantitativa são reduzidos: o produto não é muito complexo e não justifica um serviço de qualidade particularmente elevada. A não ser que os fabricantes possam provar que existem claros ganhos de eficiência associados ao seu sistema de distribuição seletiva, é provável que a isenção por categoria tenha de ser retirada devido à existência de efeitos restritivos cumulativos que dão origem a uma escolha mais reduzida e a preços mais elevados para os consumidores.

4.6.3. *Franquia*

- (149) Os acordos de franquia contêm licenças de direitos de propriedade intelectual relativas, em especial, a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Para além da licença dos DPI, geralmente, o franqueador presta ao franqueado, durante a vigência do acordo, assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial franqueado. Habitualmente, o franqueado paga ao franqueador uma franquia pela utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem permitir que o franqueador crie, com investimentos limitados, uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Para além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia, geralmente, incluem uma combinação de diferentes restrições verticais, relativas aos produtos que são distribuídos, em especial a distribuição seletiva, obrigações de não concorrência, distribuição exclusiva e formas mais atenuadas destas restrições.
- (150) Os acordos de franquia (à exceção dos acordos de franquia industrial) apresentam algumas características específicas, como a utilização de uma denominação comercial uniforme, a aplicação de métodos comerciais uniformes (nomeadamente o licenciamento de DPI) e o pagamento de direitos pelos benefícios concedidos. Atendendo a estas especificidades, pode-se considerar que as disposições estritamente necessárias ao funcionamento desses sistemas de distribuição não são abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1. Tal diz respeito, por exemplo, às restrições que impedem que os concorrentes do franqueador beneficiem do saber-fazer e da assistência prestada por este último⁶⁴ e a obrigação de não concorrência em relação aos bens ou serviços adquiridos pelo franqueado necessária para manter a identidade comum e reputação da rede de franquia. Neste último caso, também é irrelevante a

⁶⁴ Ver acórdão no processo 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, n.º 16.

duração da obrigação de não concorrência, desde que não exceda a duração do próprio acordo de franquia.

- (151) Os acordos de franquia são abrangidos pelo VBER se ambas as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excederem 30 %⁶⁵. O licenciamento de DPI em acordos de franquia é abordado nos pontos 67 a 82 das presentes orientações. As restrições verticais constantes de acordos de franquia serão apreciadas à luz das regras aplicáveis ao sistema de distribuição mais estreitamente relacionado com a natureza específica do acordo de franquia em causa. Por exemplo, um acordo de franquia que dê origem a uma rede fechada, dado que os membros estão proibidos de vender a não membros, é avaliado à luz das regras aplicáveis à distribuição seletiva. Em contrapartida, um acordo de franquia que conceda exclusividade territorial e proteção contra a venda ativa de outros franqueados é apreciado à luz das regras aplicáveis à distribuição exclusiva.
- (152) Os acordos de franquia que incluem restrições graves, nomeadamente a imposição de preços de venda⁶⁶, não são abrangidos pelo VBER. Os acordos não abrangidos pelo VBER exigem uma apreciação individual à luz do artigo 101.º. Esta apreciação deve ter em conta o facto de quanto mais importante for a transferência do saber-fazer, mais provável é que as restrições verticais deem origem a ganhos de eficiência e/ou sejam indispensáveis para a proteção do saber-fazer e, por conseguinte, satisfaçam as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
- (153) Exemplo de acordo de franquia

Um fabricante desenvolveu um novo conceito para vender rebuçados e outros doces nas denominadas *fun shops*, em que estes podem ser coloridos a pedido do consumidor. O fabricante de rebuçados e outros doces desenvolveu igualmente a maquinaria para os colorir e produz igualmente os líquidos corantes. A qualidade e frescura do líquido é de importância vital para a produção de bons rebuçados e outros doces. O fabricante teve grande êxito com os seus rebuçados e outros doces através de uma série de estabelecimentos retalhistas próprios, que funcionam todos com a mesma denominação comercial e com uma apresentação uniforme (por exemplo, estilo dos estabelecimentos e publicidade comum). A fim de expandir as vendas, o fabricante de rebuçados e outros doces deu início a um sistema de franquia. Para assegurar a uniformidade da qualidade dos produtos e da imagem dos estabelecimentos, os franqueados são obrigados a comprar ao fabricante os rebuçados e outros doces, o líquido e a maquinaria de coloração, a exercer a atividade sob a mesma denominação comercial, a pagar uma franquia, a contribuir para a publicidade comum e a garantir a confidencialidade do manual de instruções elaborado pelo franqueador. Além disso, os franqueados são apenas autorizados a vender nas instalações autorizadas aos clientes finais ou a outros franqueados, não lhes sendo permitido vender outros rebuçados e outros doces nos seus estabelecimentos. O franqueador não pode designar outro franqueado nem explorar ele próprio um estabelecimento retalhista num determinado território contratual. O franqueador tem igualmente a obrigação de atualizar e de continuar a desenvolver os seus produtos, a apresentação dos estabelecimentos e o manual de instruções e de disponibilizar estes melhoramentos a todos os franqueados.

⁶⁵ Ver igualmente os pontos 86 a 95, em especial o ponto 92.

⁶⁶ Ver acórdão no processo 161/84, Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, n.º 23.

Os acordos de franquia são concluídos por um período de dez anos.

Os retalhistas de rebuçados e outros doces compram estes produtos no mercado nacional quer aos produtores nacionais que satisfazem os gostos nacionais quer junto de grossistas que os importam de produtores estrangeiros, para além de venderem produtos dos produtores nacionais. Nesse mercado, os produtos do franqueador concorrem com uma série de marcas nacionais e internacionais de rebuçados e outros doces, algumas produzidas por grandes empresas diversificadas de géneros alimentícios. A quota do franqueador do mercado das máquinas de coloração de géneros alimentícios é inferior a 10 %. O franqueador tem uma quota de 30 % no mercado dos rebuçados e outros doces vendidos a retalhistas. Existem muitos pontos de venda potenciais de rebuçados e outros doces, tais como tabacarias, retalhistas de géneros alimentícios, cafés e estabelecimentos especializados em doces.

A maior parte das obrigações incluídas nos acordos de franquia pode ser considerada necessária para proteger os DPI ou manter a identidade comum e a reputação da rede de franquia, não sendo, por conseguinte, abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. As restrições à venda (ou seja, a determinação de um território contratual e distribuição seletiva) proporcionam um incentivo aos franqueados para investirem no conceito de franquia e na máquina de coloração, bem como a contribuírem para manter a identidade comum, compensando assim a redução da concorrência intramarcas. A cláusula de não concorrência que exclui outras marcas de rebuçados e doces dos estabelecimentos, durante toda a vigência dos acordos, permite que o franqueador mantenha a uniformidade dos estabelecimentos e impede os concorrentes de beneficiarem da sua denominação comercial. Atendendo ao elevado número de estabelecimentos à disponibilidade de outros produtores de rebuçados e outros doces, não dá origem a nenhuma situação grave de encerramento do mercado. Consequentemente, os acordos de franquia são suscetíveis de satisfazer as condições de isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, na medida em que sejam abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1.

5. DEFINIÇÃO DO MERCADO E CÁLCULO DA QUOTA DE MERCADO

5.1. Comunicação relativa à definição do mercado

- (154) A Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (a seguir designada por «Comunicação relativa à definição do mercado») contém orientações sobre as regras, os critérios e os elementos comprovativos que a Comissão utiliza quando analisa questões relativas à definição do mercado⁶⁷. Por conseguinte, o mercado relevante para efeitos de aplicação do artigo 101.º aos acordos verticais deve ser definido com base nessas orientações e em futuras orientações relativas à definição do mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da UE. As presentes orientações abordam apenas questões específicas que surgem no contexto da aplicação do VBER e não são abrangidas pela Comunicação relativa à definição do mercado.

5.2. Cálculo das quotas de mercado no âmbito do VBER

- (155) Nos termos do artigo 3.º do VBER, as quotas de mercado tanto do fornecedor como do comprador são decisivas para estabelecer se a isenção por categoria é aplicável.

⁶⁷ JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

Para que tal se verifique, tanto a quota de mercado do fornecedor, no mercado em que vende os produtos ou serviços contratuais ao comprador, como a quota de mercado do comprador, no mercado em que compra os produtos ou serviços contratuais, não podem exceder 30 %. No que se refere aos acordos entre PME, em geral, não é necessário calcular as quotas de mercado (ver ponto 26 das presentes orientações).

- (156) Ao nível da distribuição, geralmente, as restrições verticais não só dizem respeito à venda de produtos entre o fornecedor e o comprador, como também à sua revenda. Uma vez que, habitualmente, diferentes modelos de distribuição concorrem entre si, os mercados não são em geral definidos pela forma de distribuição aplicável, a saber, a distribuição exclusiva, seletiva ou livre. Nos casos em que os fornecedores vendem em geral uma gama de produtos, a gama no seu todo pode determinar a definição do mercado do produto quando as gamas de produtos em si, e não os produtos que integram a gama tomados individualmente, são consideradas substitutos pelos compradores.
- (157) No caso de um acordo vertical envolver três partes, presentes em diferentes estádios da atividade comercial, a quota de mercado de cada parte não pode exceder 30 %, para que seja aplicável a isenção por categoria do VBER. Tal como especificado no artigo 3.º, n.º 2, do VBER, se, no âmbito de um acordo multilateral, uma empresa comprar os bens ou serviços contratuais a uma empresa que seja parte no acordo e os vender a outra empresa que também seja parte no acordo, a isenção por categoria do VBER só é aplicável se a sua quota de mercado não ultrapassar o limiar de 30 %, tanto na qualidade de comprador como de fornecedor. Por exemplo, quando num acordo entre um fabricante, um grossista (ou uma associação de retalhistas) e um retalhista é acordada uma obrigação de não concorrência, as quotas de mercado do fabricante e do grossista (ou da associação de retalhistas) não podem ultrapassar 30 % nos respetivos mercados de fornecimento e as quotas de mercado do grossista (ou associação de retalhistas) e do retalhista não podem ultrapassar 30 % nos respetivos mercados de aquisição, a fim de poder beneficiar da isenção por categoria do VBER.
- (158) Quando o acordo vertical, para além do fornecimento dos bens contratuais ou da prestação dos serviços contratuais, inclui igualmente disposições relativas a DPI (como uma disposição relativa à utilização da marca do fornecedor), que ajudam o comprador a comercializar os bens ou serviços contratuais, a quota de mercado do fornecedor no mercado em que este vende os bens ou serviços contratuais é decisiva para a aplicação do VBER. Quando um franqueador não fornece bens ou presta serviços para serem revendidos, mas fornece um conjunto de bens ou presta um conjunto de serviços combinados com disposições em matéria de DPI que, em conjunto, constituem o método comercial a ser franqueado, o franqueador deve tomar em consideração a sua quota de mercado enquanto fornecedor de um método comercial destinado ao fornecimento de bens específicos ou à prestação de serviços específicos a utilizadores finais. Para esse efeito, o franqueador deve calcular a sua quota no mercado em que o método comercial é explorado pelos franqueados para fornecer bens ou prestar serviços a utilizadores finais. Por conseguinte, o franqueador tem de basear a sua quota de mercado no valor dos bens fornecidos ou serviços prestados pelos seus franqueados neste mercado. Num mercado deste tipo, os concorrentes do franqueador podem ser fornecedores de outros métodos comerciais franqueados, mas também fornecedores de bens ou prestadores de serviços substituíveis que não são objeto de um acordo de franquia. Por exemplo, sem

prejuízo da definição de tal mercado, se existisse um mercado de serviços de refeições rápidas, um franqueador que exercesse atividade nesse mercado teria de calcular a sua quota de mercado com base nos valores de vendas relevantes dos seus franqueados neste mercado.

5.3. Cálculo das quotas de mercado no âmbito do VBER

- (159) Nos termos do artigo 7.º, alínea a), do VBER, em princípio, as quotas de mercado do fornecedor e do comprador devem ser calculadas com base em valores. Se não se encontrarem disponíveis estes valores, podem ser utilizadas estimativas fundamentadas baseadas noutras informações fiáveis do mercado, como volumes.
- (160) O fornecimento de bens intermédios ou a prestação de serviços intermédios a nível interno para uso próprio do fornecedor pode ser relevante para a análise da situação concorrencial em determinados casos, mas não serão tidos em conta para efeitos da definição do mercado ou no cálculo das quotas de mercado à luz do VBER. Em contrapartida, nos termos do artigo 7.º, alínea c), do VBER, nos casos de dualidade de distribuição de bens finais (ou seja, quando um fornecedor de bens finais também exerce atividade enquanto distribuidor dos bens finais no mercado), a definição do mercado e o cálculo da quota de mercado devem incluir as vendas efetuadas pelo fornecedor dos seus próprios bens por meio dos distribuidores e agentes integrados verticalmente. Os distribuidores integrados são empresas ligadas na aceção do artigo 1.º, n.º 2, do VBER⁶⁸.

6. APLICAÇÃO DO VBER

6.1. Restrições graves no âmbito do VBER

- (161) O artigo 4.º do VBER contém uma lista de restrições graves, que são consideradas restrições graves da concorrência que devem ser proibidas na maior parte dos casos atendendo aos danos que provocam nos consumidores. Os acordos verticais que contêm uma ou mais restrições graves estão totalmente excluídos do âmbito de aplicação do VBER.
- (162) As restrições verticais constantes do artigo 4.º do VBER são aplicáveis aos acordos verticais relativos ao comércio *no interior* da União. Por conseguinte, na medida em que os acordos verticais digam respeito à exportação para o exterior da União ou à importação/reimportação do exterior da União, a jurisprudência do TJUE indica que não pode considerar-se que tais acordos tenham por objetivo restringir de modo sensível a concorrência no interior da União ou sejam suscetíveis de afetar, enquanto tal, o comércio entre os Estados-Membros⁶⁹.
- (163) De modo geral, as restrições graves referidas no artigo 4.º do VBER têm como objetivo a restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1⁷⁰. Os acordos que têm como objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, são acordos que, por natureza, têm a potencialidade de restringir a concorrência⁷¹. A este

⁶⁸ Para efeitos de definição dos mercados e de cálculo da quota de mercado não é relevante saber se o distribuidor integrado vende, adicionalmente, bens ou serviços de concorrentes.

⁶⁹ Ver acórdão no processo C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, EU:C:1998:173, n.º 20.

⁷⁰ Ver Comissão, *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice* (Orientações relativas aos acordos que têm por objetivo uma restrição da concorrência para efeitos da definição dos acordos suscetíveis de beneficiarem da Comunicação *de minimis*), SWD(2014) 198 final, p. 4.

⁷¹ Ver acórdão no processo C-8/08, T-Mobile Netherlands, EU:C:2009:343, n.º 31.

respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que determinados tipos de coordenação entre empresas revelam um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que se possa considerar que não há que examinar os seus efeitos⁷². A constatação em como um acordo tem como objetivo a restrição da concorrência exige uma apreciação individual do acordo vertical em causa. Em contrapartida, as restrições graves correspondem a uma categoria de restrições ao abrigo do VBER para as quais se presume que resultam, de modo geral, em danos para a concorrência, de tal modo que um acordo que contenha essa restrição grave não pode ser objeto de uma isenção por categoria em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, do VBER.

- (164) No entanto, as restrições graves não são necessariamente abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Se uma restrição grave na aceção do VBER for objetivamente necessária para um acordo vertical de um tipo ou de uma natureza específica, por exemplo, para assegurar o cumprimento de uma proibição pública de venda de substâncias perigosas a determinados clientes por motivos de segurança ou sanitários, esse acordo não é, a título excecional, abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Tendo em conta o que precede, nomeadamente o facto de, em geral, as restrições graves terem como objetivo a restrição da concorrência, a Comissão aplicará os seguintes princípios à apreciação de acordos verticais:
- (a) Quando um acordo vertical contenha uma restrição vertical na aceção do artigo 4.º do VBER, é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1;
 - (b) É pouco provável que um acordo que contenha uma restrição grave na aceção do artigo 4.º do VBER preencha as condições do artigo 101.º, n.º 3⁷³.
- (165) As empresas podem, num processo individual, demonstrar os efeitos pró-concorrenciais nos termos do artigo 101.º, n.º 3⁷⁴. Para o efeito, ao demonstrar que estão preenchidas todas as condições do artigo 101.º, n.º 3, a empresa em causa tem de fundamentar a probabilidade da obtenção de ganhos de eficiência e de estes ganhos resultarem da inclusão da restrição grave no acordo. Sempre que tal se verifique, a Comissão avaliará o impacto negativo na concorrência suscetível de resultar da inclusão da restrição grave no acordo antes de apreciar definitivamente o cumprimento das condições do artigo 101.º, n.º 3⁷⁵.
- (166) Os exemplos que se seguem nos próximos três pontos das presentes orientações pretendem ilustrar as circunstâncias excecionais em que uma restrição grave é suscetível de não ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1.
- (167) Exemplo de uma entrada genuína

⁷² Ver acórdão no processo C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires*, EU:C:2014:2204, n.º 49.

⁷³ Ver acórdão no processo C-439/09, *Pierre Fabre*, EU:C:2011:649, n.º 57.

⁷⁴ Ver, em especial, ponto 14, alíneas a) a i), das presentes orientações, que descrevem em termos gerais os eventuais ganhos de eficiência relacionados com restrições verticais, e a secção 6.1.1. das presentes orientações, relativa às restrições sobre os preços de revenda. Ver, para diretrizes gerais, a Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

⁷⁵ Esta apreciação não obsta a que uma determinada restrição possa ser automaticamente inválida se constituir uma violação das proibições relativas às vendas passivas estabelecidas no Regulamento Geobloqueio, ver artigo 6.º, n.º 2, do 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.º 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE.

Um distribuidor que é o primeiro a vender uma nova marca ou a vender uma marca existente num novo mercado, garantindo assim uma entrada genuína, pode ter de efetuar investimentos substanciais se, anteriormente, não existia em geral qualquer procura para o tipo de produto específico ou para o tipo de produto do fabricante específico. Nestas circunstâncias, tendo em conta que, muitas vezes, se trata de custos irrecuperáveis, o distribuidor não pode concluir o acordo de distribuição sem um certo período de proteção contra as vendas ativas e passivas no seu território ou ao seu grupo de clientes por parte de outros distribuidores.

É o que se passa, por exemplo, quando um fabricante estabelecido num mercado nacional específico entra num outro mercado nacional e introduz os seus produtos por meio de um distribuidor exclusivo, que necessita de efetuar investimentos para o lançamento e estabelecimento da marca no novo mercado. Quando são necessários investimentos substanciais por parte do distribuidor para lançar e/ou desenvolver o novo mercado, as restrições impostas às vendas passivas de outros distribuidores nesse território ou a esse grupo de clientes, necessárias para que o distribuidor recupere tais investimentos, não são na generalidade abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, durante os primeiros dois anos em que esse distribuidor vende os produtos ou serviços contratuais nesse território ou a esse grupo de clientes, não obstante o facto de, em geral, se presumir que este tipo de restrições é abrangido pelo âmbito de aplicação desta disposição.

(168) Exemplo de fornecimentos cruzados entre distribuidores autorizados

No caso de um sistema de distribuição seletiva, os fornecimentos cruzados entre distribuidores autorizados, geralmente, têm de continuar a ser possíveis (ver ponto 187 das presentes orientações). Todavia, se os distribuidores autorizados em territórios diferentes forem obrigados a investir em atividades promocionais no território onde distribuem os bens ou serviços em causa a fim de apoiarem as vendas de distribuidores autorizados e se for difícil, em termos práticos, prever por contrato as atividades promocionais requeridas, as restrições às vendas ativas impostas pelos grossistas aos distribuidores autorizados nos territórios de outros grossistas, a fim de evitar eventuais fenómenos de parasitismo, podem, em casos individuais, preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(169) Exemplo de um teste genuíno

No caso de um teste genuíno de um novo produto num território limitado ou junto de um grupo de clientes limitado e no caso de uma introdução progressiva de um novo produto, os distribuidores designados para vender o novo produto no mercado a ser testado ou para participar na(s) primeira(s) fase(s) da introdução progressiva, podem ser objeto de restrições no que se refere às vendas ativas fora do mercado de teste ou do(s) mercado(s) em que o produto é pela primeira vez introduzido, sem que tais restrições sejam abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, durante o período necessário à realização dos testes ou à introdução do produto.

6.1.1. *Imposição de preços de revenda*

- (170) A restrição grave referida no artigo 4.º, alínea a), do VBER diz respeito à imposição do preço de revenda (a seguir designada por «IPR»), ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objetivo direto ou indireto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve

respeitar⁷⁶. Os acordos verticais e as práticas concertadas relacionadas com uma determinada faixa na qual o comprador tem de fixar o preço não estão, portanto, em conformidade com o artigo 4.º, alínea a), do VBER.

- (171) A IPR pode ser alcançada por meios diretos, o que acontece no caso de disposições contratuais ou práticas concertadas que estabelecem diretamente o preço a retalho e, por conseguinte, resultam em restrições nítidas⁷⁷. Estas restrições incluem as disposições contratuais que permitam ao fornecedor estabelecer o preço que o comprador tem de cobrar ao seu cliente ou que proíbam o comprador de vender a um preço abaixo de um determinado nível. A restrição é igualmente nítida se o fornecedor solicitar um aumento do preço e o comprador aceder a esse pedido.
- (172) Também é possível impor preços de revenda por meios indiretos, nomeadamente por meio de incentivos ao cumprimento de um preço mínimo ou desincentivos ao incumprimento de um preço mínimo. Os seguintes exemplos pretendem fornecer uma lista não exaustiva de tais meios indiretos:
- fixação da margem de distribuição,
 - fixação do nível máximo de descontos que o distribuidor pode conceder a partir de um nível de preços estabelecido,
 - subordinação da concessão de reduções ou do reembolso dos custos promocionais por parte do fornecedor a um determinado nível de preços,
 - associação do preço de revenda estabelecido com os preços de revenda de concorrentes, e
 - ameaças, intimidações, avisos, sanções, atrasos ou suspensão das entregas ou cessação de contratos em função do cumprimento de um determinado nível de preços.
- (173) No entanto, conforme estabelecido no artigo 4.º, alínea a), do VBER, a imposição de um preço máximo de retalho ou o estabelecimento de uma recomendação de preço de revenda por parte do fornecedor não equivale, por si só, a uma IPR. Todavia, se o fornecedor combinar o preço máximo ou a recomendação de preço de revenda com incentivos à aplicação de um determinado nível de preços ou desincentivos à redução dos preços de venda, tal poderá equivaler a uma IPR. Constituiria um incentivo à aplicação de um determinado nível de preços, por exemplo, o reembolso dos custos promocionais em caso de cumprimento do preço máximo de revenda ou do preço de revenda recomendado. A título de exemplo, constituiria um desincentivo à redução dos preços de revenda a intervenção do fornecedor caso o comprador se desviasse do preço de revenda máximo ou recomendado, por exemplo, ameaçando interromper os fornecimentos futuros.
- (174) Analogamente, as políticas de preços anunciados mínimos, que proíbem os retalhistas de publicitarem preços abaixo de um determinado montante fixado pelo fornecedor, também podem equivaler a uma IPR, por exemplo, nos casos em que o

⁷⁶ No que se refere à distinção entre acordos verticais e práticas concertadas, ver pontos 48 a 51 das presentes orientações. Todavia, esta distinção não tem, até ao momento, desempenhado um papel importante na prática de aplicação, uma vez que não é necessário distinguir entre as duas para constatar uma infração do artigo 101.º Além disso, cumpre salientar que a IPR pode ser associada a outras restrições, nomeadamente a colusão horizontal sob a forma de acordos com configurações radiais (*hub-and-spoke arrangements*), abordados nas orientações horizontais, ponto 55.

⁷⁷ Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo AT.40182, Guess, n.ºs 84, 86 e 137.

fornecedor sanciona os retalhistas por venderem abaixo da respetiva política de preços, exigir que estes não ofereçam descontos ou impeça-os de comunicar a possibilidade de o preço final diferir da respetiva política de preços anunciados mínimos.

