

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.



Mariana Lima Honório

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade de Direito Internacional e Europeu.

Orientador:

Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro de 2019

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.



Mariana Lima Honório

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade de Direito Internacional e Europeu.

Orientador:

Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro de 2019

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARACTERES

O corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 199.964 caracteres.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha irmã, pela paciência eterna que têm para mim, em especial nesta etapa da minha vida acadêmica. Por todos os jantares tardios e almoços à pressa, por todo o apoio infindável que tiveram comigo nos meus dias menos bons, e em especial por viverem as minhas vitórias como nem eu as sei viver.

Aos meus avós, tios e primos, que pouco me viram durante o ano de escrita desta dissertação, aqui está a prova de que as minhas “justificações de faltas” foram bem empregues

Aos meus melhores amigos João, Mafalda, Maria Beatriz e Marta, que acompanharam este processo desde o seu início com maior interesse do que aquele que lhes poderia pedir, e aos quais prometo por escrito um jantar de em jeito de recompensa.

Ao Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, cujo apoio e disponibilidade constantes foram fundamentais na criação desta dissertação.

A todos aqueles que me perguntavam diariamente pela dissertação, aqui está ela.

O meu mais sincero obrigada.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

ABREVIATURAS

AdC – Autoridade(s) da Concorrência

CEE – Comunidade Económica Europeia

DdC – Direito da Concorrência

EM – Estado(s) Membro(s)

E-Marketplace – Electronic Marketplace

Ibid. – Ibidem/no mesmo lugar

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

MDU – Mercado Digital Único

n.º - Número

p. – Página

par. - Parágrafo

pp. – Páginas

RPM – *Resale Price Maintenance*

SDS – Sistema(s) de Distribuição Seletiva

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

RESUMO

Com a digitalização do comércio e o progresso feito na estruturação de um mercado digital único e sem fronteiras, os fornecedores têm recorrido de forma mais evidente a restrições verticais, com o objetivo tomar o controlo da distribuição dos seus produtos. Em concreto, verificou-se um aumento da utilização de sistemas de distribuição seletiva, nos quais se incluíram proibições à distribuição através de plataformas de comércio em rede – os chamados *marketplaces*. O caso “Coty”, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia veio validar a imposição destas restrições, afirmando que estamos perante restrições proporcionais ao fim desejado: a manutenção de uma “aura de luxo” inerente a determinados produtos que, de acordo com o Tribunal, é danificada quando os consumidores acedem aos mesmos através de plataformas terceiras, devidamente identificadas. Esta dissertação propõe-se fazer uma análise crítica desta decisão do Tribunal e dos fundamentos sobre a qual esta repousa, bem como do âmbito de admissibilidade da mesma, desde logo tendo em consideração que uma proibição absoluta de utilização destas plataformas pode, efetivamente, levar a uma restrição vertical com impacto suficiente para ser considerada anticoncorrencial, ou, pelo menos, sem benefícios concorrenciais suficientes que a compensem. E, finalmente, justificar a não aplicação do Regulamento 330/2010 a proibições de distribuição através de plataformas eletrónicas sobre produtos cuja natureza não justifica a restrição em causa.

ABSTRACT

With the digitalization of commerce and the progress made in structuring a single, borderless digital market, suppliers have made greater use of vertical restraints in order to take control of the distribution of their products. In particular, there has been an increase in the use of selective distribution systems, which have included bans on distribution through networked trading platforms - so-called marketplaces. The “Coty” case, decided by the European Court of Justice, validated the imposition of these restrictions, stating that these are restrictions proportionate to their desired purpose: the maintenance of a 'luxury aura' inherent in certain products which, according to the Court, is damaged when consumers access them through third-party platforms, duly identified. The main objective of this dissertation is to question this decision of the Court, taking into account that an absolute prohibition on the use of these platforms may effectively lead to a vertical restriction with sufficient impact to be considered anti-competitive, or at least without compensatory competitive benefits. In addition, justifying the non-applicability of Regulation 330/2010 regarding selective distribution systems that include absolute platform bans over products whose nature does not justify such restrictions.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

PARTE I – ENQUADRAMENTO GERAL

Do ponto de vista do mercado concorrencial, a existência de direitos de propriedade industrial permite ao consumidor escolher entre as várias marcas disponíveis no mercado, possibilitando assim um aumento da concorrência inter-marcas e facilitar um dos objetivos em comum entre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial: o bem-estar dos consumidores.

A promoção de um mercado concorrencial que permita a convivência de vários agentes económicos na prossecução das suas atividades é um dos pilares do mercado interno da União Europeia (UE). A proteção do processo concorrencial é, conseqüentemente, altamente valorizada, e daí decorrem as regras de atuação das empresas previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Nelas incluímos as regras relativas aos acordos entre empresas, se os mesmos se demonstrarem “susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros (EM) e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”¹.

Existem, contudo, determinados acordos verticais que, por terem benefícios concorrenciais são, à partida, exceções a esta regra de proibição. Dentro destes acordos podemos encontrar o caso de determinados sistemas de distribuição seletiva (SDS). Estes sistemas estão definidos, no Regulamento de Isenção por Categoria Vertical, como “um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer directa quer indirectamente, apenas a distribuidores seleccionados com base em critérios especificados e em que estes distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema”². Estes sistemas, desde que regidos pelos requisitos e condições pelo TJUE impostos às relações entre o fornecedor e os seus distribuidores, são vistos como pró-concorrenciais. Neste sentido, um SDS que cumpra com o princípio da necessidade (em questões de natureza do produto), com o princípio da proporcionalidade (de escolha de restrições que não excedam injustificadamente o fim prosseguido) e do princípio

¹ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 83/49, artigo 101.º.

² Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010, pp. 1

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

da não-discriminação (na escolha dos potenciais revendedores)³, será um SDS que, à luz dos efeitos concorrenciais dele decorrentes, não será visto como um acordo anticoncorrencial pois terá como possíveis consequência a resolução de problemas de parasitismo, a proteção da imagem de marca (que usualmente motiva a imposição de SDS), a proteção de investimentos dos distribuidores autorizados, bem como assegurar poupanças de custos logísticos devido a economias de escala no transporte e na distribuição⁴. Em suma, tratar-se-á de um SDS cujos efeitos positivos serão superiores aos negativos, nomeadamente ao promover outros tipos de concorrência que não a de preços⁵, criando assim ganhos de eficiência à luz do número 3 do artigo 101.º. O aumento das proibições de utilização destas plataformas para proceder à distribuição de produtos, dentro de sistemas de distribuição seletiva, levou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a pronunciar-se sobre a compatibilidade das mesmas perante o TFUE.

O papel do DdC na estruturação das regras de comportamento do “futuro digital” e da perceção dos consumidores tem sido evidente⁶. A promoção da inovação mantém-se como um dos grandes objetivos na economia digital, com elevado impacto no bem-estar dos consumidores e na criação e desenvolvimento do Mercado Digital Único. Do ponto de vista do controlo das plataformas e da sua posição no mercado, o controlo será tendencialmente mais apertado do ponto de vista de posições dominantes, pois estamos a observar mercados com características tendencialmente oligopolistas⁷.

A presente dissertação tem como propósito analisar criticamente de um ponto de vista jus-concorrencial as proibições relativas de venda através dos mercados virtuais. A análise puramente económica destes efeitos seria um exercício benéfico para fundamentar o ponto de vista aqui descrito, em particular se considerarmos que a inexistência de efeitos económicos positivos normalmente leva à conclusão de que o acordo não é pró-

³ Comissão Europeia - Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência, (COM(96) 721 final de 20.1.1997), p. 47

⁴MOURA E SILVA, Miguel - **Direito da concorrência**, Lisboa ,AAF DL Editores, 2018, ISBN 978-972-40-3404-1, p. 612

⁵*Ibidem*, p. 608

⁶ CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike - **Competition Policy for the digital era - Final report**, Luxemburgo, 2019, ISBN 978-92-76-01946-6, p. 125 *in* <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁷ *Ibidem*, p.109

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

concorrencial, contudo será um tópico que não poderá ser aprofundado nesta dissertação remetendo-se o leitor(a) interessado(a) para a bibliografia da especialidade⁸.

Para este efeito, é essencial analisar as regras gerais que regulam a concorrência no mercado, os regimes em vigor sobre os quais os sistemas de distribuição seletiva assentam, e finalmente, os casos do TJUE que versam sobre a matéria.

⁸ Ver, *inter alia*, EZRACHI, Ariel - The Ripple Effects of Online Marketplace Bans. **World Competition: Law and Economics Review**. 40:1 (2017) 47–65.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

1 – Conceitos essenciais

Reservando um capítulo para os conceitos referentes aos sistemas de distribuição seletiva, cabe apenas aqui fazer uma breve introdução a conceitos que irão ser referenciados ao longo de todo este projeto. Em primeiro lugar, é de referir que estamos no universo dos acordos verticais que, de acordo com o Regulamento 330/2010, são “um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços”⁹. Destes acordos, podem surgir efeitos anticoncorrenciais, como podem surgir efeitos pró-concorrenciais. Dentro da primeira categoria, temos os efeitos intra-marcas e os efeitos inter-marcas.

