

09

## DLC COUNTDOWN



NEWSLETTER 09 DO DLC E SRS SOBRE NOVAS REGRAS DE ACORDOS VERTICAIS ENTRE EMPRESAS

## QUESTÕES “VERTICAIS” EM DESTAQUE: RESTRIÇÕES GRAVES FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA (“RPM”)

### O QUÊ?

Certos tipos de restrições verticais são particularmente suscetíveis de poder restringir a concorrência e prejudicar os consumidores. Estas **restrições graves** não beneficiarão do porto seguro disponibilizado pelo “Regulamento das Verticais” e poderão constituir, com frequência, uma infração ao artigo 101.º do TFUE. A **fixação de preços de revenda** (RPM – “*resale price maintenance*”) é um exemplo de tais restrições graves (ou restrições lista negra).

O RPM é uma **fixação vertical de preços**: uma situação em que, como resultado de um acordo vertical, é limitada a faculdade do comprador de definir os seus preços de revenda. Um exemplo claro de RPM seria um acordo entre um fabricante e um distribuidor através do qual o distribuidor é obrigado a vender os produtos do fornecedor a um preço fixo, ou a um preço acima de um determinado nível mínimo. A situação mais clara de RPM é a imposição direta de preços de revenda (ou de níveis máximos de desconto ou de margens de distribuição fixas) através de uma disposição contratual. No entanto, o RPM também pode ser implementado através de medidas indiretas, tais como a atribuição de benefícios ao distribuidor se este cumprir com um certo nível de preços (ou de penalizações se não o fizer).

O RPM não pode ser confundido com a imposição de **preços de revenda máximos ou recomendados**, que são práticas admissíveis. Estas práticas podem beneficiar do “Regulamento das Verticais” (que pressupõe um limite de quota de mercado de 30%), desde que tal prática não consubstancie uma fixação de preços de revenda ou de preços mínimos (como resultado de pressão ou da atribuição de incentivos por parte do fornecedor).

A fixação vertical de preços é considerada como uma **infração grave ao direito da concorrência** e na maior parte dos casos não gera eficiências significativas de forma a qualificar para uma isenção ao abrigo do artigo 101.º/3 do TFUE. Acresce que a proibição de RPM tem sido aplicada de forma vigorosa por algumas autoridades nacionais de concorrência na UE e, recentemente, também aplicada pela Comissão Europeia.

## O REGIME ATUAL

Ao abrigo do atual “Regulamento das Verticais”, o RPM constitui uma das restrições graves elencadas no artigo 4.º/a. Como tal, **não pode beneficiar da isenção por categoria** e terá de ser avaliada individualmente ao abrigo do artigo 101.º do TFUE. Dito isto, as atuais “Orientações Verticais” determinam explicitamente que se presume que o RPM, como restrição grave, (i) cai no âmbito do artigo 101.º/1 do TFUE (definição de acordo anticoncorrencial) e (ii) não satisfaz as condições do artigo 101.º/3 (defesa de eficiência).

Esta **presunção da natureza anticoncorrencial do RPM** resulta do facto de tais acordos restringirem a concorrência de várias formas: possibilidade de levarem a aumentos de preços, a colusão tanto entre fornecedores como distribuidores, a exclusão de pequenos rivais dos fornecedores e a redução da inovação ao nível da distribuição.

Apesar disso, a Comissão Europeia reconhece que, em certas circunstâncias, o RPM pode ser necessário para atingir **eficiências**, caso em que o acordo será isento ao abrigo do artigo 101.º/3 do TFUE. Tanto as “Orientações Verticais” atuais como o projeto de futuras “Orientações Verticais” incluem três exemplos de tais circunstâncias: (i) o lançamento de um **novo produto**; (ii) uma **promoção de curto prazo**; (iii) **serviços pré-venda adicionais** prestados pelos retalhistas.

## O FUTURO A PARTIR DE 1 DE JUNHO DE 2022?

Os **princípios essenciais relativos ao RPM manter-se-ão provavelmente inalterados** no novo “Regulamento das Verticais”. A redação do artigo 4.º/a do “Regulamento das Verticais”, dispondo que o RPM não beneficia do regime de isenção por categoria, não será alterada. Isto está refletido nas atuais propostas das Orientações Verticais, que se baseiam largamente nas atuais Orientações Verticais. No documento proposto, a Comissão indica que o RPM provavelmente cairá no âmbito do artigo 101.º/1 do TFUE e não cumprirá as condições do artigo 101.º/3, mas não apresenta tal probabilidade como uma presunção.