- (175) Os meios diretos ou indiretos para alcançar uma fixação de preços podem ser mais eficazes quando combinados com medidas destinadas a identificar os distribuidores que reduzem os preços, tais como a criação de um sistema de controlo dos preços ou a obrigação de os retalhistas denunciarem outros membros da rede de distribuição que se desviem do nível de preços comum. No entanto, estas medidas não são suficientes para estabelecer a existência de uma IPR, dado que podem ser utilizadas para aumentar a eficiência da cadeia de abastecimento ou distribuição ou para outras finalidades sem relação com os meios diretos ou indiretos de alcançar a IPR.
- (176) Cada vez mais se utiliza o controlo de preços no comércio eletrónico, no contexto do qual, tanto fabricantes como retalhistas recorrem, muitas vezes, a suportes lógicos específicos de controlo dos preços⁷⁸. Este controlo dos preços não constitui uma IPR propriamente dita, mas aumenta a transparência em matéria de preços no mercado, o que permite aos fabricantes acompanharem de modo eficaz os preços de revenda na sua rede de distribuição e intervir rapidamente em casos de redução de preços. Também permite aos retalhistas acompanhar de modo eficaz os preços dos seus concorrentes e comunicar as reduções de preços ao fabricante, juntamente com um pedido de intervenção contra essas reduções⁷⁹.
- (177) No caso de acordos de agência, é o comitente que geralmente estabelece os preços de venda, uma vez que suporta os riscos comerciais e financeiros relacionados com a venda. Contudo, quando um acordo desse tipo não pode ser considerado um acordo de agência para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 (ver, em especial, pontos 40 a 43 das presentes orientações), uma obrigação que impeça ou restrinja o agente de partilhar a sua comissão, independentemente de esta ser fixa ou variável, com o cliente será uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, alínea a), do VBER. A fim de evitar o recurso a esta restrição grave, o agente deve ter a liberdade de reduzir o preço efetivamente pago pelo cliente sem diminuir as receitas do comitente⁸⁰.
- (178) A fixação de um preço de revenda num acordo vertical entre um fornecedor e um comprador que executa um acordo anterior entre o fornecedor e um utilizador final específico (a seguir designado por «contrato de execução») não constitui uma IPR quando o utilizador final tenha prescindido do seu direito de escolher a empresa que executa o acordo. Neste caso, a fixação do preço de revenda não resulta numa infração do artigo 101.º, n.º 1, visto que o preço de revenda deixa de ser objeto de concorrência no que respeita ao utilizador final em causa. Contudo, tal só será aplicável se o contrato de execução não constituir um acordo de agência não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, conforme descrito, nomeadamente, nos pontos 40 a 43 das presentes orientações, por exemplo, devido ao facto de o comprador passar a ser proprietário dos bens contratuais destinados à

⁷⁸ Ver Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão que acompanha o Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, SWD(2017) 154 final de 10.5.2017, n.ºs 602 e 603.

⁷⁹ Ver decisões da Comissão nos processos AT.40182 – *Pioneer*, n.ºs 136 e 155; AT.40182 – *Denon & Marantz*, n.º 95; AT.40181 – *Philips*, n.º 64; ver decisões da Comissão nos processos AT.40182 – *Pioneer*, n.º 136; AT.40465 – *Asus*, n.º 27.

⁸⁰ Ver, a título de exemplo, decisão da Comissão no processo n.º IV/32.737 – *Eirpage*, nomeadamente o n.º 6.

revenda ou assumir um nível não insignificante de riscos no que respeita à execução do contrato. Em contrapartida, se o utilizador final não prescindir do seu direito de escolher a empresa que executa o acordo, o fornecedor não pode fixar os preços de revenda sem infringir o artigo 4.º, alínea a), do VBER, mas pode estabelecer um preço máximo de revenda com vista a permitir a concorrência a nível dos preços na execução do acordo.

- (179) O artigo 4.º, alínea a), do VBER é plenamente aplicável à economia das plataformas em linha. Se, nomeadamente, uma empresa for um prestador de serviços de intermediação em linha na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do VBER, essa empresa é um fornecedor, tendo de cumprir, por conseguinte, o artigo 4.º, alínea a), do referido regulamento de forma a evitar uma restrição grave no que respeita aos bens ou serviços objeto de intermediação. Embora tal não impeça o prestador de serviços de intermediação em linha de incentivar os utilizadores dos serviços de intermediação em linha a venderem ou seus bens ou serviços a um nível concorrencial ou a reduzirem os seus preços, o artigo 4.º, alínea a), do VBER proíbe o prestador de serviços de intermediação em linha de impor preços de venda fixos ou mínimos nas transações que facilita.
- (180) O TJUE tem confirmado em diversos momentos que os acordos que estabelecem preços de revenda mínimos ou fixos, impedindo o comprador de estabelecer independentemente os seus preços de revenda, têm o objetivo de restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1⁸¹. No entanto, tal como referido nos pontos 163 a 165 das presentes orientações, o facto de uma restrição ser considerada uma restrição grave e de se considerar que a mesma tem o objetivo de restringir a concorrência não implica que os acordos que equivalem a uma IPR constituam, por si só, infrações ao artigo 101.º. Quando as empresas considerem que a IPR aumenta a eficiência num determinado caso, podem justificar-se nessa base ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3.
- (181) De modo geral, considera-se que a IPR constitui uma restrição grave da concorrência, dado que é suscetível de restringir de diversas formas a concorrência intramarcas e/ou intermarcas:
- (a) O efeito direto da IPR é a eliminação da concorrência intramarcas a nível de preços impedindo todos os distribuidores ou determinados distribuidores de reduzirem os seus preços de venda para a marca em causa, resultando tal no aumento dos preços para essa marca.
 - (b) A IPR é suscetível de facilitar a colusão entre fornecedores, nomeadamente nos mercados que apresentam uma tendência colusiva, por exemplo, nos casos em que os fornecedores formam um oligopólio restrito e uma parte significativa do mercado é abrangida por acordos de IPR. Tal também pode ocorrer nos casos em que os fornecedores distribuem os seus bens ou serviços pelos mesmos distribuidores, permitindo-lhes utilizar estes últimos como veículos para alcançar um equilíbrio colusivo. Em geral, a IPR torna mais fácil detetar se um fornecedor se afasta do equilíbrio colusivo reduzindo o seu preço, o que significa que, se um fornecedor decidisse não aplicar a sua política de IPR destinada a aumentar as suas vendas a retalho, a IPR permitiria que os outros

⁸¹ Acórdãos nos processos 243/83, Binon/AMP, EU:C:1985:284, n.º 44; C-311/85, VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten, EU:C:1987:418, n.º 17; C-27/87, SPRL Louis Erauw-Jacquery/La Hesbignonne SC, EU:C:1988:183, n.º 15.

fornecedores detetassem mais facilmente a redução do preço a retalho resultante e reagissem em conformidade.

- (c) A IPR pode facilitar a colusão entre compradores a nível da distribuição. A perda da concorrência a nível de preços daí resultante afigura-se especialmente problemática quando a IPR é promovida pelos compradores. Os compradores poderosos ou bem organizados poderão estar em condições de forçar ou convencer um ou vários dos seus fornecedores a fixarem o seu preço de revenda acima do nível concorrencial, ajudando, assim, os compradores a alcançarem ou estabilizarem um equilíbrio colusivo. A IPR atua como mecanismo de compromisso de forma a impedir os retalhistas de se desviarem do equilíbrio colusivo por meio de descontos de preços.
 - (d) A IPR pode reduzir a pressão exercida sobre a margem do fornecedor, em especial quando o fabricante tem um problema de compromisso, ou seja, quando tem interesse em baixar o preço cobrado aos distribuidores subsequentes. Numa situação deste tipo, o fornecedor pode preferir aceitar a IPR, a fim de o ajudar a assumir um compromisso no sentido de não baixar os preços para os distribuidores subsequentes, reduzindo assim a pressão sobre a sua própria margem.
 - (e) Ao evitar a concorrência ao nível dos preços entre os distribuidores, a IPR pode impedir ou prejudicar a entrada e expansão de formatos de distribuição mais eficientes ou novos, reduzindo, assim, a inovação ao nível da distribuição.
 - (f) A IPR pode ser aplicada por um fornecedor com poder de mercado a fim de encerrar o mercado para os rivais de menores dimensões. O aumento da margem que a IPR é suscetível de proporcionar aos distribuidores pode incentivá-los a favorecerem a marca do fornecedor em detrimento de marcas rivais quando aconselham os clientes, mesmo que tal conselho não sirva os interesses do cliente, ou mesmo a não vender as marcas rivais.
- (182) No entanto, a IPR também pode gerar ganhos de eficiência, em particular se for promovida pelo fornecedor. Se invocarem o artigo 101.º, n.º 3, alegando a possibilidade de a IPR gerar ganhos de eficiência, cabe às empresas apresentar elementos comprovativos concretos que fundamentem essa alegação e demonstrar que as condições do artigo 101.º, n.º 3, estão efetivamente satisfeitas no caso em questão. Abaixo são dados três exemplos de uma argumentação assente nos ganhos de eficiência.
- (a) Quando um fabricante introduz um novo produto, a IPR pode ser uma forma eficiente de induzir os distribuidores a terem em maior conta os interesses do fabricante na promoção do produto, em especial no caso de se tratar de um produto totalmente novo, e reforçarem os esforços de venda. Se os distribuidores no respetivo mercado enfrentarem uma pressão concorrencial, esta pode induzi-los a expandirem a procura global do produto e assegurarem o êxito do lançamento do produto, beneficiando igualmente os consumidores. O artigo 101.º, n.º 3, exige que não existam meios menos restritivos. Para respeitar este requisito, os fornecedores podem, por exemplo, demonstrar que, na prática, não é viável impor a todos os compradores requisitos contratuais efetivos de promoção. Nestas circunstâncias, a imposição de preços de retalho fixos ou mínimos por um período limitado a fim de facilitar a introdução de um novo produto é suscetível de ser considerada pró-concorrencial no âmbito do exercício de balanço.

- (b) Os preços de revenda fixos, e não apenas os preços de revenda máximos, podem ser necessários para organizar uma campanha coordenada de preços baixos a curto prazo (de duas a seis semanas na maior parte dos casos), que será igualmente benéfica para os consumidores. Podem ser necessários, em especial, para organizar uma campanha desse tipo num sistema de distribuição no qual o fornecedor aplica um formato de distribuição uniforme, como um sistema de franquias. Dada a sua natureza temporária, a imposição de preços de revenda fixos é suscetível de ser considerada pró-concorrencial no âmbito do exercício de balanço.
 - (c) Em alguns casos, a margem adicional proporcionada pela IPR poderá permitir que os retalhistas forneçam serviços pré-venda (suplementares), em especial quando possuem experiência ou quando se trata de produtos complexos. Se um número suficiente de clientes tirar partido destes serviços para fazer a sua escolha, mas, subsequentemente, efetuar a sua aquisição a um preço inferior junto de retalhistas que não prestam tais serviços (e que, consequentemente, não incorrem nos respetivos custos), os retalhistas que proporcionam um elevado nível de serviço podem reduzir ou eliminar tais serviços que aumentam a procura do produto do fornecedor. A IPR pode contribuir para evitar este parasitismo ao nível da distribuição. O fornecedor terá de demonstrar de forma convincente que o acordo de IPR não é necessário a fim de eliminar o parasitismo entre os retalhistas nestes serviços. Neste caso, a probabilidade de a IPR ser considerada pró-concorrencial será maior se a concorrência entre os fornecedores for intensa e o fornecedor tiver um poder de mercado limitado.
- (183) A zona de segurança prevista pelo VBER abrange a prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa 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, conforme estabelecido nos pontos 172 a 173 das presentes orientações. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação de acordos de preços recomendados ou máximos acima do limiar da quota de mercado.
- (184) O eventual risco em termos de concorrência dos preços recomendados e máximos consiste no facto de funcionarem como um ponto de referência para os revendedores e poderem ser seguidos pela maior parte ou por todos eles. Além disso, os preços recomendados e máximos podem provocar o abrandamento da concorrência ou facilitar a colusão entre fornecedores.
- (185) Um fator importante para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais dos preços de revenda recomendados ou máximos é a posição do fornecedor no mercado. Quanto mais sólida for a posição do fornecedor no mercado, maior será o risco de que um preço de revenda recomendado ou máximo conduza a uma aplicação mais ou menos uniforme desse nível de preços por parte dos revendedores, uma vez que o podem usar como ponto de referência. Com efeito, podem considerar difícil desviar-se do que consideram ser o preço de revenda preferido, proposto por um fornecedor importante no mercado.
- (186) Quando são detetados efeitos anticoncorrenciais consideráveis a nível dos preços de revenda recomendados ou máximos, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. No que respeita aos preços de revenda máximos, poderá ser especialmente relevante evitar a dupla marginalização. Um preço máximo de

revenda pode igualmente contribuir para garantir que a marca em questão concorre mais vigorosamente com outras marcas, incluindo produtos de marca própria, distribuídos pelo mesmo distribuidor.

6.1.2. *Restrições graves em conformidade com o artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER*

6.1.2.1. Princípios gerais em conformidade com o artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER

- (187) O artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER fornece uma lista de restrições graves e exceções aplicáveis consoante o sistema de distribuição utilizado pelo fornecedor: distribuição exclusiva, distribuição seletiva ou distribuição livre. A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea b), do artigo 4.º, alínea c), subalínea i), e do artigo 4.º, alínea d), do VBER diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, tenham por objeto a restrição das vendas realizadas por um comprador ou pelos seus clientes, na medida em que estas restrições se refiram ao território ou ao grupo de clientes a quem o comprador ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços contratuais. O artigo 4.º, alínea c), subalíneas ii) e iii), do VBER determina que, num sistema de distribuição seletiva, constituem restrições graves a restrição dos fornecimentos cruzados entre membros do sistema de distribuição seletiva que exercem atividade ao mesmo estágio da atividade comercial ou em estádios diferentes e a restrição das vendas ativas ou passivas a utilizadores finais por parte de membros do sistema de distribuição seletiva que exercem atividade ao nível retalhista.
- (188) O artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER é aplicável independentemente dos canais de vendas utilizados. Os acordos verticais que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores, tenham como objetivo impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet a fim de venderem os seus bens ou serviços em linha, restringem os territórios ou os grupos de clientes a quem os compradores ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços contratuais, dado que restringem a venda a clientes localizados fora da zona comercial física dos compradores ou dos seus clientes⁸². A proibição das vendas em linha, bem como as restrições que, *de facto*, proibam ou limitem as vendas em linha, na medida em que estas impeçam, *de facto*, os compradores e os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para venderem os seus bens ou serviços em linha, têm o objetivo de impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para venderem os seus bens ou serviços contratuais. Por conseguinte, as restrições suscetíveis de reduzirem significativamente o volume global de vendas em linha no mercado constituem restrições graves das vendas ativas ou passivas na aceção do artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER. A apreciação destinada a saber se a restrição é grave não pode depender de circunstâncias específicas ao mercado ou das circunstâncias específicas de um cliente ou de clientes específicos. As restrições que impedem a utilização eficaz de um ou mais canais de publicidade em linha por parte dos compradores ou dos seus clientes⁸³ têm como objetivo impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para vender os seus bens ou serviços na Internet e, por conseguinte, restringem as vendas aos clientes que pretendem comprar na Internet e estão localizados fora da zona comercial física dos

⁸² Ver, igualmente, acórdão no processo C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, n.º 54.

⁸³ Ver decisões da Comissão no processo AT.40182 – Guess, n.ºs 118 a 126.

compradores e dos seus clientes, dado que limitam a capacidade de os compradores ou os seus clientes direcionarem a sua publicidade para eles, informarem-nos das suas ofertas e atraírem-nos para as suas lojas em linha ou outros canais.

- (189) Estas restrições graves podem resultar de obrigações diretas, tais como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes em determinados territórios ou a obrigação de transferir as encomendas destes clientes para outros distribuidores. Também podem resultar de medidas indiretas destinadas a induzir o distribuidor a não vender a esses clientes, tais como:
- (a) Exigência de aprovação prévia do fornecedor⁸⁴;
 - (b) Recusa ou redução de bónus ou descontos⁸⁵ e pagamentos de compensação realizados pelo fornecedor se o distribuidor cessar as vendas a esses clientes;
 - (c) Cessão do fornecimento;
 - (d) Limitação ou redução das quantidades fornecidas, por exemplo, destinadas a satisfazer a procura no território atribuído ou do grupo de clientes atribuído;
 - (e) Ameaça de cessão do contrato⁸⁶ ou de não renovação;
 - (f) Ameaça de realização ou realização de auditorias destinadas a verificar o cumprimento do pedido de não efetuar vendas a determinados grupos de clientes ou a clientes em determinados territórios;
 - (g) Exigência de um preço mais elevado dos produtos a vender a determinados grupos de clientes ou a clientes em determinados territórios;
 - (h) Limitação da proporção das vendas a determinados grupos de clientes ou a clientes em determinados territórios;
 - (i) Limitação das línguas a utilizar na embalagem ou na promoção dos produtos;
 - (j) Fornecimento de outro produto pela cessação dessas vendas;
 - (k) Realização de pagamentos pela cessação dessas vendas;
 - (l) Obrigação de repercussão no fornecedor dos lucros dessas vendas.
- (190) Podem ainda resultar do facto de o fornecedor não prestar um serviço de garantia a nível da União, no qual o fornecedor geralmente reembolsa todos os distribuidores pela prestação de um serviço obrigatório de garantia, mesmo em relação a produtos vendidos por outros distribuidores no seu território⁸⁷.
- (191) As práticas referidas nos pontos (187) e (189) das presentes orientações são ainda mais suscetíveis de serem consideradas uma restrição das vendas do comprador quando utilizadas em conjugação com a aplicação, por parte do fornecedor, de um

⁸⁴ Ver, por exemplo, acórdão no processo T-77/92, Parker Pen/Comissão, EU:T:1994:85, n.º 37.

⁸⁵ Ver, por exemplo, acórdão no processo T-450/05, Peugeot Nederland/Comissão, EU:T:2009:262, n.º 47.

⁸⁶ Ver, por exemplo, acórdão no processo T-62/98, Volkswagen/Comissão, EU:T:2000:180, n.º 44.

⁸⁷ Se o fornecedor decidir não reembolsar os seus distribuidores pelos serviços prestados ao abrigo da garantia a nível da União, pode chegar a acordo com esses distribuidores no sentido de que um distribuidor que efetue uma venda fora do território que lhe foi atribuído, pague ao distribuidor autorizado no território de destino um encargo calculado com base no custo dos serviços que serão efetuados, incluindo uma margem de lucro razoável. Este tipo de acordo poderá não ser considerado uma restrição das vendas do distribuidor fora do seu território (ver acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-67/01, JCB Service/Comissão, Coletânea 2004, p. II-49, n.ºs 136 a 145).

sistema de controlo destinado a verificar o destino dos bens fornecidos, por exemplo, a utilização de rótulos diferenciados, de grupos de línguas específicas ou de números de série.

- (192) Para além das obrigações diretas e indiretas referidas nos pontos 187 a 190 das presentes orientações, as restrições graves especificamente relacionadas com as vendas em linha também podem resultar de obrigações diretas ou indiretas. Para além de uma proibição direta de utilização da Internet enquanto canal de vendas, são referidos abaixo outros exemplos de obrigações que, direta ou indiretamente, têm o objetivo de impedir os distribuidores de utilizarem efetivamente a Internet para vender os seus bens ou serviços em todo o lado, em determinados territórios ou a determinados grupos de clientes:
- (a) Exigência de que o distribuidor, independentemente do sistema de distribuição que utilize, impeça que os clientes localizados num outro território visualizem o seu sítio Web ou implante um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios Web do fabricante ou de outros distribuidores. Tal não exclui a obrigação de o distribuidor disponibilizar no seu sítio Web ligações para os sítios Web de outros distribuidores e/ou do fornecedor⁸⁸;
 - (b) Exigência de que o distribuidor, independentemente do sistema de distribuição que utilize, ponha termo às transações em linha dos consumidores quando as informações do cartão de crédito revelam que o endereço não se encontra no território do distribuidor⁸⁹;
 - (c) Exigência de que o distribuidor venda unicamente num espaço físico ou na presença física de pessoal especializado⁹⁰;
 - (d) Exigência de que o distribuidor procure obter junto do fornecedor uma autorização prévia para vender em linha;
 - (e) Exigência de que o distribuidor não utilize as marcas do fornecedor no seu sítio Web;
 - (f) Proibição direta ou indireta da utilização de um canal de publicidade em linha específico, como ferramentas de comparação de preços ou publicidade em motores de pesquisa, ou outras restrições à publicidade em linha que proíbam indiretamente a utilização de um canal de publicidade em linha específico, como a obrigação imposta ao distribuidor de não utilizar as marcas dos fornecedores na licitação para efeitos de referência nos motores de pesquisa ou a restrição da transmissão de informações relacionadas com os preços a ferramentas de comparação de preços. Embora a proibição da utilização de

⁸⁸ Artigo 3.º do 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.º 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE, JO L 60I de 2.3.2018, p. 1.

⁸⁹ Artigo 5.º do 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.º 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE, JO L 60I de 2.3.2018, p. 1.

⁹⁰ Acórdão no processo C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, n.ºs 36 e 37.

uma ferramenta de comparação de preços ou um motor de pesquisa específico não impeça, habitualmente, a utilização eficaz da Internet para efeitos da venda em linha, dado que se pode recorrer a outras ferramentas de comparação de preços ou motores de pesquisa para chamar a atenção de um comprador para as atividades de venda em linha, uma proibição da utilização de todos os serviços de publicidade mais utilizados no respetivo canal de publicidade em linha pode equivaler a um tal impedimento se, *de facto*, as ferramentas de comparação de preços ou motores de pesquisa restantes não conseguirem atrair clientes para a loja em linha do comprador.

- (193) Em contrapartida, ao abrigo do VBER, os fornecedores podem dar determinadas instruções aos seus distribuidores quanto à forma como pretendem que estes vendam os seus produtos. É permitido que o fornecedor imponha requisitos de qualidade aos distribuidores independentemente do modelo de distribuição aplicado. Os fornecedores e os seus distribuidores podem acordar as modalidades de vendas que não tenham o objetivo de restringir o território ou os grupos de clientes a quem se pode vender o produto ou serviço. Por exemplo, os acordos verticais que contenham requisitos de qualidade, nomeadamente no contexto da distribuição seletiva, como a dimensão mínima do estabelecimento, requisitos de qualidade para a organização do estabelecimento (por exemplo, no que respeita a equipamentos, móveis, decoração, iluminação e pavimentos), requisitos de qualidade relativos ao aspeto do sítio Web, requisitos de disposição do produto (por exemplo, número mínimo de opções de cor expostas lado a lado ou de produtos das marcas expostos e o requisito de espaço mínimo entre produtos, gamas e marcas no estabelecimento), são abrangidos pelo VBER⁹¹.
- (194) Os acordos verticais que contenham uma restrição da utilização de um canal de vendas em linha específico, como os mercados em linha, ou que estabeleçam normas de qualidade para a venda em linha são suscetíveis de beneficiar da isenção por categoria, independentemente do sistema de distribuição utilizado pelo fornecedor, na medida em que a restrição não tenha, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores, o objetivo de impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para a venda em linha dos seus bens ou serviços ou utilizarem efetivamente um ou mais canais de publicidade em linha, tal como explicado no ponto 188 acima. Estas restrições não afetam um grupo de clientes suscetíveis de serem circunscritos entre todos os potenciais clientes nem a capacidade de os compradores ou os seus clientes explorarem os seus próprios sítios Web e fazerem publicidade por meio da Internet em ferramentas de comparação de preços ou motores de pesquisa em linha, permitindo que os compradores ou os seus clientes chamem a atenção para as suas atividades em linha e atraiam potenciais clientes. Por conseguinte, a menos que tenham indiretamente o objetivo de impedir a utilização eficaz da Internet para efeitos de venda em linha, estas restrições à venda não equivalem a uma restrição dos territórios ou dos clientes a quem os distribuidores ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços contratuais. Em princípio, estas restrições isentas por categoria compreendem:

⁹¹ Para outros exemplos, ver documento de trabalho dos serviços da Comissão que acompanha o Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, SWD(2017) 154 final de 10.5.2017, ponto 241.