Falamos em especial dos efeitos intra-marcas e inter-marcas das restrições verticais devido ao carácter essencial dos mesmos no contexto da presente dissertação. A concorrência intra-marcas ocorre na mesma fase da cadeia de distribuição de um mesmo produto, e a concorrência inter-marcas ocorre no momento do fornecimento¹⁰.

Esta distinção deve ser feita no início porque são duas das variáveis mais relevantes na análise de restrições verticais: naturalmente, quanto mais forte for a concorrência inter-marcas, menor o impacto que a restrição irá ter no plano intra-marcas¹¹.

1.1. – Sistemas de distribuição seletiva

Os sistemas de distribuição seletiva encontram-se definidos no Regulamento 330/2010 da Comissão, logo no seu artigo 1.º, alínea (e), e são sistemas caracterizados pelo compromisso de o fornecedor vender os bens ou serviços acordados a distribuidores selecionados através de critérios especificados no contrato. Estes distribuidores aceitam esta vinculação e vinculam-se à obrigação de vender apenas a distribuidores autorizados, limitando de forma

⁹ Regulamento (UE) N.º 330/2010 Da Comissão, de 20 de Abril de 2010 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, JO L 102 de 23.4.2010

¹⁰ PETROPOULOS, Georgios - Vertical restraints and e-commerce. **Concurrences Review**. 1: Fevereiro (2018) in <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2018/law-economics/vertical-restraints-and-e-commerce-86057-en>

¹¹ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 102

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

clara o seu âmbito pessoal de distribuição. Estamos, portanto, perante um instrumento jurídico disponibilizado aos fornecedores para controlar a distribuição dos seus produtos.

A vantagem clara de instalar uma rede de distribuição seletiva é a de controlar a qualidade do serviço prestado, tanto durante a distribuição como após, e a de garantir a uniformidade de apresentação de produtos por parte de todos os membros do sistema.

A Comissão Europeia tem-se manifestado a favor da existência destes sistemas de distribuição, afirmando que apesar de serem normalmente lícitos, os mesmos poderão, em circunstâncias concretas de restrições verticais neles incluídas, levantar algumas questões concorrenciais¹². Por exemplo, se a admissão na rede de distribuição for condicionada à obrigação de manter uma loja física, podemos estar perante uma violação do número 1 do artigo 101.º do TFUE. Contudo, a larga maioria destes acordos encontra-se protegida pela isenção por categoria prevista no Regulamento 330/2010¹³.

Do ponto de vista concorrencial, a inserção destes sistemas no regulamento de isenção por categoria de restrições verticais implica que, se o mesmo não existisse, estaríamos perante uma restrição vertical da concorrência. Concretizando esta ideia, uma restrição vertical da concorrência decorreria desta atuação através da manipulação de um comportamento da empresa no plano de distribuição que seria autónomo, na ausência deste acordo de distribuição.

Para que o acordo não padeça da consequência do carácter anticoncorrencial acima referido, os critérios através dos quais o fornecedor determina os seus distribuidores devem ser objetivamente qualitativos, ou quantitativos, desde que a quota de mercado da empresa não ultrapasse os 30%, fixados uniformemente e aplicados de forma não discriminatória a todos os agentes.

A criação de um sistema unicamente através de critérios quantitativos de acordo com a Comissão Europeia, como por exemplo determinar um número mínimo ou máximo de

¹² Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de 10 de maio de 2017, COM(2017) 229 final, p.13 , par. 42.

¹³ Regulamento (UE) N. o 330/2010 Da Comissão, de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102 de 23.4.2010

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

vendas, ou a fixação do número de distribuidores¹⁴, estará sujeita à proibição do artigo 101.º do TFUE. A Comissão poderá isentar¹⁵, contudo, estes acordos.

Em teoria, um sistema de distribuição seletiva é adequado e justificável à luz do direito da concorrência se os produtos através dele distribuídos necessitem desta forma de distribuição para garantir a sua correta utilização e preservar a sua qualidade, e desde que as restrições nele incluídas sejam as estritamente necessárias à prossecução do fim a que o SDS se destina. A uniformidade de critérios de seleção dos distribuidores é também essencial.

Para além destes princípios fundamentais, existem outros benefícios concorrenciais que se podem retirar da existência de SDS no mercado. Por exemplo, “a manutenção de um comércio especializado capaz de fornecer prestações específicas para os produtos de alta qualidade e de alta tecnologia”¹⁶ justifica uma redução da concorrência em função do preço. É neste cenário que são refletidos os ganhos de eficiência associados a estes sistemas, decorrentes do incentivo ao investimento por parte, tanto dos distribuidores autorizados¹⁷, como dos distribuidores que querem entrar na rede.

Contudo, sem este tipo de finalidades que asseguram benefícios concorrenciais em função de outros critérios, os ganhos de eficiência associados a estes sistemas serão reduzidos, quer em razão da reduzida complexidade do produto, quer por o mesmo não justificar/exigir um serviço de qualidade particularmente elevada, e nesses casos o resultado é apenas a redução da concorrência pelo preço.

1.2. - Distinção entre distribuição seletiva e distribuição exclusiva

Previamente à abordagem do regime que regula os SDS é relevante fazer uma breve referência aos acordos que instituem formas de distribuição exclusiva. Esta distinção é necessária porque no caso da distribuição exclusiva, a restrição é feita por territórios, ou seja, o fornecedor determina um distribuidor por território, enquanto que na distribuição seletiva os critérios de seleção estão associados principalmente com a natureza do produto. Para além do mais, no caso da distribuição exclusiva estamos perante uma “restrição em relação a

¹⁴ GOYDER, Joanna - **EU Distribution Law**. 4ª ed. Oxford : Hart Publishing, 2011. ISBN 1-84731-629-8, p. 307

¹⁵ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 176

¹⁶ MOURA E SILVA, Miguel - **Direito da concorrência**, Lisboa ,AAF DL Editores, 2018, ISBN 978-972-40-3404-1, p. 592

¹⁷ VAZ FREIRE, Maria Paula Dos Reis - **Eficiência Económica e Restrições Verticais: Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência**. Lisboa : AAFDL, 2008. ISBN 5606939006318, p. 680.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

quaisquer vendas activas a distribuidores não autorizados, deixando apenas como eventuais compradores os representantes designados e os clientes finais”¹⁸, e no caso dos SDS estamos a tratar, normalmente, da distribuição de produtos finais de marca. Para além destas diferenças, um SDS pode ser combinado com uma obrigação de distribuição exclusiva desde que não restrinja as vendas ativas por parte de distribuidores autorizados.

Estes critérios são aqui mencionados visto que são essencialmente os mesmos utilizados para a avaliação da licitude dos SDS.

A distribuição é feita de forma exclusiva se o fornecedor acorda com apenas um distribuidor o direito a proceder à distribuição dos produtos num determinado território, ou a um determinado grupo de consumidores, limitando assim as vendas ativas do distribuidor noutros territórios¹⁹.

Esta limitação de distribuição constitui, à partida, uma restrição da concorrência no mercado, pois acaba por repartir o mercado, e tem a aptidão de reduzir a concorrência intra-marcas. Contudo, esta restrição encontra-se também justificada no Regulamento de Isenção por Categoria “desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador”²⁰.

Os elementos²¹ que a Comissão considera na análise de redes de distribuição exclusiva, quando a quota de mercado da empresa em questão ultrapassa o limiar dos 30%, incluem a posição do fornecedor e dos seus concorrentes, os obstáculos à entrada, a exclusão de outros distribuidores da rede, o poder de compra, a maturidade do mercado e o estágio da atividade comercial.

1.2.1. – A posição do fornecedor e seus concorrentes no mercado

A posição do fornecedor no mercado é um elemento importante a ter em conta visto que a eliminação de concorrência intra-marcas é mais grave se o fornecedor tiver um poder de mercado de tal forma elevado que a concorrência inter-marcas se encontra limitada. Contudo, a eliminação da concorrência intra-marcas pode ser justificada por ganhos de eficiência reais. No caso dos SDS, quando apenas um fornecedor aplica este sistema, à

¹⁸ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 174

¹⁹ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 151

²⁰ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010, artigo 4º, alínea b, subalínea i.

²¹ Estão elencados nas Orientações sobre as Restrições Verticais.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

partida, não haverá uma restrição, desde que os produtos distribuídos dependam daquela forma de distribuição e que os critérios não vão para lá do necessário para assegurar a venda dos produtos.

Por outro lado, a posição dos concorrentes tem de ser investigada, de forma a analisar o estado da concorrência inter-marcas – quanto mais fortes forem os concorrentes, mais facilmente será justificada uma redução da concorrência intra-marcas. Contudo, existem mais problemas a ser tidos em conta, visto que uma redução dos concorrentes e uma quota de mercado semelhante para todos aumenta os riscos de colusão ou de abrandamento da concorrência. Quanto mais fornecedores utilizarem sistemas de distribuição exclusiva ou seletiva, maiores os riscos anteriormente mencionados.