Não obstante as propostas atuais das Orientações Verticais estabelecerem os mesmos princípios e exemplos de RPM das suas antecessoras, estão incluídos alguns aditamentos importantes:

- **Plataformas online:** as atuais propostas de Orientações Verticais determinam claramente que o artigo 4.º/a é totalmente aplicável à economia das plataformas online. De acordo com estas propostas, o fornecedor de serviços de intermediação *online* está proibido de impor um preço de venda fixo ou mínimo para as transações que facilita.
- A Comissão Europeia observa um uso crescente de **software de monitorização de preços** no comércio eletrónico. Apesar de esta tecnologia ser nova, a abordagem a esta prática é a mesma que para o mundo analógico: a monitorização de preços não consubstancia por si própria um RPM, mas aumenta a transparência dos preços e pode facilitar o RPM.
- As propostas atuais de “Orientações Verticais” também clarificam que as **políticas de publicitação de preços mínimos (“MAPs”, de “minimum advertised price policies”)** também podem constituir um RPM. As MAPs são políticas que proibem os retalhistas de publicitarem preços abaixo de certo nível definido pelo fornecedor. Por exemplo, tais políticas podem infringir o direito da concorrência se o fornecedor penalizar os distribuidores por venderem abaixo de um certo nível ou os impedir de comunicar que o preço final pode ser diferente.
- Em contrapartida, ao abrigo das atuais propostas das “Orientações Verticais”, a fixação de preços em **contratos de execução** nem sempre constituirá RPM. Um contrato de execução é um acordo vertical entre um fornecedor e um comprador que dá execução a um acordo prévio entre o fornecedor e um usuário final específico. A fixação do preço de revenda num contrato de execução não constituirá RPM se o cliente final tiver prescindido do seu direito de escolher a empresa que executa o acordo.

## EM TERMOS PRÁTICOS

- **As regras de RPM mantêm-se em larga medida inalteradas.** A fixação vertical de preços é enquadrada como restrição grave à concorrência e, nessa medida, não beneficia do porto seguro proporcionado pelo “Regulamento das Verticais”. O RPM inclui medidas restritivas tanto diretas como indiretas que restrinjam a faculdade do comprador de definir os seus preços de revenda. Tais situações comportam uma probabilidade de infração ao direito da concorrência da UE.
- Estas regras são totalmente aplicáveis no **ambiente digital**, incluindo em relação a plataformas eletrónicas.



- A Comissão Europeia clarificou que a fixação vertical de preços pode ser admissível em **contratos de execução**, mediante determinadas condições. Em contrapartida, **políticas de publicitação de preços mínimos** podem, em certos casos, constituir um RPM proibido.

## COMENTÁRIO

Na UE, presume-se que o RPM restringe o artigo 101.º do TFUE, e esta abordagem parece manter-se ao abrigo do novo “Regulamento das Verticais”. Em contrapartida, nos EUA, a fixação vertical de preços já não é tratada como uma restrição à concorrência *per se*. Haverá, assim, bastante desapontamento pelo facto de a avaliação do “Regulamento das Verticais” não ter sido encarada como uma oportunidade para aproximar as regras jurídicas sobre RPM das suas equivalentes americanas e da análise económica moderna. Isto teria permitido às empresas uma maior flexibilidade e poderia facilitar um melhor uso das novas tecnologias na distribuição.

Dito isto, é pena que as propostas atuais das “Orientações Verticais” não esclareçam certos aspetos importantes suscitados durante a avaliação do atual regime do “Regulamento das Verticais”. Em primeiro lugar, o projeto de Orientações não fornece qualquer explicação adicional (em comparação com as Orientações atuais) relativamente a preços de revenda recomendados ou máximos. Tal seria útil para se perceber melhor quando é que tais acordos poderiam de facto constituir um RPM.

Em segundo lugar, tanto as empresas como os consumidores beneficiariam de uma maior certeza no que respeita às condições de isenção do RPM ao abrigo do artigo 101.º/3 do TFUE por eficiências geradas. É o RPM autorizado para promoções de curto-prazo apenas quando estas são organizadas em sistemas de franquia, e, não sendo o caso, que outros sistemas de distribuição são elegíveis? Se o RPM é usado para a introdução de um novo produto, durante quanto tempo pode ser mantido? Que tipo de meios de prova podem ser usados para provar as eficiências? Alguma orientação adicional permitiria às empresas trazerem novos produtos para o mercado, baixarem os preços e oferecerem um melhor serviço ao cliente, sem terem de escolher entre estrangulamentos orçamentais, por um lado, e riscos legais, por outro.

## 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](#).



Distribution Law Center

DRIVEN BY CONTRAST

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 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](http://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.