- (a) A proibição direta ou indireta da venda em mercados em linha⁹²;
 - (b) Uma exigência de que o comprador exerça a atividade num ou mais estabelecimentos tradicionais ou em salões de exposição como condição para se tornar membro do sistema de distribuição do fornecedor;
 - (c) Uma exigência de que o comprador venda fora de linha uma determinada quantidade absoluta mínima (em termos de valor ou de volume, mas não em proporção das suas vendas totais) dos bens ou serviços contratuais a fim de assegurar o funcionamento eficiente do seu estabelecimento tradicional. Esta quantidade absoluta exigida para as vendas fora de linha pode ser a mesma para todos os compradores ou ser determinada individualmente para cada comprador com base em critérios objetivos, como a importância do comprador na rede ou a sua localização geográfica.
- (195) A exigência de que um determinado comprador pague um preço por produtos destinados a serem vendidos em linha diferente do que paga pelos produtos destinados a serem vendidos fora de linha é suscetível de beneficiar da zona de segurança do VBER, na medida em que tenha como objetivo incentivar ou recompensar o nível adequado de investimento efetuado na distribuição em linha e fora dela. Esta diferença de preços deve estar relacionada com as diferenças dos custos suportados em cada canal pelos distribuidores a nível retalhista. Para o efeito, a diferença do preço grossista deve ter em conta os diferentes investimentos e custos suportados pelo distribuidor híbrido de forma a incentivar ou recompensar esse distribuidor pelos níveis adequados de investimentos efetuados, respetivamente, na distribuição em linha e fora dela, uma vez que, se não estiver de todo relacionada com a diferença dos custos suportados em cada canal, a diferença do preço grossista é pouco suscetível de originar efeitos de reforço dos ganhos de eficiência. Por conseguinte, sempre que tenha como objetivo impedir a utilização eficaz da Internet para efeitos de venda em linha, a diferença do preço grossista equivale a uma restrição grave, tal como estabelecido no ponto 188 das presentes orientações. Assim seria, nomeadamente, se a diferença de preço tornasse não lucrativa ou financeiramente insustentável a utilização eficaz da Internet para efeitos de venda em linha.
- (196) As restrições da publicidade em linha constantes de acordos verticais beneficiam da isenção por categoria desde que não tenham, direta ou indiretamente, o objetivo de impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para vender os seus bens ou serviços em linha, ou seja, se não impedirem direta ou indiretamente a utilização eficaz de um ou mais canais de publicidade em linha específicos. São exemplos de restrições da publicidade em linha que beneficiam da zona de segurança do VBER, nomeadamente, a exigência de que a publicidade em linha cumpra determinadas normas de qualidade ou inclua conteúdos ou informações específicas ou a exigência de que o comprador não utilize os serviços de determinados prestadores de serviços de publicidade em linha que não cumpram determinadas normas de qualidade.

⁹² Processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, n.ºs 64 a 69; ver, igualmente, secção 8.2.3. das presentes orientações.

6.1.2.2. Distinção entre vendas ativas e passivas

- (197) A restrição do território ou grupo de clientes a quem um comprador ou os seus clientes podem vender os bens ou serviços contratuais pode dizer respeito a vendas ativas ou passivas nesse território ou a esses clientes. O artigo 1.º, alíneas l) e m), do VBER estabelece as definições de vendas ativas e passivas.
- (198) Nos termos do artigo 1.º, alínea m), do VBER, são consideradas vendas passivas as vendas a clientes que não tenham sido visados ativamente criando um sítio Web próprio ou uma loja em linha própria, independentemente de tratar-se de um servidor próprio ou de um alojamento em servidor de terceiros, dado que estes são um meio que permite aos potenciais clientes chegarem a um determinado distribuidor. A utilização de um sítio Web pode ter efeitos que vão além do território ou grupo de clientes do distribuidor, por exemplo, permitindo as compras em linha pelos clientes localizados fora da zona comercial física do distribuidor. Se, na ausência de um direccionamento ativo por parte do distribuidor relativamente a um território ou grupo de clientes específico, um consumidor desse território ou grupo de clientes visitar o sítio Web de um distribuidor e contactar este último e se esse contacto resultar numa venda, incluindo a entrega, esta é considerada uma venda passiva, dado que o acesso do cliente ao sítio Web do distribuidor decorre da utilização eficaz da Internet pelo cliente. O mesmo se aplica se um cliente optar por ser mantido informado automaticamente pelo distribuidor e se esta informação levar a uma venda. Analogamente, também constitui uma forma de venda passiva a utilização de técnicas de otimização para motores de pesquisa num sítio Web, isto é, a utilização de ferramentas ou técnicas destinadas a melhorar a classificação de um sítio Web nos motores de pesquisa.
- (199) Em contrapartida, a oferta de opções linguísticas num sítio Web ou numa loja em linha diferentes das habitualmente utilizadas no território de estabelecimento do distribuidor geralmente indica que as atividades do distribuidor são direccionadas para o território em que a língua é habitualmente utilizada, equivalendo, por conseguinte, a uma forma de venda ativa⁹³. A oferta num sítio Web ou loja em linha de uma opção linguística em inglês não é considerada uma indicação de que as atividades do distribuidor são direccionadas para territórios onde se fala esta língua, uma vez que esta é habitualmente utilizada nos Estados-Membros da UE. Da mesma forma, a criação de um sítio Web próprio ou de uma loja em linha própria com um nome de domínio correspondente a um território diferente do de estabelecimento do distribuidor constitui uma forma de venda ativa nesse território, mas a oferta de um sítio Web ou de uma loja em linha com um nome de domínio genérico e não específico a um determinado país é considerada uma forma de venda passiva.
- (200) A promoção ou publicidade em linha direccionada constituem uma forma de venda ativa. Em especial, a publicidade em linha, muitas vezes, permite ao distribuidor determinar com antecedência a audiência junto da qual será feita a publicidade e, deste modo, seleccionar os territórios ou grupos de clientes para os quais o seu anúncio publicitário seria direccionado. A publicidade em linha direccionada que chega aos clientes dentro de um território exclusivo ou de um grupo de clientes exclusivo atribuído a outros distribuidores pode ser restringida desta forma. Tal inclui, por

⁹³ Acórdão nos processos apensos C-585/08 e C-144/09, Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG e Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller, ECLI:EU:C:2010:740, n.º 93.

exemplo, a publicidade personalizada direcionada para clientes no território exclusivo ou pertencentes ao grupo de clientes exclusivo, a licitação relativa à referência paga num motor de pesquisa direcionada para um território exclusivo ou grupo de clientes exclusivo ou qualquer outra forma de publicidade em linha que permita ao distribuidor conceber o anúncio publicitário de forma a visar ou excluir clientes em territórios exclusivos ou pertencentes a grupos de clientes exclusivos. Em contrapartida, considera-se que a promoção ou publicidade em linha destinada a chegar aos clientes no próprio território ou pertencentes ao grupo de clientes atribuído a um distribuidor constitui uma forma de venda passiva, na medida em que não seja concebida para visar clientes em territórios específicos ou pertencentes a grupos de clientes específicos. São exemplos deste tipo de publicidade geral os conteúdos patrocinados num sítio Web de um jornal local ou nacional aos quais todos os visitantes do sítio Web podem aceder ou a utilização de ferramentas de comparação de preços com nomes de domínios genéricos e não específicos a um país. Em contrapartida, se for efetuada em línguas que não sejam habitualmente utilizadas no território de estabelecimento do distribuidor ou em sítios Web cujos nomes de domínio correspondam a um território diferente do de estabelecimento do distribuidor, esta publicidade geral constitui uma forma de venda ativa nesse território, dado que deixaria de ter como objetivo chegar aos clientes no próprio território do distribuidor. A participação na contratação pública é considerada uma forma de venda passiva, independentemente do tipo de procedimento de adjudicação de contratos públicos (ou seja, um concurso aberto ou limitado), sendo esta classificação coerente com o direito em matéria de contratação pública. Se a participação num concurso público fosse considerada uma venda ativa, a concorrência intramarcas seria significativamente reduzida nesses mercados, contrariando, deste modo, a lógica do direito em matéria de contratação pública, que prevê a facilitação da concorrência intramarcas. Consequentemente, nos termos do artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER, a restrição da participação de um comprador na contratação pública constitui uma restrição grave. Analogamente, a participação em concursos privados é uma forma de venda passiva. Um concurso privado é uma forma de pedido de venda espontâneo dirigido a diversos fornecedores potenciais, sendo, por conseguinte, a apresentação de uma proposta em resposta a um pedido deste tipo uma venda passiva.

- (201) Tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, alínea n), do VBER, no contexto das restrições que equivalem a «uma restrição das vendas ativas ou passivas» na aceção do artigo 4.º do VBER, todas as formas de venda que não as consideradas vendas passivas no VBER, e explicadas mais aprofundadamente nas presentes orientações, são consideradas vendas ativas.

6.1.2.3. Aplicação dos princípios gerais

- (202) O artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER fornece uma lista de restrições graves e exceções aplicáveis consoante o sistema de distribuição utilizado pelo fornecedor: distribuição exclusiva, distribuição seletiva ou distribuição livre.

6.1.2.4. O fornecedor utiliza um sistema de distribuição exclusiva

- (203) A restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea b), do VBER diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que tenham, direta ou indiretamente, como objetivo a restrição do território ou do grupo de clientes a quem um comprador, ao qual tenha sido atribuído um território ou grupo de clientes exclusivo, pode vender de forma ativa ou passiva os bens ou serviços contratuais.

- (204) Existem cinco exceções à restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea b), do VBER.
- (205) Em primeiro lugar, o artigo 4.º, alínea b), subalínea i), do VBER autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas de um distribuidor exclusivo a um território ou a um grupo de clientes atribuído exclusivamente a outros compradores, ou reservado para o fornecedor. A fim de preservar os seus incentivos ao investimento, os distribuidores designados a título exclusivo devem ser protegidos adequadamente contra as vendas ativas, nomeadamente a publicidade em linha, nos territórios ou aos grupos de clientes a eles atribuídos a título exclusivo, efetuadas por parte de outros compradores do fornecedor na União, nomeadamente os compradores aos quais o fornecedor tenha atribuído a título exclusivo outros territórios ou grupos de clientes. Se as restrições à venda ativa impostas aos outros compradores do fornecedor não proporcionarem um nível adequado de proteção de forma a salvaguardar os incentivos ao investimento do distribuidor designado no território exclusivo e, por conseguinte, justificar o estabelecimento de um sistema de distribuição exclusiva, é provável que o benefício do VBER seja retirado.
- (206) As vendas dos clientes de um distribuidor exclusivo num território ou a um grupo de clientes que o fornecedor tenha atribuído a título exclusivo a outros distribuidores também são suscetíveis de prejudicar os incentivos ao investimento em serviços de elevada qualidade ou de reforço da procura destes últimos distribuidores. A fim de proteger os incentivos ao investimento dos distribuidores designados a título exclusivo, o fornecedor pode exigir que atividade de venda ativa desses outros distribuidores, bem como os seus clientes que tenham celebrado acordos de distribuição com o fornecedor ou uma parte à qual tenham sido atribuídos direitos de distribuição pelo fornecedor, seja restringida no que respeita ao território ou ao grupo de clientes atribuído a título exclusivo (ou seja, que a restrição à venda ativa seja transmitida para os clientes do comprador)⁹⁴.
- (207) O fornecedor pode combinar a atribuição de um território exclusivo e de um grupo de clientes exclusivo com, por exemplo, a designação de um distribuidor exclusivo para um determinado grupo de clientes num determinado território.
- (208) A proteção de territórios ou grupos de clientes atribuídos a título exclusivo não é absoluta. A fim de evitar a repartição do mercado, não podem ser proibidas as vendas passivas nesses territórios ou a esses grupos de clientes. No entanto, o artigo 4.º, alínea b), do VBER diz respeito unicamente às vendas do comprador ou dos seus clientes, o que significa que o fornecedor não é impedido de aceitar uma restrição total ou parcial, tanto em linha como fora dela, à venda ativa e passiva no território exclusivo ou a todos ou alguns dos clientes que constituem um grupo de clientes exclusivo.
- (209) Em segundo lugar, o artigo 4.º, alínea b), subalínea ii), do VBER autoriza o fornecedor a combinar a aplicação de um sistema de distribuição exclusiva e um sistema de distribuição seletiva em territórios diferentes como forma de restringir a venda ativa ou passiva por parte de um comprador exclusivo a distribuidores não autorizados localizados num território onde o fornecedor utilize um sistema de

⁹⁴ O VBER permite esta transmissão se a quota de mercado do fornecedor que seja parte no contrato, no mercado em que vende os produtos ou serviços contratuais ao comprador, não exceder 30 % e se a quota de mercado do comprador, no mercado em que compra os produtos ou serviços contratuais, não exceder 30 %.

distribuição seletiva, o que significa que o fornecedor designou distribuidores selecionados ou reservou o território com vista à aplicação de um sistema de distribuição seletiva. A proteção do sistema de distribuição seletiva abrange as vendas ativas e passivas dos clientes do comprador exclusivo, que também podem ser impedidos de vender a distribuidores não autorizados dentro do sistema de distribuição seletiva.

- (210) Em terceiro lugar, o artigo 4.º, alínea b), subalínea iii), do VBER autoriza o fornecedor a restringir o local de estabelecimento de um comprador ao qual tenha sido atribuído um território ou grupo de clientes exclusivo («cláusula de localização»). Tal implica que, se for acordado que o comprador limitará os seus estabelecimentos e armazéns de distribuição a um endereço, local ou território específicos, não cessará o benefício do VBER. No que respeita aos estabelecimentos de distribuição móveis, pode ser definida uma área fora da qual o exercício da atividade esteja vedado. A utilização de um sítio Web próprio por um distribuidor não pode ser considerada comparável à abertura de um novo estabelecimento num local diferente, não podendo, por conseguinte, ser restringida⁹⁵.
- (211) Em quarto lugar, o artigo 4.º, alínea b), subalínea vi), do VBER autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas e passivas de um grossista exclusivo a utilizadores finais, dado que o fornecedor pode manter separados os estádios da atividade comercial grossista e retalhista. Esta exceção não impede, porém, a possibilidade de o grossista ser autorizado a vender a determinados utilizadores finais (por exemplo, alguns utilizadores finais de maior dimensão), embora não lhe seja permitida a venda a (todos os) outros utilizadores finais.
- (212) Em quinto lugar, o artigo 4.º, alínea b), subalínea v), do VBER autoriza o fornecedor a restringir a revenda de componentes por parte de um comprador, ao qual são fornecidos componentes para incorporação, a concorrentes do fornecedor que os utilizariam para fabricar o mesmo tipo de bens produzidos pelo fornecedor. O termo «componente» inclui quaisquer bens intermédios e o termo «incorporação» refere-se à utilização de qualquer fator de produção para o fabrico de um bem.

6.1.2.5. O fornecedor utiliza um sistema de distribuição seletiva

- (213) A restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea c), subalínea i), do VBER diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que, direta ou indiretamente, tenham como objetivo a restrição do território ou do grupo de clientes ao qual um distribuidor seletivo pode vender de forma ativa ou passiva os bens ou serviços contratuais.
- (214) Existem cinco exceções à restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea c), subalínea i), do VBER.
- (215) A primeira exceção diz respeito à restrição das vendas ativas por parte de distribuidores autorizados fora do sistema de distribuição seletiva. Autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas, incluindo a publicidade em linha, por distribuidores autorizados noutros territórios ou a outros grupos de clientes atribuídos a título exclusivo a um ou mais distribuidores ou reservados exclusivamente para o fornecedor. O fornecedor pode exigir que a restrição das vendas ativas num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo seja transmitida pelo comprador aos

⁹⁵ Ver acórdão no processo C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, n.ºs 56 e 57.

seus clientes que tenham celebrado um acordo de distribuição com um fornecedor ou com uma parte à qual o fornecedor tenha concedido direitos de distribuição.

- (216) A segunda exceção autoriza o fornecedor a impedir os distribuidores autorizados e os clientes desses distribuidores de venderem a distribuidores não autorizados localizados num território em que o fornecedor utilize um sistema de distribuição seletiva, o que significa que o fornecedor designou distribuidores selecionados ou reservou o território com vista à implantação de um sistema de distribuição seletiva. A restrição pode abranger vendas ativas ou passivas em todos os estádios da atividade comercial.
- (217) A terceira exceção autoriza o fornecedor a impedir os distribuidores autorizados de exercerem a sua atividade em instalações diferentes ou de abrirem um novo estabelecimento numa localização diferente («cláusula de localização»). Tal implica que, se for acordado que o comprador limitará os seus estabelecimentos e armazéns de distribuição a um endereço, local ou território específicos, o benefício do VBER não será retirado. No que respeita aos estabelecimentos de distribuição móveis, pode ser definida uma área fora da qual o exercício da atividade esteja vedado. A utilização de um sítio Web próprio de um distribuidor não pode ser considerada comparável à abertura de um novo estabelecimento num local diferente, não podendo, por conseguinte, ser restringida.
- (218) A quarta exceção autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas e passivas de um grossista autorizado a utilizadores finais, dado que o fornecedor pode manter separados os estádios da atividade comercial grossista e retalhista. Esta exceção não impede, porém, a possibilidade de o grossista ser autorizado a vender a determinados utilizadores finais (por exemplo, alguns utilizadores finais de maior dimensão), embora não lhe seja permitida a venda a (todos os) outros utilizadores finais.
- (219) A quinta exceção autoriza o fornecedor a restringir a revenda de componentes por parte de um comprador autorizado, ao qual são fornecidos componentes para incorporação, a concorrentes do fornecedor que os utilizariam para fabricar o mesmo tipo de bens produzidos pelo fornecedor. O termo «componente» inclui quaisquer bens intermédios e o termo «incorporação» refere-se à utilização de qualquer fator de produção para o fabrico de um bem.
- (220) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea c), subalínea iii), do VBER exclui a restrição de vendas ativas ou passivas por parte de membros de uma rede de distribuição seletiva a utilizadores finais, independentemente de serem utilizadores finais profissionais ou consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro da rede de exercer atividade a partir de um local de estabelecimento não autorizado (ver terceira exceção do artigo 4.º, alínea c), subalínea i), e o ponto 217 das presentes orientações). Tal significa que os distribuidores autorizados não podem ser objeto de restrições no que respeita à escolha dos utilizadores, ou agentes de compra que atuam em nome desses utilizadores, a quem podem vender, salvo para proteger um sistema de distribuição exclusiva utilizado noutro território (ver a primeira exceção do artigo 4.º, alínea c), subalínea i), e o ponto 215 das presentes orientações). Num sistema de distribuição seletiva, os distribuidores autorizados devem ter a liberdade de vender a todos os utilizadores finais, de forma ativa ou passiva.
- (221) Tendo em conta que os canais em linha e fora dela possuem diferentes características, os fornecedores que utilizem sistemas de distribuição seletiva podem impor aos seus distribuidores autorizados critérios de vendas em linha diferentes dos

das vendas em estabelecimentos tradicionais, na medida em que os critérios respeitantes às vendas em linha não tenham, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores, como objetivo impedir os compradores ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para efeitos de venda em linha dos seus bens ou serviços. Por exemplo, um fornecedor pode estabelecer requisitos específicos destinados a assegurar determinadas normas de qualidade do serviço prestado aos utilizadores que efetuam as compras em linha, como a criação e o funcionamento de um serviço de apoio pós-venda em linha, a exigência de que os custos decorrentes da devolução por parte do cliente sejam cobertos ou a utilização de sistemas de pagamento seguros. Estas restrições não afetam um grupo de clientes suscetíveis de serem circunscritos entre todos os potenciais clientes nem a capacidade de os compradores ou os seus clientes explorarem os seus próprios sítios Web e fazerem publicidade por meio da Internet em plataformas de terceiros ou motores de pesquisa em linha, permitindo que os compradores ou os seus clientes chamem a atenção para as suas atividades em linha e atraiam potenciais clientes.

- (222) Os sistemas de distribuição seletiva não podem ser combinados com um sistema de distribuição exclusiva, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea g), do VBER, no mesmo território, uma vez que, em conformidade com o artigo 4.º, alínea c), subalínea i), do VBER, tal geraria uma restrição grave das vendas ativas ou passivas a utilizadores finais por parte dos distribuidores autorizados. No entanto, o fornecedor pode comprometer-se a abastecer apenas um distribuidor ou um número limitado de distribuidores autorizados numa parte específica do território em que o sistema de distribuição seletiva é utilizado. O fornecedor também pode comprometer-se a não vender diretamente nesse território. Além disso, o fornecedor pode impor aos seus distribuidores autorizados uma cláusula de localização, tal como autorizado pela segunda exceção do artigo 4.º, alínea c), subalínea i), do VBER.
- (223) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea c), subalínea ii), do VBER diz respeito à restrição de fornecimentos cruzados entre distribuidores autorizados no âmbito de um sistema de distribuição seletiva. Tal significa que o fornecedor não pode impedir as vendas ativas ou passivas entre os seus distribuidores autorizados, que têm de continuar a ter a liberdade de comprar os produtos contratuais junto de outros distribuidores autorizados na rede que exerçam atividade no mesmo estádio da atividade comercial ou em diferentes estádios⁹⁶. Por conseguinte, a distribuição seletiva não pode ser combinada com restrições verticais destinadas a forçar os distribuidores a adquirirem os produtos contratuais exclusivamente junto de uma determinada fonte. Significa igualmente que, no âmbito de uma rede de distribuição seletiva, não podem ser impostas quaisquer restrições a grossistas autorizados, no que diz respeito às suas vendas a retalhistas autorizados.

6.1.2.6. O fornecedor utiliza um sistema de distribuição livre

- (224) A restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea d), do VBER diz respeito aos acordos ou práticas concertadas que, direta ou indiretamente, tenham como objetivo a restrição do território ou do grupo de clientes ao qual um comprador pode vender de forma ativa ou passiva os bens ou serviços contratuais.
- (225) Existem cinco exceções à restrição grave estabelecida no artigo 4.º, alínea d), do VBER.

⁹⁶ Ver, por exemplo, decisão da Comissão no processo AT.40182 – *Guess*, n.ºs 65 a 78.

- (226) Em primeiro lugar, o artigo 4.º, alínea d), subalínea i), do VBER autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas, incluindo a publicidade em linha, de um comprador a um território ou a um grupo de clientes reservado exclusivamente para o fornecedor ou atribuído exclusivamente a outros compradores. O fornecedor pode exigir que a restrição das vendas ativas num território exclusivo ou a um grupo de clientes exclusivo seja transmitida pelo comprador aos seus clientes que tenham celebrado um acordo de distribuição com um fornecedor ou com uma parte à qual o fornecedor tenha concedido direitos de distribuição. No entanto, a proteção de territórios ou grupos de clientes atribuídos a título exclusivo não é absoluta, dado que as vendas passivas nesses territórios ou a esses grupos de clientes não podem ser proibidas.
- (227) Em segundo lugar, o artigo 4.º, alínea d), subalínea ii), do VBER autoriza o fornecedor a restringir a venda ativa ou passiva por parte de um comprador e dos seus clientes a distribuidores não autorizados localizados num território onde o fornecedor utilize um sistema de distribuição seletiva ou que tenha reservado com vista à implantação de um tal sistema de distribuição seletiva. A restrição pode abranger vendas ativas ou passivas em todos os estádios da atividade comercial.
- (228) Em terceiro lugar, o artigo 4.º, alínea d), subalínea iii), do VBER autoriza o fornecedor a restringir o local de estabelecimento de um comprador («cláusula de localização»). Tal implica que, se for acordado que o comprador limitará os seus estabelecimentos e armazéns de distribuição a um endereço, local ou território específicos, o benefício do VBER não será retirado. No que respeita aos estabelecimentos de distribuição móveis, pode ser definida uma área fora da qual o exercício da atividade esteja vedado. A utilização do próprio sítio Web de um distribuidor não pode ser considerada comparável à abertura de um novo estabelecimento num local diferente, não podendo, por conseguinte, ser restringida⁹⁷.
- (229) Em quarto lugar, o artigo 4.º, alínea d), subalínea vi), do VBER autoriza o fornecedor a restringir as vendas ativas e passivas de um grossista a utilizadores finais, dado que o fornecedor pode manter separados os estádios da atividade comercial grossista e retalhista. Esta exceção não exclui, porém, a possibilidade de o grossista ser autorizado a vender a determinados utilizadores finais (por exemplo, alguns utilizadores finais de maior dimensão), embora seja proibida a venda a outros utilizadores finais.
- (230) Em quinto lugar, o artigo 4.º, alínea d), subalínea v), do VBER autoriza o fornecedor a restringir a revenda de componentes por parte de um comprador, ao qual são fornecidos componentes para incorporação, a concorrentes do fornecedor que os utilizariam para fabricar o mesmo tipo de bens produzidos pelo fornecedor. O termo «componente» inclui quaisquer bens intermédios e o termo «incorporação» refere-se à utilização de qualquer fator de produção para o fabrico de um bem.