É relevante mencionar por último, o conceito de distribuição exclusiva múltipla, que ocorre quando vários fornecedores nomeiam o mesmo distribuidor, num regime de exclusividade, para o mesmo território. Esta forma de distribuição irá ter impacto na concorrência inter-marcas relativamente a marcas importantes naquele território, que são vendidas pelo mesmo distribuidor. O aumento do risco de colusão e a diminuição da concorrência inter-marcas será mais grave consoante o poder de mercado cumulativo das marcas distribuídas através deste mecanismo. Quanto aos SDS, o risco de exclusão de distribuidores é mais elevado do que nos sistemas de distribuição exclusiva, graças às proibições de venda a distribuidores não-autorizados, proibições essas que não são permitidas ao fornecedor que cria uma rede de distribuição exclusiva.

1.2.2. – Obstáculos à entrada

Os obstáculos à entrada analisam-se através da possibilidade de uma empresa aumentar os seus preços sem que esse aumento leve à entrada de novos agentes no mercado.

Na distribuição exclusiva verifica-se uma menor relevância dos obstáculos à entrada no mercado, porque estes sistemas só culminarão na exclusão de fornecedores quando combinados com uma “marca única”²². Podem, contudo, levar à exclusão de distribuidores se a rede for composta por um número muito restrito de agentes e se as vendas feitas por estes a distribuidores terceiros se encontrarem restringidas. O principal problema que pode

²² De acordo com o ponto 129 das Orientações da Comissão, “marca única” designa os acordos em que o distribuidor concentra a fonte do seu fornecimento de um determinado produto num só fornecedor.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

decorrer destes sistemas ocorre quando o distribuidor exclusivo é também comprador exclusivo de uma determinada gama de produtos, e passa a ser o único agente do mercado a proceder à distribuição dos produtos designados.

Na distribuição seletiva, as barreiras à entrada no mercado constituem uma maior fonte de preocupação, pois é maior a probabilidade de encerramento do mercado perante distribuidores não-autorizados. É importante fazer aqui uma referência às marcas, visto que existem custos inerentes ao lançamento de novas marcas, nomeadamente os custos associados a publicidade e *marketing* ou de aquisição de fornecimento de marcas alternativas, que podem criar um impedimento adicional ao acesso ao mercado.

1.2.3. – “Poder de compra”

Em ambos os sistemas de distribuição, quanto maior for o poder de compra, maior será o risco de colusão entre os distribuidores. Na distribuição exclusiva, quando a imposição destes acordos é proveniente de fornecedores com um papel de relevo no mercado. Na distribuição seletiva, estes acordos podem levar à exclusão dos retalhistas mais eficientes do mercado se os critérios de seleção do fornecedor forem instituídos em proveito dos membros do sistema já estabelecidos no mercado²³. A proibição de fornecimento de marcas terceiras que levaria à criação de um núcleo dominante no mercado existe para tentar diminuir estas situações de colusão.

1.2.4. – “Maturidade do mercado”

A avaliação da maturidade do mercado passa por analisar a duração da sua existência, a tecnologia nele existente e a sua estagnação, e a existência de poucos sinais de inovação. Quanto mais estável for o mercado, maior impacto se prevê que tenham as restrições concorrenciais.

Quanto maior for o índice de maturidade do mercado, mais se sentirá o impacto na concorrência intra-marcas e a nível dos preços. Em contrapartida, em mercados caracterizados pela constante evolução e pela variação das empresas com maior relevo, o impacto será sentido de forma distinta, e dificilmente levará à eliminação da concorrência.

PARTE II – O REGIME RELATIVO AS REDES DE DISTRIBUIÇÃO SELETIVA

²³Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 181

1. – Evolução do regime relativo as redes de distribuição seletiva

Os acordos dos quais nascem as redes de distribuição seletiva são, como o nome indica, acordos, e devem cumprir com os requisitos legais decorrentes da sua natureza de negócio jurídico. Estamos perante declarações de vontade expressas entre duas ou mais empresas, para atingir um determinado resultado ou conclusão, sem que o interesse subjacente ao acordo seja necessariamente idêntico. No caso dos sistemas de distribuição seletiva, ambas as partes concordam com o sistema imposto pelo fornecedor, mas o interesse de cada parte é claramente distinto: o fornecedor tem interesse em limitar os distribuidores autorizados; e os distribuidores têm interesse em manter o direito de vender os produtos ou serviços acordados.²⁴

À luz do Direito da Concorrência (DdC) atual, estes acordos estão abrangidos pelo artigo 101.º do TFUE, na medida em que são incompatíveis com o mercado interno se tiverem por objetivo ou efeito uma consequência anticoncorrencial. Esta incompatibilidade é, porém, sanável através do número 3 do mesmo artigo, desde que o acordo cumpra com os requisitos nele elencados. Para além da exceção criada pelo número 3, cabe ainda a análise do Regulamento 330/2010, que restringe a aplicação do artigo 101.º do TFUE a determinados acordos verticais, elencados nos artigos 4.º e 5.º do Regulamento de Isenção por Categoria.

Para além destas normas, cabe ainda observar de forma sucinta o Regulamento 1/2003 em matéria procedimental.

1.1. – O Regulamento de Isenção por Categoria

Em primeiro lugar, é relevante fazer uma referência aos antecessores do regulamento que se encontra atualmente em vigor, de forma a entender o porquê das alterações legais a que assistimos em matéria de isenção de SDS.

O sistema de isenção por categoria que vigorava antes do Regulamento 2790/1999 encontrava-se dividido por múltiplos diplomas considerados por muitos como inflexíveis e desajustados²⁵. Iniciando esta análise no primeiro diploma que regulamentava a

²⁴ MARQUES DA SILVA, Isabel - Os acordos de distribuição e o Direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica**. 10:2 (1996) 167–235.

²⁵ TERHOST, Georg - Reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints, 21 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 343 (2000-2001) *in*

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

implementação dos artigos 101.º e 102.º do atual TFUE, o Regulamento 17/62/EEC começa a condensar num só documento todas as restrições verticais, em quase todos os setores de distribuição, de forma a colmatar as lacunas²⁶ decorrentes da dispersão das isenções categoriais. Para além dessa uniformização, retira também a obrigação de notificar a Comissão que decorre do artigo 4.º do Regulamento n.º 17 do Conselho²⁷, isentando *à priori* as restrições verticais nela previstas, de modo a analisar a validade dos acordos *à posteriori*, de forma a permitir que as empresas implementem restrições verticais que cumpram com as normas do atual artigo 101.º, número 3, aumentando assim a segurança jurídica das empresas perante a validade dos seus acordos. Esta regulamentação foi posteriormente alterada pelo Regulamento 19/65/EEC, de forma a atribuir à Comissão a competência de não aplicar a proibição do atual artigo 101.º, número 1 a determinados acordos que cumpram com as exceções do número 3 do mesmo artigo. As restrições verticais previstas na lista que este Regulamento incluía eram limitadas a áreas como a distribuição exclusiva, *franchising*, e a distribuição de veículos motorizados. Contudo, não era feita qualquer referência à distribuição seletiva.

O Regulamento 2790/1999 vem colmatar a falta de previsão dos regulamentos anteriores e acaba por definir, na alínea d) do seu artigo 1.º, o SDS como “um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer directa quer indirectamente, apenas a distribuidores seleccionados com base em critérios especificados e em que esses distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a negociantes não autorizados.”²⁸ Esclarece então este regulamento que as restrições relacionadas com este tipo de sistema, nomeadamente o fornecimento cruzado entre distribuidores do mesmo SDS, isto é, a proibição de um distribuidor que integra o sistema fornecer outro distribuidor autorizado, e a proibição de venda de certas marcas concorrentes não se encontram abrangidas pela isenção do artigo 2.º. A importância desta reforma prende-

https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&https_redir=1&article=1525&context=njilb

²⁶ A necessidade de notificar a Comissão criava situações insuportáveis para a mesma, dificultando a atuação perante possíveis restrições. Para além disso, muitas restrições não estavam previstas na Regulamentação devido ao setor em que se inseriam, de acordo com Georg Terhorst.

²⁷ Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho: Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31962R0017:EN:HTML>

²⁸ Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 336 de 29.12.1999

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

se, em grande parte, com a nova perspectiva que a Comissão adota perante restrições verticais: ao invés de dizer quais as restrições que estão isentas da aplicação da norma do atual 101.º número 1, o Regulamento diz-nos quais as que não podem ser categoricamente desconsideradas, e essa tendência pede a análise de diversos fatores, pedido especial atenção à “estrutura do mercado do lado da oferta e da procura”²⁹. Do mesmo modo, é esta regulamentação que estabelece a presunção de que a quota de mercado da empresa que impõe uma restrição deve ultrapassar um determinado limite para o acordo ser ilícito. No ponto mais relevante para esta dissertação, o Regulamento 2790/1999 surge numa fase em que o desenvolvimento tecnológico está no início da sua expansão, pelo que é correto considerar que esta regulamentação não se encontrava adequada para lidar com o crescimento do comércio eletrónico.

