

12

DLC COUNTDOWN



NEWSLETTER 12 DO DLC E SRS SOBRE NOVAS REGRAS DE ACORDOS VERTICAIS ENTRE EMPRESAS

QUESTÕES “VERTICAIS” EM DESTAQUE: RESTRIÇÕES DE VENDAS ATIVAS CONDIÇÃO DE EXCLUSIVIDADE

O QUÊ?

Os conceitos de “vendas ativas” e “vendas passivas” são clássicos no mundo dos acordos verticais. **Vendas ativas** envolvem variadas formas de abordagem direta a um determinado grupo de clientes ou território. **Vendas passivas** consistem em transações resultantes de pedidos não solicitados de clientes sem que tenha havido uma abordagem ativa prévia a esses clientes.

De uma forma mais concreta: se um distribuidor envia uma carta ou email de publicidade a um determinado cliente, está a realizar uma venda ativa se, em consequência, o cliente lhe fizer uma encomenda. Pelo contrário, se o cliente tiver consultado a publicidade geral colocada numa revista e visitar a loja do distribuidor, a venda daí resultante é uma venda passiva. Há numerosas variantes do mesmo tema, mas a linha divisória em termos jurídicos é clara. **Depende da parte que leva a cabo uma iniciativa direcionada à conclusão de uma transação.** No caso das vendas ativas, é o distribuidor que o faz. No caso das vendas passivas, a iniciativa parte do cliente.

De forma a proteger os esforços e investimentos feitos pelos distribuidores exclusivos, o regime de isenção por categoria aceita, sob condições exigentes, que outros distribuidores possam ser obrigados a abster-se de realizar vendas ativas no território ou a um grupo de clientes que está alocado a um distribuidor exclusivo.

Esta *newsletter* aborda a primeira de três condições (a **condição de exclusividade**) que deve ser cumprida para que as restrições de vendas ativas sejam compatíveis com a isenção por categoria e dessa forma automaticamente isentas ao abrigo das regras de concorrência da UE. Dada a

complexidade da matéria, as outras duas condições (o requisito da imposição paralela e a proibição de *roll-over*) serão tratadas separadamente nas duas próximas *newsletters* (n.ºs 13 e 14).

O REGIME ATUAL

O “Regulamento das Verticais” atual coloca a imposição de restrições de vendas ativas e passivas, em princípio, na lista negra. Existe, contudo, uma exceção sujeita a **condições cumulativas exigentes**.

Antes de abordarmos essas condições, é importante referir que tal exceção não se aplica para proteger distribuidores seletivos. Os distribuidores seletivos não podem ser protegidos contra vendas ativas por outros distribuidores (que estejam ativos ao nível do retalho) a clientes finais localizados no seu território. Além disso, a exceção cobre restrições de vendas ativas, mas nunca restrições de vendas passivas. Estas estão sempre na lista negra.

A **primeira condição** é que **a restrição de vendas ativas deve ser aplicável a um território determinado ou grupo de clientes que esteja ou reservado ao fornecedor ou alocado exclusivamente a um distribuidor**. As “Orientações Verticais” atuais são claras no sentido de que a exceção apenas se aplica se o grupo de clientes ou território estiver alocado a um (*i.e.* a um único) distribuidor. Assim, restrições de vendas ativas não são possíveis se o grupo de clientes ou território for partilhado entre mais distribuidores ou se o fornecedor tiver preservado contratualmente a liberdade de nomear mais distribuidores.

As partes têm **liberdade absoluta** na definição do grupo de clientes ou território. Isto torna mais fácil assegurar que a primeira condição (um único distribuidor) é preenchida. Na prática, os fornecedores trabalham frequentemente com mapas nos quais as fronteiras geográficas dos territórios estão indicadas e tais fronteiras estão definidas de modo a que seja fácil provar que a primeira condição está preenchida.

O FUTURO A PARTIR DE 1 DE JUNHO DE 2022?

As propostas da Comissão alteram a primeira condição em dois aspetos.