6.1.3. *Restrições das vendas de peças sobresselentes*

- (231) A restrição grave constante do artigo 4.º, alínea e), do VBER diz respeito aos acordos que impedem ou restringem o acesso a peças sobresselentes por parte dos utilizadores finais, estabelecimentos de reparação, grossistas e prestadores de serviços de assistência independentes diretamente junto do respetivo fabricante. Um

⁹⁷ Ver acórdão no processo C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, n.ºs 56 e 57.

acordo entre um fabricante de peças sobresselentes e um comprador que incorpora estas peças nos seus próprios produtos, como os fabricantes de equipamento de origem (OEM), não pode, quer direta quer indiretamente, impedir ou restringir as vendas do OEM destas peças sobresselentes aos utilizadores finais, aos estabelecimentos de reparação, aos grossistas ou aos prestadores de serviço de assistência independentes. Podem surgir restrições indiretas, em especial, quando são impostas restrições ao fornecedor das peças sobresselentes no que se refere ao fornecimento de informações técnicas e de equipamento especial necessários à utilização das peças sobresselentes por parte dos utilizadores, dos estabelecimentos de reparação ou dos prestadores de serviços de assistência independentes. Contudo, o acordo pode prever restrições no que diz respeito ao fornecimento de peças sobresselentes aos estabelecimentos de reparação ou aos prestadores de serviços a quem o OEM confiou a reparação ou a prestação de serviços dos seus próprios bens. Tal significa que o OEM pode exigir que a sua rede de reparação e prestação de serviços compre peças sobresselentes a si mesmo ou a outros membros do seu sistema de distribuição seletiva, caso utilize este tipo de sistema.

6.2. Restrições excluídas do VBER

- (232) O artigo 5.º do VBER exclui do âmbito de aplicação do regulamento determinadas obrigações constantes de acordos verticais, independentemente do facto de o limiar da quota de mercado do artigo 3.º, n.º 1, do VBER ter sido ultrapassado ou não. O artigo 5.º, do VBER define obrigações relativamente às quais não se pode presumir com um nível suficiente de segurança que preenchem as condições do artigo 101.º, n.º 3. Não se presume que as obrigações constantes do referido artigo 5.º são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, nem que não preenchem as condições do artigo 101.º, n.º 3. A exclusão destas obrigações do VBER significa apenas que são objeto de uma apreciação individual à luz do artigo 101.º. Além disso, contrariamente ao artigo 4.º do VBER, a exclusão da isenção por categoria prevista no artigo 5.º do mesmo regulamento limita-se à obrigação específica, caso esta possa ser separada do restante acordo vertical, o que significa que o restante acordo vertical continua a beneficiar da isenção por categoria.

6.2.1. Obrigações de não concorrência cuja duração ultrapasse cinco anos

- (233) Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do VBER, as obrigações de não concorrência cuja duração ultrapasse cinco anos não beneficiam do VBER. As obrigações de não concorrência são acordos em que o comprador adquire ao fornecedor ou a outra empresa designada pelo fornecedor mais de 80 % das suas compras totais de bens e serviços contratuais e respetivos substitutos, calculados com base nas compras do ano anterior, tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea e), do VBER. Tal significa que o comprador está impedido de comprar bens ou serviços concorrentes ou que estas compras são limitadas a menos de 20 % das suas compras totais. Se não se encontrarem disponíveis dados relevantes respeitantes às aquisições do comprador no ano anterior à celebração do acordo vertical, podem ser utilizadas as melhores estimativas do comprador em relação às suas necessidades totais anuais. No entanto, logo que se encontrem disponíveis, devem ser utilizados dados respeitantes às aquisições reais.
- (234) As obrigações de não concorrência não são abrangidas pela isenção por categoria quando a sua duração é indefinida ou ultrapassa cinco anos. As obrigações de não concorrência tacitamente renováveis que ultrapassam o período de cinco anos são abrangidas pela isenção por categoria, contanto que o comprador possa efetivamente

renegociar ou fazer cessar o acordo vertical que contém a obrigação com um prazo de pré-aviso e um custo razoável, permitindo, assim, que o comprador mude de fornecedor decorrido o prazo de cinco anos. Se, por exemplo, o acordo vertical previr uma obrigação de não concorrência por cinco anos e o fornecedor conceder um empréstimo ao comprador, o reembolso desse empréstimo não deve impedir o comprador de pôr efetivamente termo à obrigação de não concorrência no final do período de cinco anos. Do mesmo modo, quando o fornecedor fornece ao comprador equipamento que não é específico à sua relação contratual, o comprador deve igualmente ter a possibilidade de adquirir esse equipamento ao preço de mercado no termo da obrigação de não concorrência.

- (235) Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, do VBER, o prazo limite de cinco anos não é aplicável quando os bens ou serviços contratuais são revendidos pelo comprador «a partir de instalações e terrenos que sejam propriedade do fornecedor ou tomadas de arrendamento pelo fornecedor a terceiros não ligados ao comprador». Nestes casos, a obrigação de não concorrência pode ter a mesma duração do que o período de ocupação do ponto de venda por parte do comprador. Esta exceção justifica-se porque, geralmente, não será razoável esperar que um fornecedor permita que produtos concorrentes sejam vendidos a partir de instalações e terrenos da sua propriedade sem a sua autorização. Por analogia, aplicam-se os mesmos princípios quando o comprador exerce sua atividade a partir de um estabelecimento móvel propriedade do fornecedor ou tomado de arrendamento pelo fornecedor junto de terceiros não ligados ao comprador. Qualquer constituição artificial de direitos reais, como a transferência, por parte do distribuidor ao fornecedor, dos seus direitos de propriedade relativos ao terreno ou instalações apenas durante um período limitado, destinada a evitar o prazo máximo de cinco anos, não pode beneficiar desta exceção.

6.2.2. *Obrigações de não concorrência após o termo*

- (236) Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), em conjugação com o artigo 5.º, n.º 3, do VBER, as obrigações de não concorrência, para o comprador, após o termo do acordo estão excluídas do VBER, a não ser que a obrigação seja indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador, seja limitada ao ponto de venda a partir do qual o comprador exerceu a atividade durante o período contratual e se limite a um período máximo de um ano. Tal ocorre apenas quando o saber-fazer é substancial na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea h), do VBER, ou seja, o saber-fazer tem de incluir informações significativas e úteis para o comprador para efeitos de utilização, venda ou revenda de bens ou serviços contratuais.

6.2.3. *Obrigações de não concorrência impostas aos membros de um sistema de distribuição seletiva*

- (237) O artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do VBER diz respeito à venda de bens ou serviços concorrentes num sistema de distribuição seletiva. O VBER abrange a combinação da distribuição seletiva com uma obrigação de não concorrência, exigindo que os distribuidores autorizados não revendam marcas concorrentes. Contudo, se o fornecedor impedir os seus distribuidores autorizados, quer direta quer indiretamente, de comprarem produtos para revenda a um ou mais fornecedores concorrentes específicos, essa obrigação não está abrangida pela isenção por categoria. A exclusão deste tipo de obrigação tem como objetivo evitar que alguns fornecedores, que utilizam os mesmos estabelecimentos de distribuição seletiva, impeçam um ou mais concorrentes específicos de utilizarem esses estabelecimentos para distribuírem os

seus produtos. Este cenário seria equivalente à exclusão de um fornecedor concorrente por meio de uma forma de boicote coletivo.

6.2.4. Obrigações de paridade

- (238) A quarta exclusão da isenção por categoria, prevista no artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do VBER, diz respeito às obrigações de paridade retalhista impostas pelos fornecedores em serviços de intermediação em linha que levam os compradores desses serviços a não oferecerem, venderem ou revenderem bens ou serviços a utilizadores finais em condições mais favoráveis por meio de serviços de intermediação em linha concorrentes. Os utilizadores finais podem ser empresas ou consumidores finais. As condições podem dizer respeito aos preços, às existências, à disponibilidade ou a outras condições inerentes à oferta ou venda. A obrigação de paridade pode ser expressa ou pode ser aplicada por outro meio direto ou indireto, nomeadamente a utilização de preços diferenciados ou outros incentivos ou medidas cuja aplicação dependa das condições em que o comprador dos serviços de intermediação em linha oferece bens ou serviços a utilizadores finais recorrendo a prestadores de serviços de intermediação em linha concorrentes. Por exemplo, um prestador de serviços de intermediação em linha pode incentivar os compradores a concederem-lhe paridade em relação a prestadores concorrentes de tais serviços oferecendo uma maior visibilidade dos bens ou serviços dos compradores no seu sítio Web ou cobrando comissões mais baixas.
- (239) Todas as restantes obrigações de paridade são abrangidas pela isenção por categoria do VBER, incluindo, por exemplo, as obrigações de paridade retalhista respeitantes aos canais diretos de vendas ou comercialização dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços [a denominada paridade «restrita» (*narrow parity*)]; as obrigações de paridade respeitantes às condições em que os bens ou serviços são oferecidos às empresas que não sejam utilizadores finais e as obrigações de paridade respeitantes às condições em que os fabricantes, os grossistas ou os retalhistas adquirem bens ou serviços enquanto fatores de produção (ver secção 8.2.5 das presentes orientações para a apreciação das obrigações de paridade em casos individuais nos quais o VBER não é aplicável).

7. RETIRADA E NÃO APLICAÇÃO

7.1. Retirada do benefício do VBER [artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003]

- (240) A Comissão pode retirar o benefício do VBER nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se considerar que num determinado caso, um acordo vertical ao qual o VBER seja aplicável produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3. Além disso, nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se, num determinado caso, esse acordo produzir efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, no território de um Estado-Membro ou numa parte desse território que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto, a ANC desse Estado-Membro também pode retirar o benefício da aplicação do VBER. O artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 não refere os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, os quais, por conseguinte, não têm poder para retirar o benefício da aplicação do VBER⁹⁸, salvo se o órgão jurisdicional em causa for uma autoridade

⁹⁸ Os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros também não podem alterar o alcance do VBER, estendendo o seu âmbito de aplicação a acordos que este não abranja. Com efeito, tal extensão afetaria,

da concorrência de um Estado-Membro designada em conformidade com o artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

- (241) A Comissão e as ANC podem retirar o benefício do VBER em dois cenários. Em primeiro lugar, podem retirar o benefício do VBER se um acordo vertical abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, produzir *isoladamente* no mercado relevante efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3. Em segundo lugar, tal como referido no considerando 18 do VBER, também podem retirar o benefício do VBER se o acordo vertical produzir efeitos *em combinação* com acordos semelhantes celebrados por fornecedores ou compradores concorrentes. Tal deve-se ao facto de as redes paralelas de acordos verticais semelhantes serem suscetíveis de produzir efeitos cumulativos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3. A restrição do acesso ao mercado relevante e a restrição da concorrência nesse mercado são exemplos desse tipo de efeitos cumulativos suscetíveis de justificarem a retirada do benefício do VBER⁹⁹.
- (242) As redes paralelas de acordos verticais devem ser consideradas semelhantes quando incluírem o mesmo tipo de restrições que produzam efeitos semelhantes no mercado. Tais efeitos cumulativos são suscetíveis de surgirem, por exemplo, nos casos da exclusividade partilhada ou da distribuição seletiva, a partir de obrigações de paridade ou obrigações de não concorrência. No que respeita à distribuição seletiva, poderá existir uma situação de redes paralelas suficientemente semelhantes se, num dado mercado, determinados fornecedores aplicarem a distribuição seletiva puramente qualitativa, ao passo que outros aplicam a distribuição seletiva quantitativa, produzindo efeitos semelhantes no mercado. Os efeitos cumulativos também podem surgir se as redes de distribuição seletiva paralelas num dado mercado utilizarem critérios qualitativos que encerram o mercado para determinados distribuidores. Nestas circunstâncias, a apreciação tem de tomar em consideração os efeitos anticoncorrenciais imputáveis a cada rede de acordos individual. Se for o caso, a retirada do benefício do VBER também pode ser limitada a determinados critérios qualitativos ou determinados critérios quantitativos que, por exemplo, limitem o número de distribuidores autorizados.
- (243) A responsabilidade por um efeito cumulativo anticoncorrencial só pode ser atribuída às empresas que para ele tenham contribuído de forma sensível. Os acordos celebrados pelas empresas cujo contributo para o efeito cumulativo seja insignificante não são abrangidos pela proibição constante do artigo 101.º, n.º 1¹⁰⁰, não estando, portanto, sujeitos ao mecanismo de retirada do benefício¹⁰¹.
- (244) Nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão pode retirar o benefício do VBER oficiosamente ou na sequência de uma denúncia. Tal inclui a possibilidade de as ANC solicitarem à Comissão que retire o benefício do

independentemente da sua importância, o modo como a Comissão exerce a sua competência legislativa (acórdão no processo C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, n.º 46).

⁹⁹ No entanto, não é provável que exista um efeito cumulativo de encerramento do mercado se as redes paralelas de acordos verticais abrangerem menos de 30 % do mercado relevante (ver Comunicação *de minimis*, ponto 10).

¹⁰⁰ Em geral, não se considera que os distribuidores ou fornecedores individuais com quotas de mercado que não excedam 5 % contribuem significativamente para um efeito cumulativo de encerramento do mercado, ver Comunicação *de minimis*, ponto 10; bem como acórdão no processo C-234/89, Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, n.ºs 24 a 27.

¹⁰¹ A apreciação respeitante à contribuição será efetuada de acordo com os critérios estabelecidos na política seguida na aplicação dos casos individuais, estabelecida na secção 8 das presentes orientações.

VBER num determinado caso, sem prejuízo da aplicação das regras em matéria de distribuição de processos e assistência da Rede Europeia da Concorrência (REC)¹⁰² e sem prejuízo do seu poder de retirada do benefício conferido nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Se, pelo menos, três ANC solicitarem à Comissão a aplicação do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 num determinado caso, a Comissão debaterá o caso no quadro da REC com vista a tomar uma decisão sobre se o benefício do VBER deve ser retirado ou não. Neste contexto, a Comissão terá na máxima consideração os pontos de vista das ANC que solicitaram a retirada do benefício do VBER por parte da Comissão a fim de chegar a uma conclusão tempestiva quanto à questão de saber se estão preenchidas as condições de retirada no caso em questão.

- (245) Do artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 decorre que a Comissão tem competência exclusiva para retirar o benefício do VBER à escala da União, podendo retirá-lo no atinente a acordos verticais que restrinjam a concorrência num mercado geográfico relevante de dimensão superior ao território de um único Estado-Membro, ao passo que as ANC só podem retirar esse benefício no atinente ao território do respetivo Estado-Membro.
- (246) Por conseguinte, o poder de retirada de uma única ANC diz respeito aos casos em que o mercado relevante abrange um único Estado-Membro ou uma região localizada exclusivamente no respetivo Estado-Membro. Nestes casos, a ANC desse Estado-Membro tem a competência de retirar o benefício do VBER no atinente ao acordo vertical que produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, nesse mercado nacional ou regional. Trata-se de uma competência mista porquanto o artigo 29.º, n.º 1, do VBER também habilita a Comissão a retirar o benefício do VBER relativamente a um mercado nacional ou regional, contanto que o acordo vertical em questão seja suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (247) Quando são afetados diversos mercados nacionais ou regionais, as diversas ANC competentes podem retirar o benefício do VBER paralelamente.
- (248) Decorre da redação do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que cabe à Comissão, caso retire o benefício do VBER, provar, em primeiro lugar, que o VBER é aplicável ao acordo vertical em causa, o que significa que este tem de ser abrangido pelo âmbito do artigo 101.º, n.º 1¹⁰³, e, em segundo, que o acordo produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, o que significa que não preenche, pelo menos, uma das condições do artigo 101.º, n.º 3¹⁰⁴. Nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, são aplicáveis os mesmos requisitos caso uma ANC retire o benefício do VBER no que respeita ao seu Estado-Membro. Nomeadamente, no que respeita ao ónus da prova quanto ao segundo requisito, o artigo 29.º exige que a autoridade da concorrência competente comprove o

¹⁰² Ver capítulo IV do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

¹⁰³ Se um acordo vertical não for abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, tal como referido na secção 3 das presentes orientações, não surge a questão da aplicabilidade do VBER, dado que o VBER se destina a definir categorias de acordos verticais que geralmente satisfazem as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, pressupondo-se que o acordo vertical é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Ver referência explícita no artigo 101.º, n.º 3, a acordos, decisões e práticas concertadas, bem como o artigo 101.º, n.º 1.

¹⁰⁴ A Comissão basta comprovar que uma das quatro condições do artigo 101.º, n.º 3, não está preenchida, uma vez que, no que respeita à isenção do artigo 101.º, n.º 3, todas as condições têm de estar preenchidas.

incumprimento de, pelo menos, uma das quatro condições constantes do artigo 101.º, n.º 3¹⁰⁵.

- (249) Se os requisitos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 estiverem preenchidos, a Comissão pode retirar o benefício do VBER num caso individual. Importa distinguir esta retirada, bem como os seus requisitos, referidos nos pontos precedentes, das conclusões constantes de uma decisão da Comissão tomada nos termos do capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003. No entanto, a retirada pode ser combinada, por exemplo, com a verificação de uma infração e a imposição de uma solução, ou mesmo medidas provisórias, tal como em decisões passadas da Comissão¹⁰⁶.
- (250) Se retirar o benefício do VBER nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão tem de ter em conta que essa retirada só pode ter efeitos *ex nunc*, ou seja, o estatuto de isenção dos acordos em causa não sofre alterações no que respeita ao período que precede a data de entrada em vigor da retirada. Em caso de retirada do benefício do VBER nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as ANC competentes também têm de ter em conta as obrigações decorrentes do artigo 11.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, nomeadamente o dever de transmitir à Comissão as quaisquer decisões relevantes previstas.

7.2. Regulamento que declara a não aplicação do VBER (artigo 6.º do VBER)

- (251) Nos termos do artigo 1.º-A do Regulamento Habilitação, o artigo 6.º do VBER permite à Comissão excluir do seu âmbito, mediante regulamento, as redes paralelas de restrições verticais similares se representarem mais de 50 % de um mercado relevante. Tal medida não tem como destinatárias empresas individuais, mas sim todas as empresas cujos acordos preencham as condições estabelecidas num regulamento referido no artigo 6.º do VBER. Quando for chamada a apreciar a necessidade de adotar um regulamento deste tipo, a Comissão examinará se uma retirada individual não constituiria uma solução mais apropriada. O número de empresas concorrentes que contribuem para um efeito cumulativo no mercado e o número de mercados geográficos afetados na União são dois aspetos particularmente relevantes nesta apreciação.
- (252) A Comissão ponderará a adoção de um regulamento nos termos do artigo 6.º do VBER se existirem restrições similares que abranjam mais de 50 % do mercado relevante e que sejam suscetíveis de restringirem sensivelmente o acesso a esse mercado ou a concorrência nele. Tal pode acontecer, em especial, quando redes

¹⁰⁵ O requisito do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 respeitante ao ónus da prova que recai sobre a autoridade da concorrência competente surge numa situação em que o VBER não seja aplicável e a empresa invoque o artigo 101.º, n.º 3, num caso individual. Nesse caso, nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o ónus da prova recai sobre a empresa, tendo esta de demonstrar que as quatro condições do artigo 101.º, n.º 3, estão preenchidas e, para tal, fundamentar as suas alegações. Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo AT.39226 – Lundbeck, confirmada nos acórdãos no processo T-472/13, Lundbeck /Comissão, EU:T:2016:449, e no processo C-591/16 P, Lundbeck/Comissão.

¹⁰⁶ A Comissão utilizou o seu poder de retirada do benefício de um dos regulamentos de isenção por categoria que deixaram de estar em vigor na decisão da Comissão de 25 de março de 1992 (medidas provisórias) e na decisão de 23 de dezembro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE no processo IV/34.072 – *Mars/Langnese e Schöller*, confirmadas no acórdão no processo C-279/95 P, Langnese-Iglo/Comissão, EU:C:1998:447, bem como na decisão de 4 de dezembro de 1991 (medidas provisórias) e na decisão de 4 de dezembro de 1991 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE no processo IV/33.157 – *Eco System/Peugeot*.

paralelas de distribuição seletiva, que representem mais de 50 % de um mercado, sejam suscetíveis de encerrar o acesso a esse mercado, devido à utilização de critérios de seleção que não são exigidos pela natureza dos bens ou serviços relevantes ou de uma discriminação relativamente a certas formas de distribuição desses bens ou serviços. A fim de calcular o rácio de cobertura do mercado de 50 %, deve ser tomada em consideração cada rede individual de acordos verticais que incluam restrições, ou respetivas combinações, e que produzam efeitos semelhantes no mercado. No entanto, o artigo 6.º do VBER não exige que a Comissão tome medidas quando o rácio de cobertura do mercado de 50 % é ultrapassado.

- (253) Um regulamento adotado nos termos do artigo 6.º do VBER tem como efeito que este último se torna inaplicável no que respeita às restrições e aos mercados em causa e que, por conseguinte, o artigo 101.º, n.ºs 1 e 3 se aplica plenamente.
- (254) Qualquer regulamento referido no artigo 6.º do VBER tem de estabelecer claramente o seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, a Comissão tem de, em primeiro lugar, definir os mercados do produto e geográficos relevantes e, em segundo lugar, identificar o tipo de restrições verticais às quais o VBER deixará de ser aplicável. No que respeita a este último aspeto, a Comissão pode adaptar o âmbito do regulamento em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos do tipo marca única devam ser tomadas em consideração, a fim de estabelecer o rácio de cobertura do mercado de 50 %, a Comissão pode, no entanto, restringir o âmbito de um regulamento adotado nos termos do artigo 6.º do VBER apenas às obrigações de não concorrência que excedam um determinado período de tempo. Deste modo, podem não ser afetados os acordos que tenham uma duração menor ou que sejam menos restritivos, tendo em consideração o menor grau de encerramento imputável a essas restrições. Da mesma forma, se, num determinado mercado, as empresas praticarem a distribuição seletiva em conjugação com restrições adicionais, tais como obrigações de não concorrência ou de aquisição de determinadas quantidades, um regulamento adotado nos termos do artigo 6.º do VBER pode dizer apenas respeito a essas restrições adicionais. Se for caso disso, a Comissão poderá igualmente especificar o nível da quota de mercado que, no contexto do mercado específico, pode ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa individual contribui de forma significativa para o efeito cumulativo.
- (255) O artigo 1.º-A do Regulamento Habilitação exige que os regulamentos adotados nos termos do artigo 6.º do VBER prevejam um período transitório, não inferior a seis meses, antes de se tornar aplicável. Este período visa permitir que as empresas adaptem os seus acordos verticais em conformidade com o regulamento.
- (256) Um regulamento adotado nos termos do artigo 6.º do VBER não afetará o estatuto de isenção dos acordos em causa relativamente ao período anterior à data de aplicação do regulamento.