Apesar de o Regulamento 330/2010 não modificar o texto do seu antecessor em bastantes temáticas, é sempre necessário analisar estas normas em conjunto com as Orientações da Comissão, que guiam a aplicação do mesmo. Mas, antes de o fazer, cabe mencionar que a principal alteração do Regulamento 330/2010 se prende com a nova definição de SDS, passando esta a adquirir uma dimensão territorial. Com efeito, a alínea d) do artigo 1.º vem afirmar que os membros destes sistemas “se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema”³⁰, que de acordo com alguns autores, revela a intenção de permitir aos fornecedores criar redes de distribuição para todo o território da UE³¹. Este regulamento prevê a aplicação de uma isenção em bloco para os SDS, se a quota de mercado de cada uma das partes envolvidas for inferior aos 30% previstos, e desde que o acordo cumpra com os múltiplos requisitos previstos nas alíneas a), c) e d) do artigo 4.º, e alínea c) do artigo 5.º. Ainda assim, pode a Comissão retirar o benefício da isenção se, mesmo cumprindo com os critérios acima referidos, se verificarem efeitos anticompetitivos

²⁹ Considerando 4 do Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 336 de 29.12.1999

³⁰ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010

³¹ AMATO, Filippo; CELLERE, Stefano Machi Di; ZOTTI, Johannes - The New EU Rules On Vertical Restraints. **Law 360**. 330 (2010), pp. 2

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

evidentes resultantes da conduta estipulada no acordo, como por exemplo, no caso de o produto não necessitar desta forma de distribuição³².

As Orientações da Comissão são auxílios para que as empresas efetuem as suas próprias apreciações dos seus acordos verticais e das restrições que neles incluem. Nesse sentido, é necessário analisar neste capítulo este documento, pois é ele que interpreta as normas do Regulamento no sentido da sua aplicabilidade ao mundo do comércio eletrónico, como já referimos acima.

Reconhecendo que a *Internet* permite que o acesso aos produtos seja feito por um maior número de potenciais consumidores do que aqueles que as vias tradicionais de comércio asseguram, a Comissão vem determinar que, em princípio, todos os distribuidores devem poder utilizar a *Internet* para vender produtos³³. A Comissão vem ainda reforçar a importância crescente do comércio eletrónico ao fazer referência ao princípio da equivalência entre as restrições verticais no comércio físico e as restrições no comércio eletrónico. Neste sentido, referem as Orientações, “qualquer obrigação que dissuada os distribuidores designados de utilizarem a Internet para atingir um leque mais vasto e diversificado de clientes, através da imposição de condições para as vendas em linha não equivalentes, em termos globais, às impostas para as vendas num estabelecimento tradicional, constitui uma restrição grave”³⁴.

Cabe também fazer aqui uma breve referência ao Regulamento 1/2003, que vem também aliviar o trabalho da Comissão no que toca ao controlo dos acordos que contenham restrições verticais ilícitas ao atribuir às autoridades nacionais a competência para retirar o benefício da isenção por categoria nos casos em que a mesma não esteja prevista no Regulamento 330/2010 ou não seja justificada à luz do 101.º número 3 do TFUE, e ainda ao mecanismo de uniformização que vem na sequência da necessidade de garantir alguma segurança jurídica para as empresas, que se caracteriza pela impossibilidade de decisões nacionais desconformes à aplicação do regulamento de isenção por categoria por parte da Comissão.

2. – Mercado Digital Único

³² WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7ª ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4, p. 644, par. (C)

³³ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 52

³⁴ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 56

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

A evolução tecnológica a que temos vindo a assistir desde os anos 90, em particular relacionada com a utilização da Internet, permite que esta introdução ao Mercado Digital não requeira de uma explicação sobre o que é esta rede que conquistou o mundo. Utilizando a análise das “três camadas”³⁵ para o ponto que é fulcral para esta investigação, a Internet é um meio utilizado para o comércio. O aumento da compra e venda *online* de produtos tem o potencial de elevar os mercados em matéria de transparência de informação, escolha dos consumidores e inovação³⁶. Do ponto de vista concorrencial, para além das vantagens acima mencionadas, o crescimento do *e-commerce* leva a uma diminuição dos custos de pesquisa por parte dos consumidores, e a uma maior facilidade de comparação dos preços. No reverso da medalha, o excesso de informação disponível e a capacidade de verificação dos preços dos concorrentes podem reverter os benefícios mencionados e aumentar o risco de colusão entre concorrentes no mesmo plano da cadeia de distribuição.

2.1. - Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa

Em julho de 2014, Jean-Claude Juncker assinalou o Mercado Digital como prioritário. Afirmou que o desaparecimento das barreiras nacionais e a criação de um mercado interligado tinha o potencial de gerar até 250 mil milhões de euros de crescimento suplementar, e ainda milhares de novos postos de trabalho³⁷. Com estes objetivos em mente, a Comissão delineou a Estratégia a adotar para alcançar este objetivo: o Mercado Digital Único (MDU).

Com a crença de que a Europa tem o potencial de se tornar líder na economia digital, a eliminação dos obstáculos no comércio digital, que já foram eliminados do Mercado físico, é essencial para permitir que os três pontos fortes expressos na Estratégia da Comissão sejam cumpridos: facilitar o acesso dos consumidores e empresas a bens e serviços em linha em qualquer parte da Europa; criar as condições necessárias para o desenvolvimento das redes e serviços digitais; permitir o crescimento da Economia Digital Europeia.

³⁵ TERRET, Andrew; MONAGHAN, Iain - The Internet - An Introduction For Lawyers. Em EDWARDS, LILIAN; WAELDE, CHARLOTTE (Eds.) - **Law and the Internet: a framework for electronic commerce**. 2ª ed. ISBN 1 84113-141-5. pp. 6.

³⁶ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE - Implications of E - Commerce for Competition Policy. **Background Paper by the Secretariat**. 2018. Par. 2

³⁷ Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 6 de maio de 2015. Pág. 1, par. 2.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

2.1.1. – Melhor acesso dos consumidores e empresas a bens e serviços em linha em toda a Europa

Tanto no caso dos consumidores como no caso das empresas, a Comissão afirma a importância de assegurar a confiança no funcionamento do mercado. O processo de compra e venda eletrónica requer uma uniformização das normas que o regulam, para que todos os participantes possam ter a garantia de que estão todos sob a alçada das mesmas regras. De acordo com a Comissão, mais de metade das empresas declararam que a uniformização das regras do comércio eletrónico para toda a União levaria ao aumento das suas vendas em linha para outros Estados-Membros³⁸.

O grande objetivo, associado ao crescimento da confiança no comércio eletrónico e relacionado com o tema desta dissertação, é o de eliminar a discriminação de consumidores e empresas no acesso e aquisição de produtos, em concreto quando a distribuição desses mesmos produtos é transfronteiriça. É essencial, conseqüentemente, melhorar os serviços de entregas transfronteiriças, e responder aos problemas levantados pelos consumidores, como os preços excessivos e a falta de transparência do processo.

A eliminação do *geo-blocking* merece um capítulo próprio, pelo que será abordada mais adiante, mas não deixa de ser um mecanismo cuja proibição levou a um maior acesso dos consumidores a lojas eletrónicas localizadas fora do seu país de origem, e que conseqüentemente abriu o leque de escolha dos consumidores na Europa.

Por último, uma medida que tem como possível consequência o aumento do comércio eletrónico é a redução dos encargos das empresas e consumidores, nomeadamente em matéria de Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA). No documento que demonstra a Estratégia da Comissão, afirma-se a intenção de “reduzir os encargos ligados ao comércio eletrónico transfronteiras decorrentes de diferentes regimes de IVA, de criar condições equitativas de concorrências para as empresas da UE e de assegurar que as receitas do IVA revertam para o Estado-Membro do consumidor”³⁹.

³⁸ Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 6 de maio de 2015. Pág. 5, par. 2.

³⁹ Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 6 de maio de 2015. Pág. 9, par. 4.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

A crescente importância das plataformas em linha no MDU tem suscitado questões, em especial quanto ao poder de mercado das plataformas mais fortes. Deixando de parte a abordagem da Comissão aos serviços de comunicação social e fazendo apenas uma introdução ao tema, o papel das plataformas no âmbito do comércio eletrónico tem tido um crescimento evidente: cada vez mais consumidores utilizam estas plataformas para proceder à pesquisa e aquisição de produtos, e, em simultâneo, cada vez mais as pequenas empresas utilizam esta via para se estabelecer no mercado graças aos custos reduzidos de entrada. Este poder de mercado pode refletir-se em problemas concorrenciais, nomeadamente quando grandes plataformas utilizam a sua posição em benefício das suas próprias marcas e serviços, eliminando parcialmente as possibilidades de atuação de outras empresas no mesmo mercado.

2.2. - Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico

Este inquérito setorial complementa a Estratégia para o MDU na Europa, e é referente ao objetivo de garantir o melhor acesso possível aos consumidores e empresas a bens e serviços em linha. Os resultados deste inquérito demonstram as tendências do mercado à data da sua execução.

