

16

DLC COUNTDOWN



NEWSLETTER 16 DO DLC E SRS SOBRE NOVAS REGRAS DE ACORDOS VERTICAIS ENTRE EMPRESAS

QUESTÕES “VERTICAIS” EM DESTAQUE: DISTRIBUIÇÃO DUAL

LIMIAR DE QUOTA DE MERCADO

O QUÊ?

A **distribuição dual** ocorre quando um fornecedor vende bens ou serviços tanto diretamente como através de distribuidores independentes, desta forma concorrendo com os distribuidores independentes no mercado a jusante. Um exemplo clássico é o de um fabricante de uma marca de roupa que vende as roupas nas suas próprias lojas, mas também conta com retalhistas independentes que vendem nas respetivas lojas.

A **distribuição dual não é um fenómeno novo**. Já no regime de 2010 era usada por fabricantes por várias razões. Para servir de modelo aos seus distribuidores independentes através das chamadas “lojas de bandeira”, para oferecer mais escolha aos clientes finais, etc. Ao longo da última década, no entanto, a distribuição dual tem assumido uma importância crescente dado o aumento significativo das vendas *online*.

O **uso crescente da distribuição dual** levou a Comissão Europeia a analisar se o quadro legal atual ainda se adequa às condições de mercado, mas também a incentivar os *stakeholders* a apontar as insuficiências do mesmo. Esta *newsletter* foca-se no limiar de quota de mercado específico para a distribuição dual e que foi introduzido nas propostas publicadas em julho de 2021.

O REGIME ATUAL

O atual “Regulamento das Verticais” exclui da isenção por categoria acordos verticais celebrados entre concorrentes, mas o artigo 2(4) prevê especificamente que os acordos de distribuição dual estão cobertos pela zona de segurança para acordos verticais.

O limiar geral de quota de mercado de 30% previsto no artigo 3(1) do “Regulamento das Verticais” também se aplica aos acordos de distribuição dual.

O FUTURO A PARTIR DE 1 DE JUNHO DE 2022?

Com o objetivo de reduzir a zona de segurança para os acordos de distribuição dual, a Comissão Europeia propôs, em junho de 2021, excluir todas as trocas de informação do benefício da isenção por categoria para a distribuição dual, a não ser que a **quota de mercado retalhista agregada** das partes seja **inferior a 10%**. Quando este limiar de quota de mercado fosse excedido, qualquer troca de informação entre as partes num acordo de distribuição dual teria de ser aferida ao abrigo das regras aplicáveis aos acordos horizontais (artigos 2(4) e 2(5) do projeto de revisão do “Regulamento das Verticais”). Por outras palavras, em acréscimo ao limite geral de quota de mercado de 30%, um novo limiar de quota de mercado retalhista seria introduzido para trocas de informações.

A proposta da Comissão Europeia de introdução deste limiar adicional de 10% foi fortemente criticada.

Nas observações do Distribution Law Center sobre o projeto de revisão do “Regulamento das Verticais” e das “Orientações Verticais”, no contexto da consulta pública promovida pela Comissão Europeia, é referido que a escolha de um limiar de 10% por referência à Comunicação *De Minimis* é surpreendente num contexto de isenção por categoria. Além disso, seria de esperar que pelo menos o limiar de 15% da zona de segurança fosse aplicável, tal como nos acordos de comercialização conjunta no âmbito das “Orientações Horizontais” (ver parágrafos 240-241).

O Distribution Law Center também salientou que o limiar de quota de mercado no mercado retalhista a jusante é contraditório com o regime atual, em que a quota de mercado do comprador em relação com o limiar de 30% da quota de mercado é medida no mercado do comprador e não no mercado a jusante. Os argumentos para este posicionamento são igualmente aplicáveis no contexto da distribuição dual. Definir o mercado retalhista relevante e medir as quotas de mercado retalhista de forma correta é reconhecidamente complicado. Exige um considerável apuramento da factualidade e, em mercados retalhistas com um âmbito geográfico estreito (local ou regional), as quotas de mercado podem ser sujeitas a flutuações consideráveis que estão fora do controlo das partes (a abertura ou

encerramento de uma loja de retalho concorrente pode colocar as partes acima ou abaixo do limiar da noite para o dia).

Adicionalmente, o Distribution Law Center salientou que, de forma a medir corretamente a quota de mercado retalhista, é necessário incluir não só os produtos do fornecedor, mas também todos os produtos concorrentes. De forma a aferir a sua posição jurídica em face da isenção por categoria, o fornecedor precisaria, conseqüentemente, de aceder a informação atualizada e detalhada sobre o desempenho dos seus compradores relativamente a produtos concorrentes. A opinião do Distribution Law Center é que isto poderia gerar uma necessidade de trocas de informação que as propostas atuais podem considerar anticoncorrenciais.

Pelas razões mencionadas, o Distribution Law Center recomendou que o regime da distribuição dual não dependa de qualquer limiar de quota de mercado, e de forma alguma de um limiar que é tão difícil de definir como o mercado retalhista. Em acréscimo, muitos *stakeholders* pediram à Comissão Europeia que disponibilize orientações mais detalhadas sobre os tipos de informação que pode ser trocada numa relação de distribuição dual.

Em resposta a estes comentários, a Comissão Europeia publicou, em 4 de fevereiro de 2022, um projeto de nova secção (também disponível no site do DLC) relativa à troca de informação no âmbito da distribuição dual, a ser incluída nas “Orientações Verticais” revistas. O parágrafo 9 do projeto de nova secção determina que *“se as condições do artigo 2(4), alíneas (a) e (b) do Regulamento estiverem preenchidas, a exceção prevista no artigo 2(1) do Regulamento aplica-se a todos os aspetos do acordo vertical, incluindo qualquer troca de informação entre as partes que seja necessária à melhoria da produção ou distribuição dos bens ou serviços contratados”*.

É entendimento do Distribution Law Center que esta nova redação implicitamente suprime o limiar de quota de mercado de 10% do projeto de “Regulamento das Verticais”. Efetivamente, a nova secção também estatui que o “Regulamento das Verticais” revisto incluiria uma disposição determinando que a isenção por categoria não se aplica de uma forma geral *“à troca de informação entre o fornecedor e o comprador que não seja necessária para melhorar a produção ou distribuição dos bens ou serviços contratados pelas partes”*, desta forma aparentemente afastando o limiar dos 10% de quota de mercado originalmente previsto.

EM TERMOS PRÁTICOS

Parece ter sido abandonada a proposta inicial da Comissão Europeia de isenção por categoria das trocas de informação entre um fornecedor e um distribuidor num acordo de distribuição dual sujeito a condição de a quota de mercado das partes ser inferior a 10%. A mesma foi substituída por uma

exclusão, pelo projeto de “Regulamento das Verticais” revisto, de **trocas de informação que não sejam necessárias para melhorar a produção ou distribuição dos bens ou serviços contratados**.

COMENTÁRIO

As alterações ao projeto de “Regulamento das Verticais” em matéria de trocas de informação na distribuição dual são bem-vindas. Apesar de o Distribution Law Center compreender que a Comissão Europeia receie que um cenário de distribuição dual possa levar a “falsos positivos” (*i.e.* trocas de informação que suscitem preocupações a nível horizontal mas beneficiam de isenção por categoria), a introdução de um limiar de quota de mercado adicional não é uma forma apropriada de responder a tais preocupações. O novo teste, pelo qual o projeto de “Regulamento das Verticais” cobriria trocas de informação necessárias à distribuição dual, é uma melhoria também porque são apresentados exemplos no projeto das “Orientações Verticais” revistas.

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.