8. POLÍTICA SEGUIDA NA APLICAÇÃO DOS CASOS INDIVIDUAIS

8.1. Enquadramento da análise

- (257) Quando a zona de segurança criada pelo VBER não for aplicável a um acordo vertical, é importante examinar se, no caso em apreço, o acordo vertical é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se estão preenchidas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. Desde que tenham por objetivo a imposição de restrições da concorrência e não incluam, em especial, restrições graves da

concorrência, não se presume que os acordos verticais que não são abrangidos pelo VBER devido ao facto de ultrapassarem os limiares da quota de mercado sejam abrangidos pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, ou não satisfaçam as condições estabelecidas no n.º 3 do mesmo artigo. Estes acordos exigem uma apreciação individual. Os acordos que não restrinjam a concorrência na aceção do artigo 101º, n.º 1, ou que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, são válidos e oponíveis a terceiros.

- (258) Nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as empresas não têm de notificar o acordo vertical para beneficiarem de uma isenção individual ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. No caso de uma análise individual pela Comissão, é à Comissão que cabe o ónus da prova de que o acordo em questão infringe o artigo 101.º, n.º 1. Em contrapartida, incumbe à parte que invoca o benefício do disposto no artigo 101.º, n.º 3, apresentar prova do preenchimento das condições previstas na referida disposição. Quando for demonstrado que o acordo é suscetível de ter efeitos anticoncorrenciais, as empresas podem apresentar razões associadas a ganhos de eficiência devidamente justificadas e explicar por que motivo um certo sistema de distribuição é indispensável para obter benefícios para os consumidores, sem eliminar a concorrência, antes de a Comissão decidir se o acordo satisfaz as condições do artigo 101.º, n.º 3.
- (259) Para determinar se um acordo vertical tem por efeito restringir a concorrência, será estabelecida uma comparação entre a situação efetiva no mercado relevante no caso de estarem em vigor as restrições verticais e a situação que se verificaria na ausência de restrições verticais no acordo vertical. Na apreciação de casos individuais, a Comissão tomará em consideração tanto os efeitos reais como os efeitos prováveis, consoante os casos. Para que os acordos verticais tenham como efeito uma restrição da concorrência têm de afetar a concorrência real ou potencial numa medida tal que seja de prever, com um grau de probabilidade razoável, que produzirão efeitos negativos sobre os preços, a produção, a inovação ou a variedade ou a qualidade dos bens ou serviços no mercado relevante. Os prováveis efeitos negativos na concorrência têm de ser sensíveis¹⁰⁷. Um acordo é suscetível de ter efeitos anticoncorrenciais significativos quando pelo menos uma das partes do acordo tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, a manutenção ou o reforço desse poder de mercado ou permite às partes do acordo explorarem esse poder de mercado. O poder de mercado é a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis concorrenciais durante um período de tempo não desprezável. O grau de poder de mercado habitualmente exigível para concluir pela existência de uma infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 102.º.

8.1.1. Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1

- (260) A Comissão efetuará uma análise da situação concorrencial completa na apreciação de acordos verticais individuais entre empresas com quotas de mercado acima do limiar de 30 %. Os fatores que se seguem são particularmente relevantes para determinar se um acordo vertical implica uma restrição significativa da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1:

¹⁰⁷ Ver secção 3.1 das presentes orientações.

- (a) A natureza do acordo;
 - (b) A posição das partes no mercado;
 - (c) A posição dos concorrentes no mercado (a montante e a jusante);
 - (d) A posição dos compradores de bens ou serviços contratuais no mercado;
 - (e) O estágio da atividade comercial afetado;
 - (f) A natureza do produto; e
 - (g) A dinâmica do mercado.
- (261) Também podem ser tidos em conta outros fatores dependendo da sua importância para a apreciação do acordo vertical em causa.
- (262) A importância dos fatores individuais pode depender das circunstâncias do caso. Por exemplo, o facto de as partes deterem uma elevada quota de mercado constitui geralmente um bom indício do seu poder de mercado, mas quando os obstáculos à entrada são reduzidos o poder de mercado pode ser suficientemente limitado pela entrada efetiva ou potencial. Por conseguinte, não é possível estabelecer regras rigorosas de aplicação geral sobre a importância dos fatores individuais.
- (263) Os acordos verticais podem assumir vários cambiantes e formas. Por essa razão, afigura-se importante analisar a natureza do acordo na perspetiva das restrições que contém, da duração das mesmas e da percentagem das vendas totais no mercado (a jusante) afetado pelas restrições. Poderá revelar-se necessário ir mais longe do que as condições expressas do acordo. A forma como o acordo é aplicado pelas partes e os incentivos a elas proporcionados podem indicar a existência de restrições implícitas.
- (264) A posição das partes no mercado dá uma indicação do grau de poder de mercado que o fornecedor, o comprador ou ambos eventualmente possuem. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, mais elevado será, provavelmente, o seu poder de mercado. É o que sucede, nomeadamente, quando a quota de mercado traduz as vantagens em matéria de custos ou outras vantagens concorrenciais das partes face aos seus concorrentes. Tais vantagens concorrenciais podem, por exemplo, decorrer de uma vantagem de antecipação (ter a melhor localização, etc.), da posse de patentes essenciais, da posse de uma tecnologia superior, do facto de ser o líder da marca ou de possuir uma carteira mais importante. O grau de diferenciação do produto também pode ser um indicador relevante da existência de poder de mercado.
- (265) A posição dos concorrentes no mercado também é importante. Quanto mais sólida a posição concorrencial e quanto mais numerosos forem os concorrentes, menor será o risco de as partes poderem individualmente exercer poder de mercado, encerrar o mercado ou provocar um abrandamento da concorrência. É também relevante verificar se é provável que os concorrentes apliquem contra-estratégias eficazes e atempadas. No entanto, se o número de empresas no mercado for pequeno e as suas posições no mercado (por exemplo, em termos de dimensão, custos e potencialidades em matéria de I&D) forem semelhantes, as restrições verticais são suscetíveis de aumentar o risco de colusão. Quotas de mercado flutuantes ou que mudam rapidamente são, em geral, uma indicação de que existe uma intensa concorrência.
- (266) A posição no mercado dos clientes a jusante das partes do acordo proporciona uma indicação quanto ao facto de um ou vários clientes possuírem ou não poder negocial enquanto compradores. O primeiro indicador do poder negocial enquanto comprador é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta quota reflete a

importância da sua procura para os eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do cliente no mercado de revenda em que exerce a sua atividade, incluindo características tais como uma ampla cobertura geográfica dos seus estabelecimentos, as marcas próprias, incluindo as marcas de distribuidor e a sua imagem de marca junto dos clientes finais. Em algumas circunstâncias, o poder dos compradores pode impedir danos para os consumidores decorrentes de um acordo vertical problemático sob outros aspetos. É nomeadamente o que acontece quando clientes poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de fornecimento no mercado, em caso de um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços relativos.

- (267) Os obstáculos à entrada são avaliados pela capacidade de as empresas presentes no mercado aumentarem os seus preços para além do nível concorrencial sem atrair a entrada no mercado de novas empresas. Regra geral, pode-se considerar que os obstáculos à entrada são reduzidos quando for de esperar que a entrada efetiva ou provável no prazo de um ou dois anos impeça ou reduza o exercício do poder de mercado por parte das empresas presentes no mercado. Os obstáculos à entrada podem dever-se a um conjunto abrangente de fatores, tais como, economias de escala e de gama (incluindo efeitos de rede de atividades multilaterais), legislação (nomeadamente quando são estabelecidos direitos exclusivos), auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual, propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado (por exemplo, por razões naturais), equipamentos essenciais, uma vantagem de antecipação no mercado e a fidelidade à marca por parte dos consumidores, criada por campanhas publicitárias importantes durante um determinado período. A questão de saber se alguns destes fatores devem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de implicarem ou não custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são os que têm de ser suportados para entrar ou exercer atividade no mercado, mas não podem ser recuperados ao sair do mercado. Os custos de publicidade para criar a fidelidade do consumidor são normalmente custos irrecuperáveis a não ser que uma empresa que saia do mercado consiga vender a sua marca ou utilizá-la noutra domínio sem sofrer prejuízos. Quando a entrada implica um nível elevado de custos irrecuperáveis, a ameaça de uma concorrência intensa por parte das empresas presentes no mercado pode dissuadir dessa entrada, uma vez que as eventuais novas empresas não podem justificar o risco de perderem os custos irrecuperáveis. Os obstáculos à entrada podem existir apenas a nível dos fornecedores ou dos compradores ou a ambos os níveis.
- (268) Uma vez que, geralmente, a entrada implica que sejam suportados, pelo menos, alguns custos irrecuperáveis, a concorrência efetiva é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.
- (269) As restrições verticais e a integração vertical podem igualmente funcionar como um obstáculo à entrada, dificultando o acesso e encerrando o mercado para concorrentes (potenciais). Por exemplo, uma obrigação de não concorrência que vincule os distribuidores a um fornecedor pode produzir um efeito significativo de encerramento do mercado se o estabelecimento dos próprios distribuidores impuser à eventual nova empresa custos irrecuperáveis.
- (270) O estágio da atividade comercial está associado à distinção entre bens e serviços intermédios e finais. Os bens e serviços intermédios são vendidos a empresas para utilização como fator de produção no fabrico de outros bens ou serviços e não são, geralmente, reconhecíveis nos bens ou serviços finais. Os compradores de produtos intermédios são, habitualmente, clientes bem informados, capazes de avaliar a

qualidade e, por conseguinte, menos dependentes da marca e da imagem. Os bens e serviços finais são, direta ou indiretamente, vendidos a clientes finais que, muitas vezes, atribuem mais importância à marca e à imagem.

- (271) A natureza do produto é importante, principalmente, no que diz respeito aos bens e serviços finais para apreciar tanto os eventuais efeitos negativos como os eventuais efeitos positivos. Ao apreciar os eventuais efeitos negativos, é importante saber se os bens e serviços vendidos no mercado relevante são homogêneos ou mais diferenciados, se o produto é dispendioso, consumindo uma grande parte do orçamento do consumidor, ou se não é dispendioso e se o produto é adquirido uma única vez ou repetidamente.
- (272) A dinâmica do mercado tem de ser cuidadosamente apreciada caso a caso. Embora os eventuais efeitos negativos de determinadas restrições verticais em alguns mercados dinâmicos possam não ser problemáticos, uma vez que a concorrência intermarcas de rivais dinâmicos e inovadores exerce uma pressão suficiente, noutros casos, as restrições verticais podem conferir a uma empresa presente num mercado dinâmico uma vantagem concorrencial duradoura, resultando, por conseguinte, num efeito de longo prazo sobre a concorrência. Tal pode acontecer quando a restrição vertical priva os rivais de beneficiarem de efeitos de rede ou quando um mercado apresenta uma predisposição para a oscilação (*tipping*) a favor de um produto.
- (273) Ao avaliar uma determinada restrição vertical à luz do artigo 101.º, também poderá ser necessário ter em conta outros fatores. Entre eles pode contar-se os efeitos cumulativos decorrentes da cobertura do mercado por acordos semelhantes de outros fornecedores, se o acordo é «imposto», ou seja, se é sobretudo uma das partes que está sujeita às restrições ou obrigações, ou «voluntário», se ambas as partes aceitam as restrições ou obrigações, o quadro legislativo, o comportamento das partes que pode indicar ou facilitar uma colusão do tipo líder de preços, alterações de preços previamente anunciadas e discussões sobre o preço «certo», rigidez dos preços em resposta a capacidade excedentária, discriminação a nível dos preços e anterior comportamento colusivo.

8.1.2. *Fatores relevantes para a apreciação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3*

- (274) Os acordos verticais restritivos podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais, sob a forma de ganhos de eficiência, suscetíveis de compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação é efetuada ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, que prevê uma derrogação individual à regra de proibição constante do artigo 101.º, n.º 1. Para que a derrogação seja aplicável, o acordo vertical tem de preencher quatro condições: i) tem de apresentar vantagens económicas objetivas, ii) as restrições da concorrência têm de ser indispensáveis para atingir estes ganhos de eficiência, ii) os consumidores têm de obter uma parte equitativa dos ganhos de eficiência e iv) o acordo não pode conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos bens ou serviços em causa¹⁰⁸.
- (275) A apreciação de acordos verticais à luz do artigo 101.º, n.º 3, é efetuada tendo em conta o contexto real em que tais acordos são celebrados¹⁰⁹ e com base nos factos existentes num dado momento. A apreciação tem em conta alterações significativas

¹⁰⁸ Ver, Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

¹⁰⁹ Ver acórdão nos processos apensos 25/84 e 26/84, Ford, EU:C:1985:340, n.ºs 24 e 25.

dos factos. A exceção individual prevista no artigo 101.º, n.º 3, é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal deixe de se verificar¹¹⁰. Ao aplicar o artigo 101.º, n.º 3, à luz destes princípios é necessário ter em consideração os investimentos efetuados pelas partes do acordo, bem como o tempo e as restrições necessárias para realizar e recuperar um investimento destinado a aumentar a eficiência.

- (276) A primeira condição do artigo 101.º, n.º 3, exige uma apreciação dos benefícios objetivos em termos de ganhos de eficiência produzidos pelo acordo vertical. Neste contexto, os acordos verticais são frequentemente suscetíveis de contribuir para os ganhos de eficiência, tal como explicado na Secção 2.1. das presentes orientações, melhorando a forma como as partes do acordo exercem as suas atividades complementares.
- (277) Ao realizar o teste de imprescindibilidade constante da segunda condição do artigo 101.º, n.º 3, a Comissão examinará, nomeadamente, se cada restrição permite realizar a produção, aquisição e/ou (re)venda dos produtos contratuais de forma mais eficiente do que aconteceria na ausência da restrição em causa. Nesta apreciação, têm de ser tomadas em consideração as condições e a realidade do mercado com que as partes do acordo se confrontam. Não é necessário que as empresas que invocam o benefício do artigo 101.º, n.º 3, tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Contudo, têm de explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restritivas não produziriam os mesmos ganhos de eficiência. Se o recurso a uma alternativa que se afigure comercialmente realista e menos restritiva desse origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa seria considerada indispensável.
- (278) De acordo com a terceira condição do artigo 101.º, n.º 3, os consumidores têm de receber uma parte equitativa dos benefícios, o que implica que os consumidores dos bens ou serviços adquiridos e/ou (re)vendidos ao abrigo do acordo vertical têm de ser compensados, pelo menos, em relação aos efeitos negativos do acordo¹¹¹. Dito de outro modo, os ganhos de eficiência têm de compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo vertical nos preços, na produção e noutros fatores relevantes.
- (279) De acordo com a quarta condição do artigo 101.º, n.º 3, o acordo vertical não pode conceder às partes no acordo a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos bens ou serviços em causa. Tal pressupõe uma análise das outras fontes de pressão concorrencial remanescente no mercado e do impacto do acordo nessas fontes de concorrência remanescentes. Ao apreciar esta condição, há que ter em conta a relação entre o artigo 101.º, n.º 3, e o artigo 102.º. Segundo a jurisprudência constante, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não pode impedir a aplicação do artigo 102.º¹¹². Além disso, como os artigos 101.º e 102.º se

¹¹⁰ A este propósito, ver, por exemplo, a decisão da Comissão 1999/242/CE (processo n.º IV/36.237 – *TPS*), JO L 90 de 2.4.1999, p. 6. Do mesmo modo, a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, também só é aplicável se o acordo tiver um objetivo ou efeitos restritivos.

¹¹¹ Ver ponto 85 da Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

¹¹² Ver acórdão nos processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, n.º 130. Do mesmo modo, a aplicação do artigo 101.º, n.º 3, não impede a aplicação das regras do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas disposições são aplicáveis, em determinadas circunstâncias, aos acordos, às decisões e às práticas

destinam ambos a manter a concorrência efetiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o artigo 101.º, n.º 3, seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos verticais restritivos que constituem um abuso de posição dominante¹¹³. Esta condição implica que o acordo vertical não pode eliminar a concorrência efetiva, suprimindo a totalidade ou a maior parte das fontes de concorrência real ou potencial. A rivalidade entre empresas constitui um vetor indispensável da eficiência económica, incluindo eficiências dinâmicas sob a forma de inovação. Na sua ausência, a empresa em posição dominante não terá os incentivos adequados para continuar a criar e a repercutir ganhos de eficiência. Um acordo restritivo que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode, geralmente, ser justificado com base no facto de criar também ganhos de eficiência.

8.2. Análise de restrições verticais específicas

- (280) Se as partes precedentes das presentes orientações, nomeadamente a sexta parte, contêm orientações relativas à apreciação das restrições verticais equivalentes a restrições graves na aceção do artigo 4.º do VBER, restrições excluídas na aceção do artigo 5.º do referido regulamento e restrições a elas conexas, os pontos seguintes contêm orientações relativas a outras restrições verticais específicas. No que respeita às restrições verticais não abordadas especificamente nas presentes orientações, a Comissão apreciá-las-á de acordo com os mesmos princípios tendo em conta os fatores relevantes, tal como referido na oitava parte das presentes orientações.

8.2.1. Marca única

- (281) Sob a designação de «marca única» incluem-se os acordos que têm como principal elemento o facto de o comprador ser obrigado ou induzido a concentrar as suas encomendas num determinado tipo de produto junto de um único fornecedor. Esta exigência pode ser encontrada, nomeadamente, em cláusulas de não concorrência e de aquisição de determinadas quantidades impostas ao comprador. Um acordo de não concorrência baseia-se numa obrigação ou num regime de incentivos que leva o comprador a adquirir mais de 80 % das suas necessidades num determinado mercado junto de um único fornecedor. Tal não significa que o comprador só possa comprar diretamente ao fornecedor, mas que o comprador, *de facto*, não comprará, não revenderá ou não incorporará bens ou serviços concorrentes. A obrigação de compra de uma determinada quantidade, imposta ao comprador, é uma forma mais fraca de não concorrência, em que os incentivos ou as obrigações acordadas entre o fornecedor e o comprador levam este último a concentrar as suas compras em grande medida num único fornecedor. Esta obrigação pode, por exemplo, assumir a forma de exigências mínimas de compra, exigências de armazenagem ou fixação não linear de preços, tais como sistemas de descontos condicionais, ou tabelas com duas componentes (uma taxa fixa mais um preço por unidade). Uma cláusula do tipo «cláusula inglesa», que exige que o comprador comunique qualquer oferta melhor, só lhe permitindo aceitar essa oferta quando o fornecedor não a acompanhar, pode vir a ter o mesmo efeito do que uma obrigação de marca única, especialmente quando o comprador tem de revelar o nome de quem apresenta a melhor oferta.

concertadas na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Ver, para o efeito, acórdão no processo C-309/99, Wouters, EU:C:2002:98, n.º 120.

¹¹³ Ver, a este respeito, acórdão no processo T-51/89, Tetra Pak (I), EU:T:1990:41. Ver, igualmente, ponto 106 da Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

- (282) Os eventuais riscos da marca única para a concorrência são a exclusão de fornecedores concorrentes e potenciais, o abrandamento da concorrência e a maior possibilidade de colusão entre fornecedores no caso de utilização cumulativa e, quando o comprador é um retalhista que vende a consumidores finais, uma diminuição da concorrência intermarcas a nível do estabelecimento comercial. Estes efeitos restritivos têm um impacto direto na concorrência intermarcas.
- (283) Os acordos de marca única são isentos ao abrigo do VBER quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não ultrapassam, cada uma delas, 30 % e estão limitados a um período de cinco anos no que se refere à obrigação de não concorrência. Acima do limiar da quota de mercado ou para além do limite de cinco anos, os acordos de marca única deixam de ser abrangidos pela isenção por categoria, devendo, por conseguinte, ser apreciados individualmente. O restante da presente secção fornece orientações para a apreciação de casos individuais acima do limiar da quota de mercado ou para além do limite de cinco anos.
- (284) A possibilidade de as obrigações de marca única de um fornecedor específico resultarem num encerramento anticoncorrencial, surge sobretudo quando, na sua ausência, seria exercida uma pressão concorrencial significativa pelos concorrentes que ainda não estão presentes no mercado aquando da celebração desses acordos, ou que não se encontram em posição de concorrer para o fornecimento integral dos clientes. As empresas concorrentes podem não ter capacidade para concorrer para o conjunto da procura de um cliente porque o fornecedor é um parceiro comercial incontornável para, pelo menos, parte da procura existente no mercado devido, por exemplo, ao facto de a sua marca ser um «produto incontornável» preferido por numerosos consumidores finais ou ao facto de as restrições de capacidade sobre os outros fornecedores serem de tal ordem que uma parte da procura só pode ser satisfeita pelo fornecedor em causa¹¹⁴. Por conseguinte, a posição do fornecedor no mercado é de grande importância para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais das obrigações de não concorrência.
- (285) Se os concorrentes puderem concorrer em condições de igualdade para o conjunto da procura de cada cliente, é geralmente improvável que as obrigações de marca única de um fornecedor específico possam ser um entrave a uma concorrência efetiva, a menos que a mudança de fornecedor pelos clientes seja dificultada devido à duração e à cobertura do mercado das obrigações de marca única. Quanto maior for a parte da quota de mercado que é vendida ao abrigo de uma obrigação de marca única e/ou quanto maior a duração das obrigações de marca única, mais significativo será, provavelmente, o encerramento do mercado. Não se considera, em geral, que as obrigações de marca única de duração inferior a um ano, impostas por empresas que não detêm uma posição dominante, dão origem a efeitos anticoncorrenciais sensíveis ou a efeitos líquidos negativos. As obrigações de marca única com duração entre um e cinco anos impostas por empresas que não detêm uma posição dominante, geralmente, exigem um equilíbrio adequado entre os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, enquanto as obrigações de marca única que ultrapassam cinco anos não são, relativamente à maior parte dos investimentos, consideradas necessárias para alcançar os alegados ganhos de eficiência ou estes ganhos não são suficientes para compensar o seu efeito de encerramento do mercado. É mais provável que as obrigações de marca única provoquem um encerramento

¹¹⁴ Acórdão no processo T-65/98, Van den Bergh Foods/Comissão, EU:T:2003:281, n.ºs 104 e 156.

anticoncorrencial do mercado quando são impostas por empresas em posição dominante.