O Relatório diz-nos, resumidamente, que uma elevada percentagem de fornecedores decidiu que a melhor forma de distribuir os seus produtos é através da sua própria loja online, tornando-se cada vez mais concorrentes dos seus próprios distribuidores. Em segundo lugar, verificou-se um aumento do uso de SDS que habilitam apenas os distribuidores pré-autorizados a proceder à distribuição dos produtos do fornecedor, em nome de um maior controlo de qualidade da distribuição e de preço. Por último, verificou-se um aumento de restrições verticais contratuais para melhorar o controlo, nas quais podemos incluir as proibições absolutas de distribuição através de plataformas e a eliminação de *pure players* das redes de distribuição.

A transparência da informação de produtos e preços permite aos consumidores encontrar a oferta que consideram ser a melhor, mas em contrapartida aumentou situações de parasitismo, tanto por parte de lojas em linha a aproveitar o investimento de lojas físicas, como de lojas físicas a aproveitar a pesquisa feita em lojas em linha. As situações de parasitismos são evitáveis com a aplicação de condições equitativas para as vendas em linha e as vendas em lojas físicas. Por outro lado, a possibilidade de comparação de preços que as

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

lojas virtuais oferecem permitiu o aumento da concorrência em vários fatores para além do preço. Do lado das empresas, o controlo de qualidade dos seus distribuidores e dos preços que eles praticam tornou-se mais fácil, assim como se tornou menos dispendioso aceder ao mercado, quando esse acesso é feito através dos mercados em linha.

Esta tendência de controlar a distribuição espelha-se no aumento das redes de distribuição seletiva que as empresas impõem aos seus revendedores. A crescente utilização destas redes é um dos principais problemas abordados pela Comissão, sempre que as mesmas facilitem a prossecução de restrições verticais consideradas proibidas à luz do Regulamento de Isenção por Categoria. Em concreto, não são os acordos que instituem estas redes que são problemáticos, mas sim as restrições neles inseridas. A rede pode servir, fundamentalmente, para controlar a distribuição, como para impedir que determinados agentes económicos funcionem no mercado. O exemplo mais concreto é o da obrigação de manter uma loja física: tanto pode funcionar como controlo de qualidade para produtos que requeiram manutenção pós-venda, como pode ter como objetivo impedir que distribuidores que atuam em linha possam aceder à rede. Se esta obrigação não estiver relacionada com ganhos de eficiência ou garantia de qualidade, podemos estar perante uma restrição vertical injustificável.

No âmbito desta dissertação, as restrições verticais mais relevantes, presentes no Relatório, são as respeitantes à venda em mercados em linha. Questiona-se o impacto que as restrições de distribuição através destas plataformas têm no mercado, e o Relatório acaba por concluir que a relevância destes mercados varia consoante a dimensão dos retalhistas, dos Estados-Membros e da gama de produtos em causa⁴⁰, e interpreta as restrições absolutas de distribuição neste tipo de mercados como abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria, não constituindo, portanto, restrições graves.

2.3. - A proibição do “*geo-blocking*” e o seu efeito

O fenómeno do bloqueio geográfico injustificado (de agora em diante, *geo-blocking*) ocorre quando um distribuidor em linha recusa o acesso de consumidores à sua loja virtual, ou após autorizar o acesso o impede de concluir uma compra, em função da localização desses consumidores não ser a mesma onde se baseia o local de comércio eletrónico. Sendo o mercado interno um espaço sem fronteiras internas, onde a liberdade de circulação de

⁴⁰ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de 10 de maio de 2017, COM(2017) 229 final, p. 13, par. 42.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

mercadorias é uma garantia, o *geo-blocking* injustificado não passa da criação de um obstáculo a um direito fundamental.

Este tópico é relevante em situações de comércio transfronteiriço, que é o canal de distribuição eletrónica no qual os consumidores têm menor confiança. O aumento da segurança jurídica nestas transações levará ao aumento de consumidores a aceder a distribuidores localizados fora do seu Estado-Membro. Para além da falta de confiança do consumidor, nomeadamente o receio de utilização indevida dos dados fornecidos, há também custos mais elevados inerentes à distribuição de produtos de um EM para outro: maior custo de entrega, e consequentemente devolução dos produtos, maior dificuldade em resolver problemas relativos a entrega ou ao estado do produto, entre outros.

A regulamentação da Comissão tem como objetivo eliminar situações de *geo-blocking* injustificado e outras formas de discriminação de consumidores, através da garantia de que todos os consumidores são livres de aceder aos mesmos produtos e às mesmas condições de pagamento dos mesmos. Os efeitos previstos da eliminação do fenómeno descrito incluem o chamado excedente do consumidor e do produtor. O excedente do consumidor é definido por Samuelson e Nordhaus como “a diferença entre o montante que um consumidor deseja pagar por um bem e o montante que acaba de facto por pagar.”⁴¹⁴²

O excedente do produtor define a situação na qual, através da análise dos preços praticados no mercado, se determina a diferença entre “o preço mínimo a partir do qual a venda já ocorreria e o preço a que ela efetivamente ocorre”⁴³. Utilizando o mesmo exemplo acima descrito, para o lado da oferta, o vendedor estaria disposto a vender uma garrafa de água por, imaginemos, 0,50€, mas vende por 1€. O seu excedente são os 0,50€ que recebe a mais do que o preço mínimo pelo qual a venda iria ocorrer.

⁴¹ SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. - **Economia**. 12. ed. New York : McGraw-Hill, 1985. ISBN 84-7615-273-6, pp.1121

⁴² Utilizando o exemplo dos autores acima referidos, o consumidor está disposto a pagar, imaginemos, 10€ pela primeira garrafa de água que bebe, após um longo período de tempo sem consumir água. Mas essa mesma garrafa custa 1€, deixando o consumidor com um excedente de 9€. Quanto mais garrafas o consumidor comprar, menor vai ser o excedente de consumidor, até chegar ao ponto em que o consumidor já não deseja pagar o valor de 1€ pela garrafa.

⁴³ ARAÚJO, Fernando - **Introdução à Economia**. 2ª ed. Coimbra : S.A., Almedina, 2004. ISBN 972-40-2068-1, p. 401.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Os motivos que a Comissão considera que influenciarão estes excedentes são o aumento do consumo (e consequentemente, da distribuição), e a diminuição dos custos de distribuição.

Considerando os estudos acima referidos, a proibição do *geo-blocking* na UE, focando exclusivamente este estudo na matéria referente ao *e-commerce*, levará à eliminação de situações como as de redirecionamento dos consumidores para outra página da Internet que não a pesquisada, ao impedimento do pagamento de bens localizados fora do território do consumidor, e à exigência de formas diferentes de pagamento por parte de diferentes consumidores, com base em fatores no regulamento especificados⁴⁴.

No caso particular dos SDS que incluem restrições verticais relacionadas com o comércio eletrónico, o *geo-blocking* tem necessariamente como efeito a repartição dos mercados, visto que os distribuidores apenas podem proceder à sua atividade dentro da sua área de “jurisdição”, criando ainda uma situação de redução das vendas ativas e passivas destes agentes. Outro problema que pode decorrer do *geo-blocking* é a fixação de preços por parte do fornecedor, restrição que verificamos ser parte da “black list” do Regulamento 330/2010⁴⁵.

Como o objetivo de criar um MDU é uma das bandeiras da Comissão, a criação de Regulamentação impede que os fornecedores limitem o acesso de consumidores europeus a produtos em nome do lucro e da repartição de mercados. De 3 de dezembro de 2018 em diante, os consumidores europeus são tratados de forma igual independentemente de escolherem fazer compras através de um distribuidor *online* que se baseia no seu território de residência ou noutra território da UE. A regulamentação desta temática foi importantíssima para o DdC visto que determina que qualquer restrição que limite as vendas passivas dos distribuidores, independentemente de satisfazerem as condições do Regulamento 330/2010, é automaticamente nula. A análise deve ser feita à luz de ambos institutos, tendo de satisfazer ambos para que uma restrição deste género seja isenta.

3 – A Comissão e as plataformas digitais: o futuro do comércio eletrónico

⁴⁴ Fatores esses que incluem a nacionalidade, o local de residência, o local de estabelecimento do cliente, a localização da conta de pagamento, o local de estabelecimento do prestador de serviços de pagamento ou o local de emissão do instrumento de pagamento na União.

⁴⁵ Artigo 4º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Atendendo ao panorama atual em que se encontra o comércio eletrónico, é relevante mencionar a posição tomada pela Comissão Europeia, perante o futuro do MDU.