O primeiro é o abandono do requisito de não haver mais do que um único distribuidor no território relevante ou a quem um grupo de clientes é alocado. É suficiente que um número limitado de distribuidores seja alocado ao território ou ao grupo de clientes. Isto significa na prática que a chamada **exclusividade partilhada** também está coberta pela exceção que garante a isenção por categoria a restrições de vendas ativas. O segundo é que as partes parecem perder alguma liberdade na definição do território ou grupo de clientes envolvidos. A proposta estabelece que o número de distribuidores

deve ser determinado proporcionalmente ao território alocado ou grupo de clientes, de modo a que **fique assegurada uma certa escala de negócio que justifique os seus esforços de investimento**. É desnecessário dizer que este novo teste deixa uma grande margem para debate.

EM TERMOS PRÁTICOS

As propostas da Comissão trazem **flexibilidade adicional** no que respeita a restrições de vendas ativas. Não é necessário dividir territórios ou grupos de clientes de uma forma artificial para cumprir a condição de ter um único distribuidor que seja protegido pela restrição de vendas ativas impostas a outro distribuidor. Situações de exclusividade partilhada que façam sentido do ponto de vista do negócio podem ser preservadas. Um exemplo típico é o de uma grande cidade onde é nomeado um número limitado de distribuidores, mas em que seria artificial dividir a cidade em territórios exclusivos separados apenas para cumprir a primeira condição.

COMENTÁRIO

A extensão da primeira condição à **exclusividade partilhada** é uma **clara melhoria**. Evita que sejam feitas separações artificiais, que serviriam apenas para cumprir um requisito jurídico e não por qualquer outra boa razão.

O teste adicional relacionado com a **escala de negócio** que justifique os esforços de investimento é, no entanto, um ponto muito mais delicado. Não cumprir este teste empurra a restrição de vendas ativas para a caixa negra das restrições graves, *i.e.* passa a ser uma restrição da concorrência por objeto que torna o “Regulamento das Verticais” inaplicável e tem poucas hipóteses de ser viabilizada através de uma avaliação individual.

Uma tal mudança (de uma zona de segurança para uma caixa negra de restrições graves) não deve estar dependente de um teste que deixa tanta margem para interpretação. No contexto da caixa negra de uma isenção por categoria, a segurança jurídica é absolutamente fundamental e as partes devem saber de antemão se a sua restrição está dentro ou fora da zona de perigo.

A situação torna-se ainda mais complexa se considerarmos as consequências jurídicas resultantes das novas propostas para as situações em que o teste adicional não é cumprido. O projeto do novo Regulamento sugere que tal incumprimento coloca a restrição de vendas ativas na lista negra, tornando o benefício da isenção por categoria imediatamente inaplicável. Isto parece lógico e consistente com o mecanismo jurídico no qual o “Regulamento das Verticais” se baseia. O projeto das novas “Orientações Verticais” estipula, contudo, que **é provável que seja retirado** o benefício da isenção por categoria. Estas



posições são inconsistentes de um ponto de vista jurídico e tal contradição terá de ser resolvida nos textos finais.

O *DISTRIBUTION LAW CENTER*

As “*countdown newsletters*” são-lhe oferecidas pela SRS Advogados, cujo departamento de Direito da Concorrência é o parceiro português do DLC.

Caso necessite de mais informação, por favor contacte os sócios de direito da concorrência da SRS Advogados:

Gonçalo Anastácio ou Sara Estima Martins.



A ENTRADA EM VIGOR DO REGULAMENTO DAS VERTICAIS FINAL REVISTO ESTÁ PREVISTA PARA 1 DE JUNHO DE 2022

QUER SABER MAIS? MANTENHA-SE ATENTO...

Em contagem decrescente para 1 de junho de 2022, pretendemos disponibilizar-lhe atualizações regulares para preparar cabalmente a sua empresa para este futuro. Por favor consulte o site do *Distribution Law Center* (www.distributionlawcenter.com) ou a sua [página de LinkedIn](#) para muito mais informação sobre as regras relativas a acordos verticais, cobrindo quer o direito da concorrência quer o direito comercial. 27 equipas especializadas de todo o Espaço Económico Europeu estão a trabalhar afincadamente para transformar o site na sua fonte de orientação e informação favorita.