- (286) Para apreciar o poder de mercado do fornecedor é importante a posição dos seus concorrentes no mercado. Desde que os concorrentes sejam suficientemente numerosos e poderosos não são de esperar quaisquer efeitos anticoncorreciais sensíveis. Não é muito provável que se verifique a exclusão de concorrentes, quando estes têm posições semelhantes no mercado e podem oferecer produtos igualmente atrativos. Nesse caso, poder-se-á, contudo, verificar uma exclusão de potenciais candidatos quando diversos fornecedores importantes celebram contratos de marca única com um número significativo de compradores no mercado relevante (situação de efeito cumulativo). Trata-se igualmente de uma situação em que os acordos de marca única podem facilitar a colusão entre fornecedores concorrentes. Se, individualmente, tais fornecedores forem abrangidos pelo VBER, pode ser necessária a retirada da isenção por categoria a fim de fazer face a esta situação de efeito cumulativo negativo. Não se considera, em geral, que uma quota de mercado subordinada inferior a 5 % contribui de forma significativa para esse efeito de encerramento cumulativo do mercado.
- (287) Nos casos em que a quota de mercado do maior fornecedor for inferior a 30 % e a quota de mercado dos cinco maiores fornecedores for inferior a 50 %, é pouco provável que se verifique uma situação de efeito anticoncorrencial único ou cumulativo. Se um candidato potencial não puder entrar no mercado de forma rentável, tal dever-se-á provavelmente a fatores que não as obrigações de marca única, como as preferências dos consumidores.
- (288) Os obstáculos à entrada são importantes para determinar se existe um encerramento anticoncorrencial do mercado. Sempre que for relativamente fácil para os fornecedores concorrentes criarem as próprias redes de distribuição integradas ou encontrarem distribuidores alternativos para o seu produto, é pouco provável que o encerramento do mercado constitua um verdadeiro problema. Todavia, existem frequentemente obstáculos à entrada, quer a nível da produção quer a nível da distribuição.
- (289) O poder de compensação é relevante, uma vez que os compradores importantes não permitirão facilmente que os impeçam de se abastecerem com bens ou serviços concorrentes. Em termos mais gerais, com o objetivo de convencer os clientes a aceitarem os acordos de marca única, o fornecedor pode ter de os indemnizar, no todo ou em parte, pela perda de concorrência resultante da exclusividade. Sempre que for concedida tal indemnização, pode ser do interesse do cliente celebrar um acordo de marca única com o fornecedor. No entanto, seria incorreto concluir, com base no exposto acima, que todas as obrigações de marca única, analisadas no seu conjunto, são em última análise benéficas para os clientes no mercado em causa e para os consumidores finais. Será particularmente improvável que todos os consumidores beneficiem se existirem muitos clientes e se as obrigações de marca única, no seu conjunto, tiverem por efeito impedir a entrada ou a expansão de empresas concorrentes.
- (290) Por último, «o estágio da atividade comercial» é relevante. O encerramento do mercado é menos suscetível de existir no caso de um produto intermédio. Quando o fornecedor de um produto intermédio não se encontra em posição dominante, os fornecedores concorrentes dispõem ainda de uma parte substancial da procura «livre». No entanto, numa situação de efeitos cumulativos, pode verificar-se um

encerramento anticoncorrencial do mercado abaixo do nível de posição dominante. É pouco provável que surja um efeito cumulativo anticoncorrencial enquanto menos de 50 % do mercado for subordinado.

- (291) Quando o acordo diz respeito ao fornecimento de um produto final no estágio grossista, o eventual aparecimento de um problema a nível da concorrência depende em grande medida do tipo de comércio grossista e dos obstáculos à entrada no estágio grossista. Não existe qualquer risco real de encerramento do mercado se os fabricantes concorrentes puderem facilmente criar o seu próprio sistema grossista. O facto de os obstáculos à entrada serem reduzidos depende em parte do tipo de sistema grossista que o fornecedor consegue estabelecer de forma eficiente. Num mercado em que a atividade grossista pode ser exercida de forma eficiente apenas com o produto abrangido pelo acordo (por exemplo, gelado), o fabricante tem um interesse em estabelecer um sistema grossista próprio, sendo pouco provável que esse mercado se encerre para si. Pelo contrário, num mercado em que é mais eficiente comercializar toda uma gama de produtos (por exemplo, produtos alimentares congelados), não é eficiente para o fabricante vender apenas um produto, estabelecendo um sistema grossista próprio. Se não tiver acesso a grossistas estabelecidos, é provável que o fabricante seja excluído desse mercado. Neste caso, podem surgir efeitos anticoncorreciais. Também podem surgir problemas de efeitos cumulativos se vários concorrentes subordinarem a maior parte dos grossistas disponíveis.
- (292) No que diz respeito aos produtos finais, é em geral mais provável que se verifique um encerramento do mercado no estágio retalhista devido à existência de obstáculos significativos à entrada no mercado para a maior parte dos fabricantes, se quiserem abrir estabelecimentos retalhistas apenas para os seus próprios produtos. Além disso, é no estágio retalhista que os acordos de marca única podem conduzir a uma redução da concorrência intermarcas no estabelecimento. É por estas razões que, em relação aos produtos finais no estágio retalhista, podem surgir efeitos anticoncorreciais significativos, tomando em consideração todos os outros fatores relevantes, se um fornecedor não dominante subordinar 30 % ou mais do mercado relevante. Para uma empresa em posição dominante, mesmo uma modesta quota de mercado subordinada é já suscetível de conduzir a efeitos anticoncorreciais significativos.
- (293) No estágio retalhista poderá igualmente surgir um efeito cumulativo de encerramento do mercado. Quando todos os fornecedores detêm quotas de mercado inferiores a 30 %, é pouco provável que se verifique um efeito cumulativo de encerramento anticoncorrencial do mercado se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 40 %, sendo, por conseguinte, pouco provável a retirada da isenção por categoria. Este valor pode ser mais elevado quando são tomados em consideração outros fatores, como o número de concorrentes, os obstáculos à entrada, etc. Quando nem todas as empresas detêm quotas de mercado inferiores ao limiar previsto no VBER, mas nenhuma ocupa uma posição dominante, é pouco provável um efeito cumulativo de encerramento anticoncorrencial do mercado se o total da quota de mercado subordinada for inferior a 30 %.
- (294) Quando o comprador exerce as suas atividades a partir de instalações e terrenos pertencentes ao fornecedor ou que este arrendou a um terceiro não ligado ao comprador, a possibilidade de impor soluções eficazes em caso de um eventual efeito de encerramento do mercado será limitada. Nesse caso, é pouco provável uma intervenção da Comissão abaixo do nível de posição dominante.

- (295) Em certos setores, a venda de mais do que uma marca a partir de um único local poderá revelar-se difícil e, nesse caso, o problema do encerramento do mercado pode ser solucionado de forma mais adequada por meio da limitação da duração efetiva dos contratos.
- (296) Quando é estabelecida a existência de efeitos anticoncorrenciais consideráveis, surge a questão de uma eventual isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3. Em relação às obrigações de não concorrência, podem ser especialmente relevantes os ganhos de eficiência descritos no ponto 14, alíneas b) (parasitismo entre fornecedores), e), f) (problemas de catividade) e i) (imperfeições do mercado de capitais), das presentes orientações.
- (297) No caso de ganhos de eficiência tal como os descritos no ponto 14, alíneas b), e) e i), das presentes orientações, a obrigação, imposta ao comprador, de compra de uma determinada quantidade pode eventualmente constituir uma alternativa menos restritiva. Uma obrigação de não concorrência pode ser a única forma viável de alcançar um ganho de eficiência, tal como o descrito no ponto 14, alínea f) (problema de catividade relacionado com a transferência de saber-fazer), das presentes orientações.
- (298) No caso de um investimento específico a uma relação contratual realizado pelo fornecedor (ver ponto 14, alínea e), das presentes orientações), um acordo de não concorrência ou de obrigação de compra de determinadas quantidades durante o período de amortização do investimento preencherá, em geral, as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em caso de elevados investimentos específicos a uma relação contratual, pode justificar-se uma obrigação de não concorrência por um período superior a cinco anos. Um investimento específico a uma relação contratual poderá, por exemplo, ser a instalação ou adaptação de equipamento por parte do fornecedor, quando este equipamento apenas puder ser utilizado posteriormente para produzir componentes para um determinado comprador. Os investimentos de carácter geral ou específicos ao mercado em capacidade (adicional) são habitualmente investimentos não específicos a uma relação contratual. Contudo, sempre que um fornecedor cria novas capacidades especificamente associadas às atividades de um determinado comprador, como será, por exemplo, o caso de uma empresa que produz recipientes metálicos e que instala novas capacidades para fabricar esses recipientes nas instalações ou próximo das instalações de acondicionamento de um produtor de produtos alimentares, as novas capacidades só podem ser economicamente viáveis quando a produção se destinar a este cliente específico e, neste caso, o investimento seria considerado específico a uma relação contratual.
- (299) Caso o fornecedor conceda um empréstimo ao comprador ou lhe forneça equipamento que não é específico a uma relação contratual, esta situação, em si mesma, não é geralmente suficiente para justificar a isenção relativa a um efeito de encerramento anticoncorrencial no mercado. No caso de se verificar uma imperfeição do mercado de capitais, poderá ser mais eficiente que o empréstimo seja concedido pelo fornecedor de um produto e não por um banco (ver ponto 14, alínea h), das presentes orientações). Todavia, neste caso, o empréstimo deve ser concedido da forma menos restritiva possível e, em geral, o comprador não deve ser impedido de pôr termo à obrigação e de reembolsar o remanescente do empréstimo a qualquer momento e sem o pagamento de qualquer penalidade financeira.
- (300) A transferência de um saber-fazer substancial (ponto 14, alínea f), das presentes orientações) justifica geralmente uma obrigação de não concorrência durante todo o

período de vigência do acordo de fornecimento, tal como, por exemplo, no contexto dos acordos de franquia.

(301) Exemplo de obrigação de não concorrência

Num mercado nacional, o líder de um produto de consumo por impulso, com uma quota de mercado de 40 %, vende a maior parte dos seus produtos (90 %) por meio de retalhistas subordinados (quota de mercado subordinada de 36 %). Os acordos obrigam os retalhistas a efetuar compras apenas junto do líder de mercado durante, pelo menos, quatro anos. Este líder de mercado encontra-se fortemente representado em especial nas áreas mais densamente povoadas, como a capital. A empresa tem dez concorrentes, alguns dos quais se encontram representados apenas localmente, tendo todos quotas de mercado muito inferiores, sendo a mais elevada de 12 %. Estes dez concorrentes fornecem, em conjunto, mais 10 % do mercado por meio de estabelecimentos subordinados. No mercado, existe uma diferenciação acentuada a nível da marca e do produto. O líder de mercado possui as marcas mais fortes. É o único que realiza campanhas de publicidade periódicas a nível nacional. Fornece aos seus retalhistas subordinados móveis especiais para armazenarem o seu produto.

Por conseguinte, no total, 46 % (36 % + 10 %) do mercado está encerrado a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não tenham estabelecimentos subordinados. Os candidatos potenciais têm ainda maiores dificuldades em penetrar nas áreas densamente povoadas, em que o encerramento do mercado é ainda mais acentuado, apesar de ser aí que prefeririam entrar no mercado. Por outro lado, devido à grande diferenciação em termos de marca e de produto e aos elevados custos de pesquisa proporcionalmente ao preço do produto, a ausência de concorrência intermarcas nos estabelecimentos conduz a uma diminuição suplementar do bem-estar para os consumidores. Os eventuais ganhos de eficiência da exclusividade do estabelecimento que, segundo o líder de mercado, têm origem nos custos de transporte reduzidos e num eventual problema de «catividade» relativamente aos móveis de armazenamento, são limitados e não compensam os efeitos negativos sobre a concorrência. Os ganhos de eficiência são limitados, uma vez que os custos de transporte se encontram associados à quantidade e não à exclusividade e os móveis de armazenamento não implicam um saber-fazer especial e não são específicos da marca. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

(302) Exemplo de uma obrigação de compra de uma determinada quantidade

Um produtor X, com uma quota de mercado de 40 %, vende 80 % dos seus produtos por meio de contratos que especificam que o revendedor deve adquirir pelo menos 75 % das suas necessidades desse tipo de produto a X. Por seu lado, X oferece financiamento e equipamento a taxas favoráveis. Os contratos têm um período de vigência de cinco anos, em que se prevê o reembolso do empréstimo em frações iguais. Todavia, após os dois primeiros anos os compradores têm a possibilidade de pôr termo ao contrato com um pré-aviso de seis meses se reembolsarem a parte do empréstimo não amortizada e comprarem o equipamento ao seu valor de mercado. No termo do período de cinco anos, o equipamento passa a ser propriedade do comprador. A maior parte dos fabricantes concorrentes são de pequena dimensão, sendo doze no total, o maior dos quais tem uma quota de mercado de 20 %, e celebram contratos semelhantes com diferentes durações. Os produtores com quotas de mercado inferiores a 10 % têm frequentemente contratos com uma maior duração e com cláusulas menos vantajosas no que se refere à sua rescisão. Os contratos do

fabricante X permitem que 25 % das necessidades sejam fornecidas por concorrentes. Nos últimos três anos, dois novos produtores entraram no mercado e ganharam uma quota de mercado combinada de aproximadamente 8 %, em parte retomando os empréstimos de alguns revendedores em troca de contratos com estes revendedores.

A quota de mercado subordinada do fabricante X é de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40 \%$). A quota de mercado subordinada dos outros fabricantes é de aproximadamente 25 %. Por conseguinte, no total, aproximadamente 49 % do mercado está encerrado a potenciais candidatos e a operadores já existentes que não possuam estabelecimentos subordinados durante, pelo menos, os dois primeiros anos dos contratos de fornecimento. O mercado revela que os revendedores têm frequentemente dificuldade em obter empréstimos junto dos bancos e são em geral demasiado pequenos para obterem capital por outros meios, como a emissão de ações. Para além disso, o produtor X consegue demonstrar que uma concentração das suas vendas num número limitado de revendedores lhe permite melhor planear as suas vendas e obter economias a nível dos custos de transporte. À luz, por um lado, dos ganhos de eficiência e, por outro, da quota não subordinada de 25 % nos contratos do produtor X, da possibilidade real da rescisão antecipada do contrato, da recente entrada de novos produtores e do facto de aproximadamente metade dos revendedores não estarem subordinados, a obrigação de adquirir uma quantidade de 75 % aplicada pelo produtor X é suscetível de satisfazer as condições do artigo 101.º, n.º 3.

8.2.2. *Fornecimento exclusivo*

- (303) O fornecimento exclusivo diz respeito a disposições que obrigam ou induzem o fornecedor a vender os produtos contratuais apenas ou principalmente a um comprador, para fins gerais ou para uma utilização específica. Estas restrições podem assumir a forma de uma obrigação de fornecimento exclusivo, que obriga o fornecedor a vender apenas a um comprador, para fins de revenda ou para uma utilização específica, mas podem igualmente consistir, por exemplo, na obrigação, imposta ao fornecedor, de venda de uma determinada quantidade, nos termos da qual são acordados incentivos entre um fornecedor e um comprador que obrigam o primeiro a concentrar as suas vendas num único comprador. Para os bens ou serviços intermédios, o fornecimento exclusivo é frequentemente denominado fornecimento industrial.
- (304) O fornecimento exclusivo beneficia da isenção do VBER, quando a quota de mercado, tanto do fornecedor como do comprador, não ultrapassa 30 %, ainda que combinada com outras restrições verticais não graves, como a obrigação de não concorrência. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação da distribuição exclusiva em casos individuais acima do limiar da quota de mercado.
- (305) O principal risco do fornecimento exclusivo a nível da concorrência é o da exclusão anticoncorrencial de outros compradores. Existe uma semelhança com os eventuais efeitos da distribuição exclusiva, em especial quando o distribuidor exclusivo se torna também o comprador exclusivo para a totalidade de um mercado (ver, em especial, o ponto 113 das presentes orientações). A quota de mercado do comprador no mercado de aquisições a montante é evidentemente importante para a apreciação da capacidade de o comprador impor o fornecimento exclusivo, que exclui outros compradores do acesso aos fornecimentos. A importância do comprador no mercado a jusante constitui, contudo, o fator mais significativo para apreciar se pode surgir um problema a nível da concorrência. Se o comprador não tem qualquer poder de

mercado a jusante, não são de prever efeitos negativos sensíveis para os consumidores. Esses efeitos negativos podem ocorrer quando a quota do comprador no mercado do fornecimento a jusante, bem como no mercado de aquisições a montante, ultrapassa 30 %. No caso de a quota do comprador no mercado a montante não ultrapassar 30 %, podem ainda verificar-se efeitos significativos de encerramento do mercado, especialmente quando a quota do comprador no seu mercado a jusante ultrapassa 30 % e o fornecimento exclusivo estiver relacionado com uma utilização específica dos produtos contratuais. Quando uma empresa está em posição dominante no mercado a jusante, é provável que uma obrigação de só fornecer ou fornecer principalmente os produtos ao comprador dominante tenha efeitos anticoncorrenciais significativos.

- (306) Não é apenas a posição do comprador nos mercados a montante e a jusante que é importante, são também importantes o alcance e a duração da obrigação de fornecimento exclusivo. Quanto maior for a quota de fornecimento subordinada e quanto maior a duração da obrigação de fornecimento exclusivo, mais significativo será, provavelmente, o efeito de encerramento do mercado. Os acordos de fornecimento exclusivo com uma duração inferior a cinco anos, celebrados por empresas não dominantes, exigem geralmente um equilíbrio entre efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, enquanto os acordos com durações superiores a cinco anos não são, em relação à maior parte dos investimentos, considerados necessários para obter os alegados ganhos de eficiência ou os ganhos não são suficientes para compensar o efeito de encerramento do mercado desses acordos de fornecimento exclusivo a longo prazo.
- (307) A posição dos compradores concorrentes no mercado a montante também é importante, uma vez que é muito provável que os acordos de fornecimento exclusivo encerrem o mercado para os compradores concorrentes por razões anticoncorrenciais, como, por exemplo, para aumentar os seus custos, em especial se forem significativamente mais baixos do que os do comprador responsável pelo encerramento do mercado. A exclusão de compradores concorrentes não é muito provável no caso de estes concorrentes terem um poder de compra semelhante ao do comprador que é parte no acordo e poderem oferecer aos fornecedores possibilidades de vendas semelhantes. Nesse caso, só se poderá verificar uma exclusão de potenciais candidatos, os quais podem não ser capazes de garantir fornecimentos seguros se uma série de compradores importantes celebrar contratos de fornecimento exclusivo com a maior parte dos fornecedores no mercado. Esse efeito cumulativo pode conduzir à retirada do benefício do VBER.
- (308) A existência de obstáculos à entrada no mercado a nível dos fornecedores, bem como a sua dimensão, é relevante para avaliar se existe um encerramento efetivo do mercado. Na medida em que seja eficiente para os compradores concorrentes fornecerem eles próprios os bens ou prestarem os serviços por meio de uma integração vertical a montante, é pouco provável que o encerramento do mercado constitua um problema real. Contudo, existem frequentemente obstáculos significativos à entrada.
- (309) O poder de compensação também deve ser tido em conta, já que os fornecedores importantes não permitirão facilmente que um comprador os impeça de vender a compradores alternativos. Por conseguinte, o encerramento do mercado constitui um risco principalmente no caso de fornecedores fracos e compradores fortes. No caso de fornecedores fortes, pode verificar-se a ocorrência de fornecimento exclusivo em conjugação com obrigações de não concorrência. Esta combinação faz intervir as

regras desenvolvidas para a marca única. No caso de existirem investimentos específicos a uma relação contratual em ambos os lados (problema da catividade), a combinação do fornecimento exclusivo e das obrigações de não concorrência, isto é, exclusividade recíproca em acordos de fornecimento industrial, justifica-se com frequência, em especial abaixo do nível da posição dominante.

- (310) Por último, o estágio da atividade comercial e a natureza do produto são relevantes para apreciar o eventual efeito de encerramento do mercado. O encerramento anticoncorrencial do mercado é menos suscetível de ocorrer no caso de um produto intermédio ou quando o produto é homogéneo. Em primeiro lugar, um fabricante excluído que utilize um determinado fator de produção tem geralmente mais flexibilidade para dar resposta à procura dos seus clientes do que um grossista ou retalhista tem para dar resposta à procura do consumidor final, para quem as marcas podem constituir um elemento importante. Em segundo lugar, a perda de uma eventual fonte de fornecimento tem menos significado para os compradores excluídos em caso de produtos homogéneos do que no caso de um produto heterogéneo com diferentes categorias e qualidades. Quanto aos produtos de marca finais ou produtos intermédios diferenciados, relativamente aos quais existem obstáculos à entrada no mercado, o fornecimento exclusivo pode ter efeitos anticoncorrenciais sensíveis no caso de os compradores concorrentes serem relativamente pequenos em comparação com o comprador que provoca o encerramento, mesmo que este não seja dominante no mercado a jusante.
- (311) Podem prever-se ganhos de eficiência no caso de um problema de «catividade» (ponto 14, alíneas e) e f), das presentes orientações), o que tem maiores probabilidades de acontecer em relação aos produtos intermédios do que em relação aos produtos finais. A existência de outros ganhos de eficiência é menos provável. As eventuais economias de escala na distribuição (ponto 14, alínea g, das presentes orientações) não se afiguram suscetíveis de justificar o fornecimento exclusivo.
- (312) No caso de um problema de «catividade» e ainda mais no caso de economias de escala na distribuição, as obrigações, impostas ao fornecedor, de venda de uma determinada quantidade, como requisitos de fornecimento mínimos, poderão, claramente, constituir uma alternativa menos restritiva.

Exemplo de fornecimento exclusivo

Num mercado de um determinado tipo de componentes (mercado do produto intermédio), o fornecedor A concorda com o comprador B em desenvolver uma versão diferente do componente, com o seu próprio saber-fazer e investimentos consideráveis em nova maquinaria e com a ajuda das especificações fornecidas pelo comprador B. O comprador B terá de realizar investimentos consideráveis para incorporar o novo componente. É acordado que A fornecerá o novo produto apenas ao comprador B por um período de cinco anos a contar da data da primeira entrada no mercado. B é obrigado a comprar o novo produto exclusivamente a A durante o mesmo período de cinco anos. Tanto A como B podem continuar a vender e comprar, respetivamente, as outras versões do produto a partir de outras fontes. A quota do comprador B no mercado dos componentes a montante e no mercado dos produtos finais a jusante é de 40 %. A quota de mercado do fornecedor do componente é de 35 %. Existem dois outros fornecedores de componentes com uma quota de mercado entre 20 % e 25 % e vários outros pequenos fornecedores.

Dados os investimentos consideráveis, o acordo é suscetível de satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, tendo em conta os ganhos de eficiência e o

efeito limitado de encerramento do mercado. Outros compradores são excluídos de uma determinada versão de um produto de um fornecedor com uma quota de mercado de 35 %, mas outros fornecedores de componentes poderiam desenvolver novos produtos idênticos. O encerramento de parte da procura do comprador B a outros fornecedores limita-se a um máximo de 40 % do mercado.

8.2.3. *Restrições à utilização de mercados em linha*

- (313) Os mercados em linha são plataformas em linha que estabelecem uma ligação entre comerciantes e potenciais clientes com vista a permitir a compra direta. As plataformas em linha que não oferecem uma funcionalidade de compra, reencaminhando os clientes para outros sítios Web onde os bens e serviços podem ser comprados, não são consideradas mercados em linha para efeitos das presentes orientações, mas sim plataformas de publicidade.
- (314) Os mercados em linha têm-se tornado um importante canal de vendas dos fornecedores e retalhistas, dando-lhes acesso a um grande número de clientes, bem como dos utilizadores finais. Os mercados em linha podem permitir que os retalhistas comecem a vender em linha com um investimento inicial reduzido. Também podem facilitar as vendas transfronteiras e aumentar a visibilidade de retalhistas, nomeadamente de pequena e média dimensão, que não exercem a sua atividade numa loja em linha própria ou não são muito conhecidos pelos utilizadores finais.
- (315) Os fornecedores podem querer restringir a utilização de mercados em linha por parte dos seus compradores¹¹⁵, por exemplo, para proteger a imagem e o posicionamento da sua marca, para desencorajar a venda de produtos contrafeitos, para assegurar a prestação de um nível suficiente de serviços pré-venda e pós-venda ou para assegurar que o retalhista mantém uma relação direta com os clientes. As restrições podem variar entre a proibição total da utilização de mercados em linha e a imposição de determinados requisitos qualitativos que os mercados em linha têm de cumprir. Por exemplo, os fornecedores podem proibir a utilização de mercados em linha onde os produtos sejam vendidos por leilão, ou podem exigir que os compradores utilizem mercados em linha especializados a fim de garantir determinadas normas de qualidade no que respeita ao ambiente e às condições de venda dos seus bens ou serviços. Alguns requisitos qualitativos podem, *de facto*, proibir a utilização de mercados em linha, dado que não existe nenhum mercado em linha que os cumpra, como, por exemplo, quando o fornecedor exige que o logótipo do mercado em linha não seja visível ou que o nome de domínio do sítio Web utilizado pelo retalhista contenha a denominação comercial do retalhista.
- (316) O VBER isenta as restrições das vendas em mercados em linha constantes de acordos verticais quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam 30 % e o acordo vertical não inclua nenhuma restrição grave na aceção do VBER nem nenhuma restrição excluída na aceção do VBER que não possa ser separada do restante acordo vertical. Conforme estabelecido no artigo 1.º do VBER e na secção 6.1.2 das presentes orientações, a restrição ou proibição das vendas em mercados em linha diz respeito às modalidades de venda em linha do comprador e não limita as vendas num território específico ou a um grupo de clientes específico. Embora restrinja a utilização de um canal em linha específico, o comprador continuar a ter à

¹¹⁵ Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM(2017) 229 final, 10 de maio de 2017; secção 4.4.

sua disposição outros canais em linha¹¹⁶. Por exemplo, não obstante a restrição ou proibição das vendas em mercados em linha, o comprador pode continuar a vender os bens ou serviços contratuais por meio do seu próprio sítio Web e utilizar canais de publicidade em linha para atrair clientes para o seu sítio Web¹¹⁷.