A importância de serviços de intermediação em rede cresce a um ritmo elevado, mas expectável. O acesso às várias funcionalidades do mercado interno, tanto para as empresas como para os consumidores, nunca foi tão rápido, nem tão cómodo. Há, contudo, preocupação com os riscos inerentes ao poder que estas plataformas irão adquirir, e é com essa preocupação em mente que a Comissão iniciou o percurso de regulamentação do funcionamento destas plataformas em linha, nas quais podemos incluir os *e-marketplaces*. Este tema é aqui abordado por ser importante ajustar o papel das plataformas de mercado eletrónico, entre a postura do TJUE, que justifica proibições absolutas da sua utilização mediante a imposição de um SDS por se centrar apenas em aspetos concorrenciais destes sistemas, e a postura da Comissão, que tenta agora regular estas plataformas para permitir uma maior transparência das mesmas, mas também uma maior segurança para as empresas que, através delas, distribuem os seus produtos e serviços, visto que o MUD sobre o qual a Comissão tem de se pronunciar engloba dimensões que não se esgotam no DdC e não se refere diretamente aos SDS. Neste contexto mais global, cabe analisar os aspetos do MDU que possam ter efeitos concorrenciais diretos, como é o caso da regulamentação sobre o *geo-blocking*, que como já estabelecemos leva a que todas as restrições às vendas online passivas sejam automaticamente nulas, retirando do DdC a capacidade de as justificar à luz do Regulamento 330/2010.

3.1. – Propostas de soluções para eliminar produtos contrafeitos

Apesar de o foco principal destas recomendações incidir sobre situações de terrorismo, abuso sexual de menores, incitação ao ódio ou violações de direitos dos consumidores, as mesmas são aplicáveis às violações de direitos de propriedade intelectual desenvolvidas em plataformas de comércio eletrónico, devido à sua inclusão na definição de serviços da sociedade de informação⁴⁶, e, conseqüentemente, determinação como prestador de serviços à luz da Diretiva 2000/31/EC.

⁴⁶ Diz-nos a Diretiva 98/48/EC de 20 de julho de 1998 que se considera como serviço da Sociedade de Informação qualquer serviço prestado à distância, por meios eletrónicos, a pedido individual de um destinatário de serviços.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

O objetivo evidente deste texto orientador é o de fortalecer a responsabilidade das plataformas no controlo e eliminação de conteúdos ilícitos, mantendo em vigor a isenção prevista na Diretiva do Comércio Eletrónico⁴⁷, relativa à responsabilidade do prestador de serviços, que não pode ser invocada desde que o mesmo cumpra com as normas dos artigos 12.º a 14.º. Ora, estas regulamentações têm como base o disposto nestas normas, que nos dizem que a isenção de responsabilidade do prestador de serviços é apenas aplicável nas situações em que a plataforma, no nosso caso, “não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal”⁴⁸, ou, no momento em que adquire esse conhecimento, “atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações”⁴⁹. Não obrigando os prestadores de serviços em causa, a um dever de vigilância, de difícil execução, a Comissão propõe a tomada de medidas de notificação e ação, ou seja, é o proprietário do direito em questão, no caso das plataformas de comércio eletrónico, que deve alertar para a existência de uma violação do mesmo, de forma a que as plataformas possam atuar, retirando o produto ilícito do *marketplace*, ou impedindo o acesso ao mesmo por parte dos consumidores⁵⁰. Não é, contudo, novidade que o combate à contrafação é uma prioridade, tanto dos proprietários dos direitos ofendidos, como das plataformas que permitem a sua distribuição, sem mencionar o impacto negativo nos consumidores, tendo sido criado um Memorando de Entendimento para o combate à contrafação em 2011, com este mesmo mecanismo, que teve um impacto muito positivo no mercado interno europeu, mas que demonstrou a necessidade de manutenção de um estado de alerta por parte de todos os envolvidos.

Esta demonstração de preocupação com os produtos contrafeitos, emparelhada com as medidas voluntárias que muitas plataformas têm tomado em respeito deste combate comum, com o objetivo de eliminar a desconfiança das empresas e dos consumidores, leva a que cada vez mais se considere estas plataformas como meios legítimos de distribuição, e, utilizando

⁴⁷ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»), JO L 178

⁴⁸ *Ibid*, artigo 14º, número 1, alínea a).

⁴⁹ *Ibid*, alínea b).

⁵⁰ Recomendação da Comissão de 1 de março de 2018 sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha, C/2018/1177, JO L 36, considerando 11.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

o argumento da Comissão de que o que é ilícito *offline*, também o será *online*⁵¹, implica necessariamente que o fenómeno da contrafação não possa ser exclusivamente imputável à existência de plataformas virtuais nas quais o mesmo também ocorre.

3.2. – Transparência e segurança jurídica

Em função destes receios, justificados, dos consumidores e dos fornecedores, ambicionou-se a clarificação do funcionamento destas plataformas, com o objetivo de promover um quadro regulamentar, e não-regulamentar, no qual estas plataformas devem basear o seu funcionamento. Em primeiro lugar, a uniformização traz confiança, tanto para as plataformas como para os seus utilizadores. A aplicação das mesmas regras no mercado único idealiza um quadro regulamentar em que, para exercer atividade neste mercado, todos os agentes se regem pelos mesmos princípios legais, a nível nacional, independentemente da aplicação das normas decorrentes do TFUE, perante as quais já se sujeitam automaticamente.

Em matéria de comércio eletrónico, estas plataformas permitem o acesso a comércio transfronteiriço, que é ainda o meio de comércio que causa maior desconfiança nos consumidores. Esta desconfiança pode ser diminuída ou, até mesmo eliminada, através da promoção da comunicação com os consumidores, e entre os últimos e as empresas, de forma a apaziguar algumas das incertezas que ainda limitam o comércio transfronteiriço. Através desta proposta de Regulamento, a Comissão pretende limitar comportamentos das plataformas, diligenciando que os termos e condições das mesmas sejam claros e inequívocos, acessíveis a todos e esclarecem os critérios objetivos seguidos para suspender ou cancelar determinada prestação de serviços. Propugna também pela melhoria dos sistemas internos de reclamações destas entidades, cujo funcionamento e execução não se encontra nas condições adequadas para dar resposta às empresas e aos consumidores.

⁵¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 28 of September of 2009, Tackling Illegal Content Online Towards an enhanced responsibility of online platforms, COM(2017) 555 final, p. 1

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

4 - Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

A estrutura desta dissertação depende da análise da evolução das decisões do TJUE, relativamente à aplicação das regras do Tratado a sistemas de distribuição seletiva. Este estudo da evolução da posição tomada pelo TJUE quanto a SDS é extremamente importante para entender a própria evolução destas redes como mecanismo utilizado pelos fornecedores para proceder à distribuição dos seus produtos, em determinados tipos de mercado.

Esta análise não se inicia no primeiro caso no qual se discutiu a licitude de um SDS, nem irá abordar todos os casos decididos pelo TJUE. Essa análise, apesar de importante para melhor entender as restrições que se podem inserir em SDS, seria porventura um exercício de discutível utilidade no contexto da presente dissertação. O âmbito deste trabalho abrange as restrições associadas a SDS que têm como justificação a natureza supostamente exclusiva e luxuosa dos produtos distribuídos, e foi sobre essas decisões do TJUE que a pesquisa incidiu. O primeiro caso remonta a 1970, e a natureza dos produtos das primeiras decisões da Comissão incluiu relógios, máquinas fotográficas, produtos de cosmética e perfumaria, equipamento eletrónico e, finalmente, automóveis⁵².

A decisão do ponto de partida deste estudo ser do ano de 1976 é devida à importância do caso “Metro I”, que permitiu ao TJUE estabelecer os princípios basilares dos SDS. Recordando que em 1976 estes acordos eram apenas enquadrados no artigo 81.º número 3 do TCEE e o Regulamento n.º 17 vigorava, pelo que a Comissão era notificada para aprovar ou reprovar a restrição em questão.

4.1. – Caso “Metro I”

O processo 26/76, que nos dá a decisão que ficou conhecida como *Metro I*, incide sobre um sistema de distribuição seletiva para a comercialização de aparelhos eletrónicos, relativamente à qual a *Metro*, grossista, tinha visto a sua admissão recusada por não cumprir com os requisitos que a empresa fornecedora impunha aos seus distribuidores, nomeadamente uma proibição de revenda a distribuidores não-autorizados ou a utilizadores finais profissionais. A recorrente considerou que as restrições impostas não eram compatíveis com a estrutura de comércio por grosso em livre-serviço nos moldes em que ela o praticava. A Comissão é informada pela *Metro* da infração e acaba por obrigar a SABA a

⁵² GOYDER, D. G. - **EC Competition Law**. 3ª ed. Oxford : Oxford University Press, 1998. ISBN 0-19-826295-7, p.218 a p.233

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

suprimir a proibição de venda a utilizadores finais profissionais. Contudo, a recorrente interpôs um recurso no TJUE, pois continuava a considerar que a rede impedia de forma ilegítima a sua admissão como grossista.