- (317) Embora as restrições das vendas em linha que, direta ou indiretamente, têm como objetivo impedir o comprador ou os seus clientes de utilizarem efetivamente a Internet para vender em linha os seus bens ou serviços sejam restrições graves na aceção do artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER e tenham o objetivo de restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, as restrições à utilização de mercados em linha, em geral, são suscetíveis de beneficiarem da zona de segurança do VBER. Tal como referido no ponto 194, geralmente, as restrições à utilização de mercados em linha não afetam um grupo de utilizadores em linha suscetíveis de serem circunscritos a um grupo de adquirentes em linha nem limitam o comprador na venda de bens ou serviços contratuais pelo seu próprio sítio Web, na publicidade em certas circunstâncias pela Internet em plataformas terceiras e na utilização de motores de pesquisa em linha para atrair clientes para o seu sítio Web, pelo que não constituem restrições graves na aceção do artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER, na medida em que não impeçam, *de facto*, a utilização eficaz da Internet pelos compradores ou os seus clientes para vender pela Internet.
- (318) O restante da presente secção contém orientações para a apreciação das restrições à utilização de mercados em linha em casos individuais nos quais o limiar da quota de mercado de 30 % é excedido. Os princípios gerais estabelecidos na secção 8.1 constituem o enquadramento relevante desta apreciação. As restrições à utilização de mercados em linha relativas a vendas em territórios ou a grupos de clientes reservados a título exclusivo ao fornecedor ou atribuídos a título exclusivo a outros distribuidores fazem parte de um sistema de distribuição exclusiva, devendo ser apreciadas juntamente com esse sistema.
- (319) Muitas vezes, são impostas restrições à utilização de mercados em linha em sistemas de distribuição seletiva. A secção 4.6.2 define os critérios que determinam se um sistema de distribuição seletiva não é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a saber, i) os revendedores são selecionados com base em critérios objetivos de natureza qualitativa estabelecidos de modo uniforme para todos os potenciais revendedores e não são aplicados de forma discriminatória, ii) as características dos bens ou serviços contratuais exigem uma rede de distribuição seletiva a fim de preservar a sua qualidade e assegurar a sua correta utilização e iii) os critérios estabelecidos não vão para além do necessário¹¹⁸. Em especial nos casos em que o fornecedor não celebra um acordo com o mercado em linha, não podendo, por conseguinte, assegurar que este satisfaz todos os critérios de seleção, pode dar-se o caso de uma restrição ou uma proibição da utilização de mercados em linha satisfazer os critérios acima, sendo, portanto, adequada e não indo para além do necessário para preservar a qualidade e assegurar a correta utilização dos bens ou serviços contratuais. Todavia, caso um fornecedor inclua no seu sistema de

¹¹⁶ Acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, n.ºs 64 a 69.

¹¹⁷ Acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, n.ºs 52 a 54.

¹¹⁸ Acórdão no processo C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, n.ºs 24 a 36.

distribuição seletiva o operador de um mercado em linha enquanto distribuidor autorizado, restrinja a utilização de mercados em linha por parte de alguns distribuidores autorizados, mas não outros, ou restrinja a utilização de um mercado em linha, mas utiliza a título próprio esse mercado em linha para distribuir bens ou serviços contratuais, afigura-se pouco provável que as restrições à utilização desses mercados em linha satisfaçam os requisitos da adequação e da necessidade.

- (320) As restrições à utilização de mercados em linha podem produzir riscos para a concorrência como a redução da concorrência intramarcas ao nível da distribuição e a exclusão de distribuidores, nomeadamente os de pequena e média dimensão, na medida em que os distribuidores sejam privados de um canal de vendas potencialmente importante.
- (321) Para apreciar os eventuais efeitos anticoncorrenciais das restrições à utilização de mercados em linha, primeiro, é necessário apreciar o nível de concorrência intermarcas. Tal como referido na secção 8.1.1 das presentes orientações, em princípio, um nível suficiente de concorrência intermarcas pode atenuar uma eventual redução da concorrência intramarcas. Para o efeito, há que ter em consideração a posição no mercado do fornecedor e dos seus concorrentes. Em segundo lugar, é necessário ter em consideração o tipo e o alcance das restrições à utilização de mercados em linha. Por exemplo, uma proibição de todas as vendas por meio de mercados em linha é mais restritiva do que uma restrição à utilização de determinados mercados em linha ou uma exigência no sentido de só serem utilizados os mercados que cumprem determinados critérios qualitativos. Em terceiro lugar, há que ter em consideração a importância relativa dos mercados em linha objeto da restrição enquanto canais de venda nos mercados do produto e geográficos relevantes. Por fim, é necessário ter em consideração o efeito cumulativo de todas as restrições das vendas em linha ou da publicidade impostas pelo fornecedor.
- (322) Tal como referido no ponto 314 das presentes orientações, as restrições à utilização de mercados em linha podem gerar ganhos de eficiência, nomeadamente, associados à garantia da proteção da marca ou de um determinado nível de serviços ou à redução das oportunidades de contrafação. Na medida em que as restrições não tenham ainda deixado de ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, a apreciação tem de ter em conta o facto de esses ganhos de eficiência serem suscetíveis de serem alcançados por meios menos restritivos, em conformidade com as condições do artigo 101.º, n.º 3. Tal pode acontecer nos casos em que o mercado em linha permite aos retalhistas criarem um estabelecimento da própria marca no mercado. Quaisquer justificações relacionadas com a qualidade apresentadas pelo fornecedor, provavelmente, não satisfarão as condições do artigo 101.º, n.º 3, nos casos em que o próprio fornecedor utilize os mercados em linha abrangidos pelas restrições, em que o fornecedor imponha a restrição apenas a alguns distribuidores, mas não a outros, ou em que o próprio operador do mercado em linha seja um membro autorizado do sistema de distribuição seletiva.

8.2.4. *Restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços*

- (323) As ferramentas de comparação de preços, por exemplo, sítios Web ou aplicações móveis de comparação de preços, permitem que os retalhistas aumentem a sua visibilidade e os potenciais clientes encontrem os retalhistas, comparem produtos diferentes e comparem ofertas de produtos idênticos. As ferramentas de comparação de preços reforçam a transparência ao nível dos preços e intensificam a concorrência intramarcas e, potencialmente, a concorrência intermarcas entre os retalhistas.

- (324) Contrariamente aos mercados em linha, as ferramentas de comparação de preços, geralmente, não oferecem uma funcionalidade de venda e compra, mas reencaminham os clientes para o sítio Web do retalhista, permitindo uma transação direta entre o cliente e o retalhista¹¹⁹. Por conseguinte, as ferramentas de comparação de preços não constituem um canal de vendas em linha distinto, mas sim um canal de publicidade em linha.
- (325) Os fornecedores podem querer restringir a utilização de ferramentas de comparação de preços¹²⁰, por exemplo, para proteger a sua imagem de marca, uma vez que as ferramentas de comparação de preços, geralmente, concentram-se no preço e podem não permitir que os retalhistas se diferenciem por meio de outras características, como a gama ou a qualidade dos bens ou serviços contratuais. Também podem constituir motivos para restringir a utilização de ferramentas de comparação de preços a redução das oportunidades de contrafação ou a proteção dos modelos de negócios de as empresas que dependam, como, por exemplo, a especialização ou a qualidade, e não o preço.
- (326) As restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços podem variar entre a proibição direta ou indireta e as restrições com base em requisitos de qualidade ou requisitos no sentido de incluir conteúdos específicos nas ofertas publicitadas na ferramenta de comparação de preços. Por exemplo, uma restrição da transmissão de informações sobre os preços a ferramentas de comparação de preços, um requisito de obtenção de uma autorização do fornecedor antes de utilizar ferramentas de comparação de preços ou uma restrição da utilização da marca do fornecedor em ferramentas de comparação de preços podem equivaler a proibições indiretas da utilização de ferramentas de comparação de preços.
- (327) As restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços podem aumentar os custos de pesquisa do consumidor, provocando, assim, um abrandamento da concorrência ao nível dos preços retalhistas. À semelhança de outras restrições da publicidade em linha, as restrições à capacidade de o comprador utilizar ferramentas de comparação de preços podem restringir o comprador na venda a clientes localizados fora da zona comercial física que pretendam comprar pela Internet. A proibição da utilização de ferramentas de comparação de preços num acordo vertical restringe a capacidade de o comprador visar potenciais clientes, informá-los sobre a sua oferta e reencaminhá-los para o seu sítio Web. Desde que a utilização de ferramentas de comparação de preços não constitua, por si só, uma forma de publicidade direcionada, tal como referido no ponto 200 das presentes orientações, a proibição da utilização de ferramentas de comparação de preços enquanto canal de publicidade em linha é suscetível de restringir as vendas passivas a clientes localizados fora da zona comercial física do distribuidor que pretendam comprar pela Internet e constitui uma restrição grave na aceção do artigo 4.º, alíneas b) a d), do VBER. Neste caso, os principais riscos para a concorrência são a repartição do mercado, que pode facilitar a discriminação de preços, e a redução da concorrência

¹¹⁹ Para efeitos das presentes orientações, por «ferramentas de comparação de preços» entende-se as plataformas em linha que não permitem que os utilizadores realizem operações de compra na plataforma. As plataformas que permitem que os utilizadores realizem operações de compra são consideradas mercados em linha para efeitos das presentes orientações. As restrições à utilização de mercados em linha são abordadas na seção 8.2.3 das presentes orientações.

¹²⁰ Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM(2017) 229 final, 10 de maio de 2017; secção B.4.5.

intramarcas. Em contrapartida, se se limitar à utilização de ferramentas de comparação de preços destinada a visar clientes num território ou pertencentes a um grupo de clientes reservado a título exclusivo para o fornecedor ou atribuído a título exclusivo a outros distribuidores (distribuição exclusiva), por exemplo, devido ao facto de a ferramenta de comparação de preços utilizar uma língua que não é habitualmente utilizada no território de estabelecimento do comprador ou ter um nome de domínio não utilizado no território de estabelecimento do comprador, a restrição seria abrangida pela exceção do artigo 4.º, alínea b), subalínea i), do VBER.

- (328) As restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços que não proibam direta ou indiretamente a sua utilização, por exemplo, os requisitos que exijam que as ferramentas de comparação de preços cumpram determinadas normas de qualidade, não restringem as vendas a clientes num território ou a um grupo de clientes específico, mas determinam os métodos de venda, beneficiando, por conseguinte, da isenção por categoria prevista no VBER. As orientações seguintes referem-se à apreciação das restrições às quais o VBER não é aplicável.
- (329) Muitas vezes, são impostas restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços em sistemas de distribuição seletiva. A secção 4.6.2 das presentes orientações estabelece os critérios segundo os quais um sistema de distribuição seletiva não é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, é pouco provável que a proibição da utilização de ferramentas de comparação de preços seja adequada ou necessária para preservar ou assegurar a correta utilização de bens ou serviços contratuais, uma vez que tais ferramentas, geralmente, reencaminham os potenciais clientes para o sítio Web do distribuidor autorizado para efetuar a compra. O fornecedor consegue exercer controlo sobre o sítio Web do distribuidor por meio dos seus critérios de seleção e da imposição de exigências no acordo vertical com o distribuidor.
- (330) Se não forem abrangidas pelo VBER, as restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços que não proibam direta ou indiretamente a sua utilização, por exemplo, os requisitos que exijam que as ferramentas de comparação de preços cumpram determinadas normas de qualidade, podem limitar significativamente a capacidade de o comprador utilizar ferramentas de comparação de preços. Nesses casos, poderá ser necessário apurar se a restrição gera efeitos similares aos do impedimento da utilização de ferramentas de comparação de preços, isto é, danos para os consumidores que consistem no aumento dos custos de pesquisa dos consumidores e no abrandamento da concorrência ao nível dos preços ou a repartição do mercado, que é suscetível de facilitar a discriminação de preços, afetando, em última análise, a concorrência intermarcas e, possivelmente, a concorrência intramarcas. Estas restrições também são suscetíveis de limitarem a concorrência intramarcas, por exemplo, quando um fornecedor não impõe as restrições a todos os seus distribuidores ou quando o próprio fornecedor utiliza ferramentas de comparação de preços abrangidas pela restrição. Se fossem impedidos de contarem com um canal de publicidade em linha potencialmente significativo, os distribuidores apenas exerceriam uma pressão concorrencial limitada sobre o fornecedor ou outros distribuidores que não fizessem face a esta restrição.
- (331) Os fatores relevantes para a apreciação à luz do artigo 101.º, n.º 1, incluem a posição no mercado do fornecedor e dos seus concorrentes; a importância das ferramentas de comparação de preços enquanto canal de publicidade nos mercados do produto e geográficos dos bens ou serviços contratuais; o tipo e o alcance das restrições e a importância relativa de ferramentas de comparação de preços específicas cuja

utilização seja restringida ou proibida, bem como o facto de o fornecedor também impor restrições à capacidade de o distribuidor utilizar outras formas de publicidade em linha. O efeito cumulativo de todas essas outras restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços deve ser tido em conta.

- (332) Tal como referido no ponto 323 das presentes orientações, as restrições à utilização de ferramentas de comparação de preços podem gerar ganhos de eficiência, nomeadamente, associados à garantia da proteção da marca ou de um determinado nível de serviços ou à redução das oportunidades de contrafação. Em consonância com as condições do artigo 101.º, n.º 3, a apreciação tem de ter em consideração o facto de tais ganhos de eficiência serem suscetíveis de serem alcançados por meios menos restritivos. Tal pode acontecer nos casos em que a ferramenta de comparação de preços também inclui comparações ou análises associadas à qualidade dos bens ou serviços em causa, ao apoio ao cliente, à fiabilidade do distribuidor ou a outras características das ofertas dos distribuidores. A apreciação de justificações relacionadas com a qualidade à luz do artigo 101.º, n.º 3, deve ter em conta que a venda não ocorre na própria ferramenta de comparação de preços, mas sim no sítio Web do distribuidor, o qual, com base no acordo de distribuição celebrado com o fornecedor, deve cumprir os requisitos de qualidade do fornecedor.

8.2.5. Obrigações de paridade

- (333) As obrigações de paridade, também designadas por cláusulas da nação mais favorecida (NMF) ou acordos de paridade entre plataformas (*across-platform parity agreements*), exigem que um fornecedor de bens ou prestador de serviços ofereça os bens ou serviços a outra parte em condições não menos favoráveis do que as oferecidas a outras partes ou noutros canais. As condições podem dizer respeito aos preços, às existências, à disponibilidade ou a outras condições inerentes à oferta ou venda. A obrigação pode ser expressa ou pode ser aplicada por outros meios diretos ou indiretos, como os preços diferenciados ou outros incentivos ou medidas cuja aplicação dependa das condições em que o fornecedor oferece os seus bens ou serviços a determinadas partes ou em determinados canais.
- (334) As obrigações de paridade impostas por prestadores de serviços de intermediação em linha (por exemplo, mercados em linha ou ferramentas de comparação de preços) relacionadas com as condições em que os bens ou serviços são oferecidos a utilizadores finais (consumidores finais ou outras empresas) são geralmente designadas por obrigações de paridade retalhista. Para que este tipo de obrigações seja eficaz, o fornecedor de bens ou prestador de serviços que aceita a obrigação, geralmente, tem de conseguir controlar o preço e outras condições da oferta dos seus bens ou serviços em canais retalhistas a que a obrigação diz respeito. Os prestadores de serviços de intermediação em linha a montante podem utilizar obrigações de paridade similares relacionadas com as condições em que os bens ou serviços são oferecidos a empresas que não sejam utilizadores finais (por exemplo, a retalhistas). As obrigações de paridade utilizadas por compradores incluem obrigações impostas por fabricantes, grossistas ou retalhistas relacionadas com as condições em que compram os fatores de produção junto de fornecedores.
- (335) Pode ser feita uma outra distinção que diz respeito aos canais abrangidos pela obrigação de paridade. Esta obrigação pode dizer respeito aos canais de vendas utilizados por um fornecedor de bens ou prestador de serviços (canais diretos); aos canais utilizados por terceiros (canais indiretos); ou a todos os canais. As obrigações de paridade que apenas dizem respeito aos canais diretos são, muitas vezes,

designadas por obrigações de paridade «restrita» (*narrow parity obligations*), ao passo que as que dizem respeito a todos os canais são designadas por obrigações de paridade «ampla» (*wide parity obligations*).

- (336) Com a exceção das obrigações de paridade entre plataformas definidas no artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do VBER, a isenção por categoria é aplicável a todos os tipos de obrigação de paridade em acordos verticais, desde que as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam, cada uma delas, 30 %. As orientações seguintes referem-se à apreciação das obrigações de paridade entre plataformas na aceção do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do VBER e de outros tipos de obrigações de paridade em casos individuais acima do limiar da quota de mercado.

8.2.5.1. Obrigações de paridade retalhista entre plataformas

- (337) As obrigações de paridade retalhista que levam um comprador de serviços de intermediação em linha a não oferecer, vender ou revender bens ou serviços a utilizadores finais nas condições mais favoráveis por meio de serviços de intermediação em linha concorrentes, definidas no artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do VBER, são mais suscetíveis de gerarem efeitos anticoncorrenciais líquidos do que outros tipos de obrigações de paridade. As obrigações de paridade retalhista entre plataformas podem restringir a concorrência da seguinte forma:

- (a) Podem abrandar a concorrência e facilitar a colusão entre prestadores de serviços de intermediação em linha. Nomeadamente, é mais provável que um fornecedor que imponha este tipo de obrigação de paridade seja capaz de aumentar o preço ou reduzir a qualidade dos seus serviços de intermediação sem perder quota de mercado. Independentemente do preço ou da qualidade dos seus serviços, os vendedores de bens ou serviços que decidam utilizar a sua plataforma são obrigados a oferecer na plataforma condições, no mínimo, tão favoráveis quanto as que oferecem em plataformas concorrentes;
- (b) Podem impedir a entrada ou expansão de prestadores de serviços de intermediação em linha novos ou de menores dimensões, restringindo a sua capacidade de oferecer aos compradores e utilizadores finais combinações diferenciadas de preços e serviços.

- (338) Na apreciação deste tipo de obrigação de paridade, são fundamentais fatores como a quota de compradores dos serviços de intermediação em linha abrangidos pelas obrigações; o comportamento em matéria de conectividade dos compradores de serviços de intermediação em linha e dos utilizadores finais (quantas plataformas intermediárias utilizam); a posição no mercado do fornecedor que impõe a obrigação e a dos seus concorrentes; a existência de obstáculos à entrada no mercado relevante de serviços de intermediação em linha e o impacto das vendas diretas por compradores dos serviços.

- (339) A proporção de compradores de serviços de intermediação em linha sujeitos às obrigações de paridade e o comportamento em matéria de conectividade desses compradores são importantes, uma vez que podem indicar que as obrigações de paridade de um fornecedor restringem a concorrência no que respeita a uma parte da procura que excede a quota de mercado do fornecedor. Por exemplo, um prestador de serviços de intermediação em linha pode ter uma quota de mercado de 20 % das transações totais efetuadas por meio desses serviços, mas os compradores a que impõe obrigações de paridade entre plataformas podem representar mais de 50 % das transações totais das plataformas, uma vez que os compradores utilizam diversas

plataformas. Neste caso, as obrigações de paridade do fornecedor restringem a concorrência relativamente a mais de metade da procura relevante total.

- (340) Muitas vezes, os compradores de serviços de intermediação em linha recorrem à multiconectividade a fim de chegar aos clientes que utilizam apenas uma única plataforma, não alternando entre plataformas. Os modelos de negócios de plataforma em que o comprador só tem de pagar a utilização do serviço de intermediação quando gera uma transação incentivam à multiconectividade dos compradores. Tal como explicado acima, a multiconectividade por parte dos compradores de serviços de intermediação em linha pode aumentar a parte da procura total desses serviços que é afetada pelas obrigações de paridade de um fornecedor. Além disso, a utilização de uma única plataforma pelos utilizadores finais pode significar que cada prestador de serviços de intermediação controla o acesso a um grupo distinto de utilizadores finais, o que pode reforçar o poder de negociação do fornecedor e a sua capacidade de imposição de obrigações de paridade.
- (341) Geralmente, os efeitos restritivos das obrigações de paridade entre plataformas serão mais graves quando estas são utilizadas por um ou mais prestadores de serviços de intermediação em linha líderes. Quando estes prestadores têm modelos de negócios similares, as obrigações de paridade são suscetíveis de reduzir a possibilidade de perturbação do modelo. Este tipo de obrigação também pode permitir a um líder de mercado manter a sua posição face a fornecedores de menores dimensões.
- (342) Os mercados de prestação de serviços de intermediação em linha, muitas vezes, caracterizam-se por terem obstáculos significativos à entrada e à expansão, o que pode agravar os efeitos negativos das obrigações de paridade. Estes mercados, muitas vezes, apresentam efeitos de rede indiretos positivos: os prestadores novos ou de menores dimensões desses serviços têm dificuldades em atrair compradores porque as suas plataformas dão acesso a um número insuficiente de utilizadores finais. Se forem consumidores finais, os utilizadores finais também podem criar obstáculos como a fidelidade à marca, a conectividade a uma única plataforma e as estratégias de vinculação tecnológica por parte dos prestadores de serviços de intermediação em linha.
- (343) Os compradores de serviços de intermediação em linha também podem vender bens ou serviços diretamente aos utilizadores finais. Estas vendas diretas podem limitar a capacidade de os prestadores de serviços de intermediação em linha aumentarem o preço dos seus serviços. Por conseguinte, é necessário apurar a parte das vendas de bens e serviços objeto de intermediação realizadas por canais diretos e por canais indiretos, bem como o grau de substituíbilidade destes canais, do ponto de vista dos fornecedores de bens e prestadores de serviços e dos utilizadores finais.
- (344) As obrigações de paridade retalhista entre plataformas são suscetíveis de produzirem efeitos restritivos sensíveis se forem impostas aos compradores que representem uma proporção significativa da procura total dos serviços de intermediação em linha relevantes. No caso de um efeito cumulativo, geralmente, os efeitos restritivos só serão atribuídos às obrigações de paridade dos fornecedores cuja quota de mercado ultrapasse 5 %.
- (345) Em princípio, os retalhistas também podem impor obrigações de paridade retalhista relativamente às condições em que os retalhistas concorrentes oferecem os bens ou serviços de um fornecedor a utilizadores finais. No entanto, em geral, quando diz respeito aos preços, este tipo de obrigação de paridade exige que o fornecedor de bens ou serviços que aceita a obrigação imponha um preço de revenda mínimo aos

retalhistas concorrentes abrangidos pela obrigação. Nos termos do VBER, a IPR constitui uma restrição grave, tendo por objetivo, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, a restrição da concorrência. Caso as empresas consigam aplicar tais obrigações de paridade retalhista em conformidade com as regras relativas à imposição de um preço de revenda mínimo, as obrigações são abrangidas pela isenção por categoria. Acima do limiar da quota de mercado da isenção por categoria, são aplicáveis, com as devidas adaptações, as orientações constantes dos pontos 337 a 344 das presentes orientações.