O recurso ao TJUE é requerido em nome da afirmada errónea interpretação, e consequente aplicação do artigo 101.º do TFUE (na altura, artigo 81.º do TCEE), por parte da Comissão. A requerente afirma que os interesses protegidos pela norma se resumem à garantia do processo concorrencial em benefício do consumidor, e que os interesses que a Comissão assegurou foram os interesses paralelos do grupo de comerciantes inserido nesta rede de distribuição. O Tribunal concluiu que os SDS são um elemento de concorrência conforme ao artigo 85.º, n.º 1 do TCEE sob a condição “de a escolha dos revendedores se operar em função de critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, de estas condições serem fixadas de maneira uniforme em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de forma não discriminatória.”⁵³ Posto isto, os SDS estariam genericamente isentados à luz do número 3 da norma em questão, mas o TJUE clarificou que neste caso concreto “apenas alguns destes elementos constituem restrições de concorrência relativamente às quais era necessária a concessão de uma isenção.”⁵⁴ Mesmo quando faz referência à suposta restrição que funcionou como catalisador para o recurso, o TJUE veio afirmar que mesmo esta proibição é justificada à luz do diferente papel dos grossistas e dos retalhistas naquela rede de distribuição, pois seria injusto para os últimos ter de competir com os primeiros na fase de distribuição a retalho e, nomeadamente, no abastecimento a privados

Este acórdão marcou o Direito da Concorrência em matéria de redes de distribuição seletiva ao elencar os requisitos acima transcritos como critérios que têm de ser satisfeitos para que o acordo seja lícito.

O recurso da Metro foi rejeitado e, a este respeito, o TJUE afirmou não existir uma violação das normas de concorrência decorrentes do TFUE sempre que o fornecedor instalar mecanismos de controlo dos pontos de distribuição, desde que esses mecanismos sejam necessários à prossecução do fim principal: a distribuição dos produtos.

⁵³ Acórdão de 25 de outubro de 1977, Metro I, processo 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, par. 20

⁵⁴ *Ibidem*, par. 24

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

4.2. – Caso “AEG”

O processo 107/82 incide sobre uma rede de distribuição seletiva de produtos da marca *Telefunken*, estabelecida entre a *AEG* e determinados distribuidores, cuja efetiva aplicação prática divergia da autorizada pela Comissão. Com efeito, a *AEG* utilizava a rede para impedir distribuidores de integrarem o sistema através de critérios discriminatórios, por se tratar de lojas de descontos como era o caso da *Ratio store*⁵⁵ ou de controlo indireto dos preços a praticar pelos distribuidores sob a forma de contratos assinados nos quais os distribuidores se sujeitavam a não atuar como líderes em matéria de preços e a praticar os preços mais baixos do mercado⁵⁶, distribuidores esses que cumpriam com os requisitos qualitativamente objetivos que a rede impunha na teoria, de forma a excluir determinados tipos de distribuição e, conseqüentemente, manter os preços a um determinado nível⁵⁷.

A *AEG* afirmava que não se poderia analisar esta conduta à luz do atual artigo 101.º do TFUE, visto que o mesmo se aplica a acordos entre empresas, decisões de associações e práticas concertadas, e a aplicação deste sistema é resultante de uma atuação unilateral por parte da empresa fornecedora.

O Tribunal vem confirmar que existem restrições inerentes às redes de distribuição seletiva, que se consideram aceitáveis se tiverem como objetivo melhorar a concorrência à luz de outros fatores que não o preço.

Em conformidade com os critérios identificados no “Metro I”, o Tribunal vem afirmar a licitude de redes de distribuição nas quais os distribuidores são escolhidos através de critérios objetivos de natureza qualitativa, aplicados de forma uniforme e não-discriminatória⁵⁸. O Tribunal decidiu no sentido de que, neste caso, a recusa de distribuidores que cumprem (ou conseguiam ajustar-se de forma a cumprir) estes requisitos foi feita de forma sistemática e deliberada, de forma a manter os lucros dos distribuidores mais elevados através da fixação

⁵⁵Acórdão de 25 de outubro de 1983, AEG, processo 107/82, EU:C:1983:293, par.57

⁵⁶ *Ibidem*, par.58

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Afirmava o Tribunal “that such systems are permissible, provided that re-sellers are chosen on the basis of objective criteria of a qualitative nature relating to the technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises and that such conditions are laid down uniformly for all potential resellers and are not applied in a discriminatory fashion.” in Acórdão de 25 de outubro de 1983, AEG, processo 107/82, EU:C:1983:293, par. 35

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

dos preços, e que, conseqüentemente, estamos perante uma violação do artigo 101.º, n.º1 do TFUE, tratando-se de uma restrição da concorrência injustificada.

4.3. – Caso “Metro II”

Na sequência do recurso interposto em 1977 que acabou por ser rejeitado, a *Metro* voltou a intentar uma ação contra a *SABA*. A empresa fornecedora modificou em alguns pontos o seu sistema de distribuição seletiva para permitir que grossistas autorizados pela *SABA* tivessem a competência para analisar a adequação da entrada de outros grossistas na sua rede de distribuição, e para proceder ao abastecimento de mercadorias. A *Metro* arguiu que a isenção que o Tribunal anteriormente aprovou não poderá manter-se à luz destas alterações do sistema, mas acima de tudo à luz da própria estrutura de mercado, que se terá alterado desde 1975. A *Metro* argumenta que, de acordo com o Tribunal, a Comissão deveria ter analisado o aumento dos sistemas de distribuição seletiva naquele mercado. Contudo, o TJUE afirma que só se pode afirmar com total certeza a verificação de um problema quando a existência destes sistemas é de tal forma geral que impede a existência no mercado de outras formas de distribuição. Neste caso particular, a quota de mercado da *SABA* não era suficientemente elevada, aos olhos do Tribunal, para criar uma restrição de concorrência que tivesse impacto no comércio entre Estados-membros.

Quanto ao critério da natureza do produto referido pelo Tribunal no acórdão “Metro I”, o Tribunal não se desvincula das palavras anteriormente proferidas quanto a produtos que são caracterizados como de alta qualidade e tecnicidade, é perfeitamente justificável a imposição de garantias de serviços pós-venda relacionados com a distribuição. O Tribunal afirma ainda que “a complexidade da tecnologia em causa é actualmente tal que é susceptível de justificar uma rede de distribuição que disponha de grossistas e retalhistas especializados”⁵⁹.

4.4. – Caso “L’Oreal”

O processo 31/80 incide sobre um sistema de distribuição seletiva, cujo acordo continha uma cláusula que impedia a distribuição de produtos cosméticos sem a presença de um técnico-cabeleireiro da *Kérastase* autorizado. A *L’Oreal* afirma que este requisito existe apenas como garantia da boa distribuição, e posterior utilização, dos produtos em questão. Em

⁵⁹ Acórdão de 22 de outubro de 1986, Metro II, processo 75/84, EU:C:1986:399, par. 55

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

contrapartida, o requerente afirma que este requisito funciona como um requisito quantitativo oculto, utilizado somente para restringir a concorrência.

O Tribunal é, através do pedido de decisão prejudicial, chamado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE a este acordo vertical. Em particular, é chamado a pronunciar-se sobre a natureza dos critérios, afirmando que para determinar se os mesmos são qualitativos afigura-se necessário avaliar *prima facie* se as características do produto dependem de um sistema de distribuição seletiva, ou seja, se esta forma de revenda é necessária para preservar a qualidade e correta aplicação dos produtos.

Este acórdão vem, em complementaridade com as decisões anteriores do TJUE, evidenciar a adequação dos critérios estabelecidos pelo Tribunal no caso “Metro I”, e acrescentar como requisito base da legalidade dos sistemas de distribuição seletiva a natureza dos produtos em questão.

4.5. – Caso “Pronuptia”

O processo 161/84 foi instaurado para clarificar a relação entre uma sociedade que distribuía vestidos de casamento diretamente, e uma das suas filiais, com a qual existia um contrato de distribuição com um certo grau de exclusividade. A questão principal a que a fornecedora requer uma resposta por parte do TJUE é a de saber se os contratos que criam redes de distribuição tais como os contratos de licenciamento se encontram sob a alçada do artigo 101.º do TFUE. A Comissão manifesta-se no sentido de aplicação do artigo 101.º a contratos “que, além do fornecimento de mercadorias, têm por objecto a cessão de uma designação comercial e de uma marca de produtos, registada ou não, bem como a prestação de serviços”⁶⁰. O Tribunal decidiu que estes contratos de distribuição têm de ser analisados casuisticamente e que a sua subordinação ao artigo 101.º do TFUE depende das cláusulas nele inseridas. Conclui-se, portanto, que restrições diretamente ligadas com a reputação da marca e da empresa, e respetivo controlo por parte do fornecedor, não são vistas pelo Tribunal como restritivas da concorrência, neste caso concreto.

Os compromissos exclusivos de abastecimento e fornecimento seriam regidos pelo Regulamento 67/67, e a Comissão admite que não dispõe de “uma experiência suficiente

⁶⁰ Acórdão de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia, processo 161/84, EU:C:1986:41, par. 12

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

para delimitar a noção de contrato de licenciamento”⁶¹ mas que a sua análise destes contratos levou à não aplicação do Regulamento em questão, visto que do conteúdo da norma do artigo 2.º do mesmo se retira que o Regulamento previa apenas uma isenção para contratos de concessão de venda exclusiva, que não incluem a obrigação de transmissão do *know-how* e a de assistir o licenciado. Posto isto, aplicar-se-iam as normas do artigo 85.º do TCEE que tendencialmente não consideram restrições relativas à reputação da marca como anticoncorrenciais.