8.2.5.2. Obrigações de paridade retalhista relativas aos canais de vendas diretos

- (346) As obrigações de paridade retalhista impostas por prestadores de serviços de intermediação em linha relacionadas com as condições em que os compradores dos serviços podem oferecer bens ou serviços a utilizadores finais nos seus canais de vendas diretos (paridade «restrita») impedem que esses compradores induzam os utilizadores finais a mudarem para o canal direto oferecendo condições mais favoráveis (subcotação). Sob determinadas condições, em particular quando a concorrência na prestação de serviços de intermediação em linha é limitada, as obrigações de paridade restrita podem permitir que os prestadores de serviços de intermediação em linha mantenham um preço mais elevado para os seus serviços, conduzindo a preços de retalho mais elevados para os bens ou serviços objeto de intermediação em todos os canais de venda. Os fatores relevantes para a apreciação deste tipo de restrição incluem a posição no mercado do fornecedor que impõe a obrigação de paridade, a dimensão relativa dos canais de vendas diretos abrangidos pela obrigação, a substituíbilidade dos canais diretos e indiretos do ponto de vista dos fornecedores de bens ou serviços e dos utilizadores finais e o facto de as restrições serem impostas por diversos prestadores de serviços de intermediação (efeitos cumulativos).
- (347) Além disso, sob certas condições, as obrigações de paridade retalhista relacionadas com os canais de vendas diretos podem produzir indiretamente efeitos restritivos equivalentes aos produzidos por obrigações de paridade retalhista entre plataformas. Em princípio, um comprador de serviços de intermediação em linha sujeito a uma obrigação de paridade retalhista restrita pode diferenciar a sua oferta entre as plataformas intermediárias que utiliza («multiconectividade»). No entanto, para tal, tem de oferecer nos seus canais diretos condições que não sejam mais favoráveis do que as condições que oferece na plataforma intermediária «mais dispendiosa» com a qual tenha um acordo de paridade relativo aos canais diretos. Dependendo de fatores como a percentagem de vendas realizadas em cada canal, os custos da utilização de cada canal e a elasticidade da procura de bens ou serviços objeto de intermediação nos canais de vendas, poderão não existir incentivos suficientes para que os compradores e prestadores de serviços de intermediação encontrem um compromisso relacionado com o preço desses serviços e as condições em que os bens ou serviços são intermediados por meio do serviço. Este resultado é, geralmente, mais provável se uma parte significativa das vendas ocorrer no canal direto e se diversos prestadores impuserem obrigações de paridade retalhista relacionadas com os canais diretos.
- (348) As obrigações de paridade retalhista impostas por prestadores de serviços de intermediação em linha relacionadas com os canais de vendas diretos são suscetíveis de produzirem efeitos restritivos sensíveis quando uma quantidade de compradores que represente uma parte significativa da procura total de serviços de intermediação em linha esteja sujeita a estas obrigações ou a obrigações de paridade retalhista entre

plataformas. A Comissão ou uma autoridade nacional da concorrência pode realizar uma apreciação similar, na sequência de uma apreciação da retirada do benefício do VBER, se as quotas de mercado dos fornecedores relevantes não ultrapassarem o limiar de 30 %.

8.2.5.3. Obrigações de paridade relacionadas com condições não retalhistas

- (349) As obrigações de paridade impostas por prestadores de serviços de intermediação em linha a montante relacionadas com as condições em que os bens ou serviços são oferecidos a empresas que não sejam utilizadores finais estão abrangidas pela isenção por categoria. Este tipo de obrigação é suscetível de desincentivar a concorrência entre prestadores de serviços de intermediação em linha da mesma forma que as obrigações de paridade retalhista, pelo que as orientações constantes dos pontos 337 a 348 das presentes orientações continuam a ser relevantes. Tal é aplicável, em especial, se não houver uma diferença significativa entre os preços ou outras condições em que os bens ou serviços objeto de intermediação são oferecidos nos estádios a montante e retalhista, como pode ocorrer quando a intermediação diz respeito a bens ou serviços finais¹²¹. No entanto, para a apreciação deste tipo de obrigação de paridade, também é necessário ter em conta as condições da concorrência a jusante, ou seja, entre as empresas que adquirem os bens ou serviços objeto de intermediação.
- (350) Em contrapartida, as obrigações de paridade relacionadas com as condições em que os bens ou serviços são adquiridos enquanto fatores de produção pelos fabricantes, grossistas ou retalhistas não afetam diretamente as condições em que estas empresas concorrem a jusante, pelo que é menos provável que as orientações para a apreciação das obrigações de paridade retalhista sejam relevantes. A principal preocupação suscitada pelas obrigações de paridade relacionadas com as condições em que os bens ou serviços são adquiridos enquanto fatores de produção, diz respeito ao facto de poderem reduzir os incentivos à concorrência dos fornecedores de fatores de produção e, por conseguinte, aumentar os preços dos mesmos. Os fatores relevantes para a apreciação incluem a dimensão relativa e o poder de mercado do fornecedor e do comprador que acordam a obrigação de paridade, a proporção do mercado relevante abrangida por obrigações similares e o custo do fator de produção em causa em comparação com os custos totais dos compradores.

8.2.5.4. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

- (351) Quando as obrigações de paridade produzem efeitos restritivos sensíveis, é necessário apreciar as eventuais justificações dos ganhos de eficiência à luz do artigo 101.º, n.º 3. A justificação mais comum dada pelos prestadores de serviços de intermediação em linha prende-se com a necessidade de resolver um problema de parasitismo. Por exemplo, os prestadores podem não ter um incentivo a investirem no desenvolvimento da sua plataforma, em serviços pré-venda ou em promoção que aumente a procura se os benefícios desses investimentos em termos de aumento das vendas reverterem a favor de plataformas concorrentes ou canais de venda diretos, que podem oferecer os mesmos bens ou serviços em condições mais favoráveis.
- (352) Entre os fatores relevantes incluem-se a questão de saber se os investimentos do prestador de serviços de intermediação em linha proporcionam benefícios objetivos,

¹²¹ Em alguns casos, a obrigação de paridade pode dizer respeito a condições oferecidas tanto no estádio a montante como no retalhista.

ou seja, se acrescentam valor para os consumidores; se o risco de parasitismo é real e substancial e se o tipo específico e o alcance da obrigação de paridade são indispensáveis para os benefícios objetivos a alcançar. O nível provável de parasitismo tem de ser suficiente para afetar significativamente os incentivos ao investimento no serviço de intermediação em linha. São particularmente relevantes os elementos que comprovem em que medida os utilizadores dos serviços de intermediação recorrem à multiconectividade, não obstante o facto de também ser necessário ter em conta a possibilidade de o seu comportamento ser influenciado pelos efeitos das obrigações de paridade. Se o prestador de serviços de intermediação em linha ou os seus concorrentes exercerem atividade em mercados comparáveis utilizando obrigações de paridade menos restritivas ou nenhuma obrigação de paridade, tal poderá indicar que as obrigações não são indispensáveis. Quando a prestação de serviços de intermediação em linha está altamente concentrada e apresenta obstáculos significativos à entrada, a necessidade de proteger a concorrência residual pode superar os eventuais ganhos de eficiência. As outras justificações relacionadas com os benefícios gerais que as plataformas de transações proporcionam, como a centralização das despesas promocionais dos fornecedores, o aumento da transparência ao nível dos preços ou a redução dos custos de transação, só satisfarão as condições do artigo 101.º, n.º 3, se o prestador de serviços de intermediação em linha puder demonstrar a existência de um nexo de causalidade direto entre o alegado benefício e a utilização de um tipo específico de obrigação de paridade.

- (353) Em geral, as obrigações de paridade retalhista relacionadas com os canais de venda diretos são mais suscetíveis de preencherem as condições do artigo 101.º, n.º 3. Tal deve-se, sobretudo, ao facto de os seus efeitos restritivos serem geralmente menos graves do que os das obrigações de paridade entre plataformas e, por conseguinte, mais suscetíveis de serem compensados pelos ganhos de eficiência. Além disso, o risco de parasitismo por parte dos fornecedores de bens ou serviços por meio dos seus canais de vendas diretos pode ser mais elevado, uma vez que estes fornecedores, geralmente, recebem uma margem por unidade superior nas vendas pelos seus canais diretos do que em vendas indiretas.

8.2.6. *Taxas de acesso pagas antecipadamente*

- (354) As taxas de acesso pagas antecipadamente são encargos fixos que os fornecedores pagam aos distribuidores no âmbito de uma relação vertical, no início do período relevante, a fim de obter acesso à sua rede de distribuição e remunerar os serviços prestados aos fornecedores pelos retalhistas. Esta categoria engloba diversas práticas como as taxas relativas ao espaço nas prateleiras (*slotting allowances*)¹²², ou à manutenção de um produto nas prateleiras (*pay-to-stay fees*)¹²³, pagamentos relativos ao acesso às campanhas promocionais do distribuidor, etc. A presente secção contém orientações para a apreciação de taxas de acesso pagas antecipadamente em casos individuais acima do limiar da quota de mercado estabelecido no artigo 3.º do VBER.

¹²² Taxas fixas que os fabricantes pagam aos retalhistas a fim de obterem acesso ao seu espaço de prateleira.

¹²³ Pagamentos únicos efetuados para garantir a permanência de um produto existente na prateleira durante um período adicional.

- (355) Por vezes, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem resultar na exclusão anticoncorrencial de outros distribuidores. Por exemplo, uma taxa elevada pode incentivar um fornecedor a efetuar uma quantidade substancial das suas vendas por meio de um distribuidor ou de um número limitado de distribuidores a fim de cobrir os custos da taxa. Neste caso, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem ter o mesmo efeito de exclusão a jusante que uma obrigação de fornecimento exclusivo. Para apreciar a probabilidade deste tipo de efeito negativo, podem ser aplicadas, por analogia, as orientações relativas às obrigações de fornecimento exclusivo (em especial os pontos 305 a 310).
- (356) As taxas de acesso pagas antecipadamente podem, excecionalmente, produzir efeitos anticoncorrenciais de exclusão a montante. Por exemplo, se o distribuidor tiver uma posição negocial sólida ou se a utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente estiver generalizada, estes pagamentos podem aumentar os obstáculos à entrada para os pequenos fornecedores. Para apreciar a probabilidade deste tipo de efeito negativo, podem ser aplicadas, por analogia, as orientações relativas às obrigações de marca única (em especial os pontos 284 a 293 das presentes orientações). A apreciação também tem de ter em conta a possibilidade de o distribuidor em causa vender produtos concorrentes sob a sua própria marca. Neste caso, podem ser surgir preocupações horizontais, pelo que, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, do VBER, a isenção por categoria não é aplicável (ver secção 4.4.3 das presentes orientações).
- (357) Para além dos eventuais efeitos de exclusão, as taxas de acesso pagas antecipadamente podem provocar um abrandamento da concorrência e facilitar a colusão entre distribuidores. Estes encargos são suscetíveis de fazer aumentar o preço dos produtos contratuais cobrado pelo fornecedor, uma vez que este tem de cobrir estas despesas. O aumento dos preços de fornecimento pode reduzir o incentivo para os retalhistas concorrerem a nível dos preços no mercado a jusante, enquanto os lucros dos distribuidores aumentam devido ao pagamento de taxas de acesso. Para que se verifique esta redução da concorrência entre distribuidores, através da utilização cumulativa de taxas de acesso pagas antecipadamente, é habitualmente necessário que o mercado da distribuição seja um mercado altamente concentrado.
- (358) Contudo, a utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente pode, em muitos casos, contribuir para uma afetação eficiente do espaço de prateleiras aos novos produtos. Quando os fornecedores lançam novos produtos, muitas vezes, os distribuidores dispõem de menos informações do que os fornecedores quanto à probabilidade de o novo produto ser bem-sucedido, o que pode conduzir a que armazenem uma quantidade subotimizada dos produtos. As taxas de acesso pagas antecipadamente podem ser utilizadas para reduzir esta assimetria de informação entre os fornecedores e os distribuidores, permitindo expressamente aos fornecedores que entrem em concorrência a nível do espaço de prateleiras. Desta forma, o distribuidor pode ser informado previamente dos produtos que terão maiores probabilidades de êxito, uma vez que, geralmente, o fornecedor só estará disposto a suportar uma taxa de acesso paga antecipadamente se considerar que existe uma reduzida probabilidade de fracasso no lançamento do produto.
- (359) Por outro lado, devido à assimetria de informação referida no ponto precedente, os fornecedores podem ter incentivos para recorrerem ao «parasitismo» em relação aos esforços promocionais dos distribuidores, a fim de introduzirem produtos subotimizados. Se um produto não for bem-sucedido, os distribuidores pagarão parte dos custos do seu fracasso. A utilização de taxas de acesso pagas antecipadamente

pode impedir tais comportamentos de «parasitismo», transferindo o risco de fracasso do produto novamente para os fornecedores e criando, assim, uma taxa otimizada de lançamento de novos produtos.

8.2.7. *Acordos de gestão por categoria*

- (360) Os acordos de gestão por categoria são acordos através dos quais, no âmbito de um contrato de distribuição, o distribuidor confia ao fornecedor (o «líder da categoria») a comercialização de uma categoria de produtos que incluem, geralmente, não só os produtos do fornecedor, mas também os produtos dos seus concorrentes. Por conseguinte, o líder da categoria pode, por exemplo, influenciar a colocação e a promoção do produto no estabelecimento e a seleção de produtos por parte do estabelecimento. Os acordos de gestão por categoria são abrangidos pela isenção por categoria quando as quotas de mercado do líder da categoria e do distribuidor não ultrapassam 30 % e não incluem restrições graves, por exemplo, restrições da capacidade de o distribuidor estabelecer o seu preço de venda na aceção do artigo 4.º, alínea a), do VBER.
- (361) Na maioria dos casos, os acordos de gestão por categoria não suscitam preocupações à luz do artigo 101.º No entanto, por vezes, são suscetíveis de provocar uma distorção da concorrência entre fornecedores, resultando numa exclusão anticoncorrencial de outros fornecedores quando o líder da categoria pode, devido à sua influência sobre as decisões de comercialização do distribuidor, limitar ou prejudicar a distribuição de produtos dos fornecedores concorrentes.
- (362) Em geral, os distribuidores não terão interesse em limitar a sua escolha de produtos. No entanto, podem ter incentivos a excluir determinados fornecedores, em especial quando o distribuidor também venda produtos concorrentes sob a sua própria marca. Para apreciar a probabilidade deste efeito de encerramento do mercado a montante, podem ser aplicadas, por analogia, as orientações relativas às obrigações de marca única (em especial os pontos 284 a 293 das presentes orientações). Esta apreciação tem de ter em conta, nomeadamente, a cobertura do mercado dos acordos de gestão por categoria e o eventual efeito cumulativo de tais acordos, por um lado, e a posição no mercado de fornecedores concorrentes e do distribuidor, por outro.
- (363) Além disso, os acordos de gestão por categoria podem facilitar a colusão entre distribuidores quando o mesmo fornecedor atua como líder da categoria para a totalidade ou a quase totalidade dos distribuidores concorrentes num determinado mercado e proporciona a estes distribuidores um ponto de referência comum para as suas decisões de comercialização.
- (364) Os acordos de gestão por categorias podem também facilitar a colusão entre fornecedores através de um aumento das oportunidades de trocar informações de mercado sensíveis através dos retalhistas, como por exemplo informações relativas à futura política de preços, planos promocionais ou campanhas publicitárias. O VBER não abrange tais intercâmbios de informações diretos entre concorrentes (ver ponto 83 das presentes orientações).
- (365) No entanto, a utilização de acordos de gestão por categoria pode igualmente proporcionar ganhos de eficiência. Os acordos de gestão por categoria podem permitir que os distribuidores tenham acesso à capacidade de comercialização do fornecedor relativamente a um determinado grupo de produtos e obtenham economias de escala, uma vez que garantem que a quantidade otimizada de produtos chega atempada e diretamente às prateleiras. Na generalidade, quanto maior for a

concorrência intermarcas e quanto menores forem os custos de mudança dos consumidores' maiores serão os benefícios económicos proporcionados pelos acordos de gestão por categoria.

8.2.8. *Subordinação*

- (366) A subordinação diz respeito a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são também obrigados a comprar um outro produto distinto (produto subordinado) junto do mesmo fornecedor ou de alguém por ele designado. Tal prática pode constituir um abuso nos termos do artigo 102.^o¹²⁴. A subordinação pode igualmente constituir a uma restrição vertical na aceção do artigo 101.^o, quando der origem a uma obrigação do tipo da marca única (ver pontos 281 a 302 das presentes orientações) no que se refere ao produto subordinado. As presentes orientações tratam apenas desta última situação.
- (367) O facto de os produtos serem considerados produtos distintos depende da procura dos clientes. Dois produtos são distintos se, na ausência de subordinação, um número significativo de clientes teria comprado o produto subordinante sem comprar igualmente o produto subordinado junto do mesmo fornecedor, permitindo assim a produção autónoma tanto do produto subordinante como do produto subordinado¹²⁵. Entre os elementos que comprovam que dois produtos são distintos figuram elementos de prova diretos de que, se tiverem escolha, os clientes adquirem os produtos subordinante e subordinado separadamente junto de fontes de fornecimento diferentes ou elementos de prova indiretos, como a presença no mercado de empresas especializadas no fabrico ou venda do produto subordinado sem o produto subordinante¹²⁶ ou ainda elementos de prova que indiquem que empresas com um reduzido poder de mercado, principalmente em mercados concorrenciais, habitualmente não subordinam nem agrupam tais produtos. Por exemplo, uma vez que os clientes pretendem comprar sapatos com atacadores e não é possível em termos práticos que os distribuidores coloquem nos sapatos novos atacadores à sua escolha, tornou-se um hábito comercial que os fabricantes forneçam sapatos com atacadores. Por conseguinte, a venda de sapatos com atacadores não constitui uma prática de subordinação.
- (368) A subordinação pode provocar efeitos de encerramento anticoncorrenciais no mercado subordinado, no mercado subordinante ou em ambos simultaneamente. O efeito de encerramento depende da percentagem subordinada das vendas totais no mercado do produto subordinado. Quanto à questão de saber o que pode ser considerado um encerramento sensível, nos termos do artigo 101.^o, n.º 1, pode ser aplicada a análise apresentada a propósito da marca única. A subordinação significa que existe pelo menos uma forma de obrigação de compra de uma determinada quantidade por parte do comprador no que se refere ao produto subordinado. Quando, além disso, é acordada uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinado, verifica-se um reforço do eventual efeito de encerramento no mercado do produto subordinado. A subordinação pode provocar uma diminuição da concorrência para os clientes interessados em adquirir o produto subordinado, mas

¹²⁴ Acórdão no processo C-333/94 P, Tetrapak/Comissão, EU:C:1996:436, n.º 37. Ver igualmente Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JO C 45 de 24.2.2009, p. 7.

¹²⁵ Acórdão no processo T-201/04, Microsoft/Comissão, EU:T:2007:289, n.ºs 917, 921 e 922.

¹²⁶ Ver acórdão no processo T-30/89, Hilti/Comissão, EU:T:1991:70, n.º 67.

não o produto subordinante. Se não existir um número suficiente de clientes que adquiram exclusivamente o produto subordinado, de forma a manter os concorrentes do fornecedor no mercado subordinado, a subordinação pode fazer com que tais clientes enfrentem preços mais elevados. Se o produto subordinado constitui um produto complementar importante para os clientes do produto subordinante, uma redução dos fornecedores alternativos do produto subordinado e, por conseguinte, uma redução da disponibilidade desse produto, pode tornar mais difícil a entrada apenas no mercado subordinante.

- (369) A subordinação pode igualmente conduzir a preços supraconcorrenciais especialmente em três situações. Em primeiro lugar, quando o produto subordinante e o produto subordinado podem ser utilizados em proporções variáveis enquanto fatores num processo de produção, os clientes podem reagir a um aumento do preço do produto subordinante aumentando a sua procura do produto subordinado e diminuindo a sua procura do produto subordinante. Ao subordinar os dois produtos, o fornecedor pode tentar evitar esta substituição e, assim, estar em condições de aumentar os preços. Em segundo, quando a subordinação permite uma discriminação a nível dos preços consoante o fim para que o cliente utiliza o produto subordinante, por exemplo, a subordinação de cartuchos de tinta à venda de fotocopiadoras. Em terceiro, quando em caso de contratos de longa duração ou no caso de mercados pós-venda de equipamentos originais que só serão substituídos a longo prazo, se torna difícil para os clientes calcularem as consequências da subordinação.
- (370) A subordinação beneficia de uma isenção ao abrigo do Regulamento de Isenção por Categoria quanto a quota de mercado do fornecedor, tanto no mercado do produto subordinado como no mercado do produto subordinante, e a quota de mercado do comprador nos mercados relevantes a montante, não excedem 30 %. Pode ser combinada com outras restrições verticais, que não sejam restrições graves nos termos do mesmo regulamento, tais como obrigações de não concorrência ou de compra de uma determinada quantidade no que se refere ao produto subordinante ou uma obrigação de abastecimento exclusivo. O restante da presente secção contém orientações para a apreciação da subordinação em casos individuais acima do limiar de quota de mercado.
- (371) A posição do fornecedor no mercado do produto subordinante é obviamente de grande importância para uma apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais. Em geral, este tipo de acordo é imposto pelo fornecedor. A importância do fornecedor no mercado do produto subordinante constitui a principal razão pela qual um comprador pode considerar difícil recusar uma obrigação de subordinação.
- (372) Para avaliar o poder de mercado do fornecedor é importante a posição dos seus concorrentes no mercado do produto subordinante. Desde que os seus concorrentes sejam suficientemente numerosos e fortes, não são de prever quaisquer efeitos anticoncorrenciais, uma vez que os compradores dispõem de alternativas suficientes para adquirirem o produto subordinante sem o produto subordinado, a não ser que outros fornecedores apliquem um sistema de subordinação semelhante. Por outro lado, os obstáculos à entrada no mercado do produto subordinante são importantes para determinar a posição do fornecedor no mercado. Quando a subordinação é combinada com uma obrigação de não concorrência relativamente ao produto subordinante, assiste-se a um reforço considerável da posição do fornecedor.
- (373) O poder de compra é relevante, uma vez que compradores importantes não serão facilmente forçados a aceitar a subordinação sem obterem pelo menos parte dos

eventuais ganhos de eficiência. Por conseguinte, a subordinação não baseada neste tipo de ganhos constitui sobretudo um risco no caso de compradores que não possuam um poder de compra significativo.

- (374) Quando são detetados efeitos anticoncorrenciais sensíveis, surge a questão de saber se as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas. As obrigações de subordinação podem contribuir para produzir ganhos de eficiência resultantes da produção ou da distribuição conjuntas. No caso de o produto subordinado não ser fabricado pelo fornecedor, pode igualmente surgir um ganho de eficiência resultante do facto de o fornecedor adquirir grandes quantidades do produto subordinado. No entanto, para que a subordinação preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, é necessário demonstrar que pelo menos parte destas reduções em termos de custos são repercutidas no consumidor, o que geralmente não acontece quando o retalhista consegue obter, regularmente, fornecimentos dos mesmos produtos ou de produtos equivalentes em condições iguais ou mais favoráveis do que as oferecidas pelo fornecedor que recorre à prática de subordinação. Pode existir um outro ganho de eficiência quando a subordinação contribui para garantir uma certa uniformidade e normalização em termos de qualidade [ver ponto 14, alínea h)]. Contudo, é necessário demonstrar que os efeitos positivos não podem ser realizados de forma igualmente eficaz exigindo que o comprador utilize ou revenda produtos que satisfaçam normas mínimas de qualidade, sem exigir que o comprador os adquira ao fornecedor ou a alguém por ele designado. Os requisitos relativos às normas mínimas de qualidade não seriam normalmente abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Quando o fornecedor do produto subordinante impõe ao comprador os fornecedores a quem este deve adquirir o produto subordinado, por exemplo, devido ao facto de não ser possível a formulação de normas mínimas de qualidade, esta situação pode também não ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, especialmente quando o fornecedor do produto subordinante não obtém um benefício (financeiro) direto da designação dos fornecedores do produto subordinado.