4.6. – Caso “Pierre Fabre Dermo-Cosmétique”

A análise que antecede o estudo deste acórdão permite-nos concluir que os SDS *per se* são elementos concorrenciais que não podem ser analisados de forma abstrata, mas sim exigem o estudo das restrições neles contidas. Estabelecidos os princípios através dos quais se presume a licitude de um sistema de distribuição desta natureza, e analisadas algumas das cláusulas mais comuns nestes sistemas, cabe finalmente agora a análise de restrições verticais relacionadas com o comércio eletrónico.

No processo C-439/09 estamos novamente perante um pedido de decisão prejudicial relativo à interpretação do artigo 101.º do TFUE, a propósito de uma cláusula inserida num contrato de distribuição seletiva, que impedia distribuidores autorizados de utilizar a *Internet* para revender produtos. Esta proibição era justificada pelo fornecedor através da necessidade de se proceder à distribuição dos produtos mediante a presença física de um licenciado em Farmácia no local da venda. A Autoridade da Concorrência francesa (*Autorité de la Concurrence*, doravante designada por AdC francesa), que se tinha pronunciado na decisão inicial, afirmou que esta obrigação encobria uma restrição da escolha dos consumidores, e consequentemente, uma limitação da distribuição a consumidores finais que não tinham como aceder ao ponto de venda autorizado. É também a AdC francesa que vem afirmar que esta restrição não se incluía na alínea c) do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria, afirmando que um sítio na Internet não é um lugar de comercialização, mas sim um meio de venda alternativo.

O TJUE acaba por corroborar a posição da AdC francesa, concluindo que uma proibição de venda absoluta através da Internet é relevante à luz do artigo 101.º, n.º1 do TFUE, por

⁶¹Acórdão de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia, processo 161/84, EU:C:1986:41, par.14

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

constituir uma restrição por objetivo da concorrência, cuja finalidade é “no mínimo, restringir as vendas passivas aos utilizadores finais que pretendem comprar pela Internet e que ficam fora da zona de localização física do membro respectivo do sistema de distribuição selectiva”⁶². A conclusão a retirar é que a imposição de critérios que criam proibições de venda através da internet, mas das quais os produtos não necessitam, são invariavelmente injustificadas.

Esta decisão foi um marco da consolidação do MDU e, em simultâneo, demonstrou que a tendência evolutiva do comércio eletrónico adquiriu importância suficiente para que a eliminação dessa via de distribuição leve a consequências anticoncorrenciais evidentes. Em primeiro lugar, porque decorre deste acórdão que acordos que constituam um SDS devem ser considerados, à falta de uma justificação objetiva, como restrições por objeto. Em segundo lugar, porque determinou que a manutenção de uma imagem prestigiosa não era uma justificação legítima para restringir a concorrência. Quando questionado sobre a aplicação do Regulamento 330/2010, o TJUE lembrou que o mesmo não é aplicável a acordos que tenham como objetivo restringir as vendas ativas ou passivas a consumidores finais a membros do SDS que funcionem como retalhistas, ainda que os fornecedores possam proibir um distribuidor de operar em estabelecimentos não autorizados.

4.7. – Caso “Coty”

A muito antecipada decisão do caso *Coty* incide sobre um litígio cujo objeto era uma cláusula de proibição de utilização visível de empresas terceiras ao sistema de distribuição seletiva para proceder à distribuição através da *Internet*, de produtos cosméticos de luxo.

De acordo com os acórdãos acima analisados, é facto assente na jurisprudência que os sistemas de distribuição, como acordos entre empresas que são, são suscetíveis de restringir a concorrência. É também facto assente que os mesmos são, *à priori*, benéficos para a concorrência no mercado, desde que cumpram com os requisitos formulados na decisão do caso *Metro I*⁶³. O Tribunal afirma consistentemente que, desde que estes critérios não

⁶² Acórdão de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649, par. 54

⁶³ Relembrando, a escolha dos distribuidores tem de ser feita através de critérios objetivos de natureza qualitativa, cuja fixação deve ser uniforme em relação a todos os potenciais revendedores, e a sua aplicação não pode ser discriminatória.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

ultrapassem a medida do estritamente necessário, então um sistema de distribuição seletiva não se insere na proibição do artigo 101.º, n.º1 do TFUE.

Nesta decisão, o Tribunal veio afirmar que, tendo em conta as características de determinados produtos de luxo, um sistema de distribuição seletiva não só é suscetível de permitir a manutenção da qualidade e correta utilização dos mesmos, como refere que “atendendo à natureza e às características próprias destes produtos, o objetivo que consiste em preservar a sua imagem de luxo é suscetível de justificar a organização de um sistema de distribuição seletiva dos referidos produtos”⁶⁴. A teoria que fundamenta esta decisão diz-nos que a natureza luxuosa do produto é, *per si*, uma justificação objetiva para estabelecer um SDS que escape ao número 1 do artigo 101.º do TFUE, e utiliza o caso *Copad* que iremos analisar a seguir para entender e justificar a relação entre estes sistemas e o direito de propriedade intelectual em questão. Por último, o Tribunal fez ainda referência ao facto de não estar perante uma proibição absoluta de distribuição, mas apenas uma proibição relativa, visto que não era sequer possível identificar o grupo de consumidores daquele canal dentro do grupo de consumidores que adquirem produtos online através das lojas próprias dos fornecedores e seus distribuidores de loja própria.

Ficou então estabelecido que é proporcional ao objetivo de manter uma aura de luxo dos produtos em questão, proibir os distribuidores autorizados de recorrer a plataformas terceiras para vender na *Internet*.

4.8. – Caso “Copad” – A relação entre os SDS e o Direito da Propriedade Intelectual

O caso “Copad”, não sendo um caso diretamente ligado ao DdC, tem um impacto direto na decisão do TJUE que coloca a proteção da “aura de luxo” de um produto num patamar de segurança à luz do Regulamento 330/2010. Este caso é uma decisão que incide sobre um reenvio prejudicial relacionado com um contrato de licença de marca entre a Dior e a SIL. O objeto do contrato limitava a capacidade de distribuição da licenciada em nome do prestígio e notoriedade da marca, objeto esse que a licenciada incumpriu aquando da venda de produtos da Christian Dior à Copad, loja de saldos. A Dior acusou a Copad de

⁶⁴ Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 39

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

contrafação, e a Copad ripostou que “os direitos de marca da Dior ficaram esgotados com a comercialização dos produtos em causa pela SIL”⁶⁵.

Estavam em causa produtos de luxo, e de acordo com o TJUE, a qualidade desses produtos não resulta exclusivamente das suas características materiais, mas também do seu estilo e imagem de prestígio, e conseqüentemente a danificação dessa aura de luxo é suscetível de danificar a própria qualidade desses produtos. A questão de maior relevo aqui é a de saber se “a venda pelo licenciado de produtos de prestígio a negociantes de saldos que não fazem parte da rede de distribuição selectiva instituída através do contrato de licença pode constituir um dano dessa natureza”⁶⁶. Um dos argumentos de peso utilizados para responder afirmativamente prendia-se, exatamente, com a necessidade de ter em especial consideração a natureza dos produtos de prestígio em causa quando comparada com a natureza dos produtos normalmente comercializados por negociantes de saldos.

O Tribunal acabou por dar razão à Dior quanto à possibilidade de o titular da marca invocar os seus direitos “contra um licenciado que viole uma cláusula do contrato de licença que proíba, por razões ligadas ao prestígio da marca, a venda a negociantes de saldos de produtos como os que estão em causa no processo principal, na medida em que se demonstre que esta violação, devido às circunstâncias particulares do litígio no processo principal, lesa o estilo e a imagem de prestígio que conferem aos referidos produtos uma aura de luxo”⁶⁷.

Como anteriormente referido, a consequência de relevo desta decisão para esta dissertação é a de fundamentar a decisão do Tribunal perante um SDS que inclui uma restrição relativa de vendas eletrónicas visto que o produto irá ficar danificado se a sua “aura de luxo” for danificada. Ora, na teoria, esta decisão não vem fundamentar a aplicação desta restrição em produtos que não padeçam destas danificações cumulativas – produtos de natureza não luxuosa. Esta ideia será aprofundada no capítulo reservado à natureza do produto.

4.9. – Consequências práticas das decisões

Da análise dos vários acórdãos acima descritos, destaca-se desde o início a posição de aceitação de princípio do TJUE relativamente aos SDS. A ideia de que estas redes de distribuição beneficiam a concorrência, através de garantias de segurança dos fornecedores

⁶⁵ Acórdão de 23 de abril de 2009, Copad, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, par. 13

⁶⁶ *Ibidem*, par. 27

⁶⁷ *Ibidem*, par. 60, ponto 1.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

quanto à forma de distribuição dos seus produtos e, conseqüentemente, à manutenção da qualidade dos mesmos, desde que são fornecidos até ao momento em que chegam aos consumidores, vem demonstrar que a preocupação com a concorrência de preços está bem presente, mas que existem situações em que restrições da concorrência são tidas como justificadas em nome da manutenção da qualidade e da segurança jurídica, e em prol dos consumidores.

Esta postura não é, contudo, desprovida da dúvida inerente a todos os acordos entre empresas que tenham como possibilidade criar restrições de concorrência no mercado cujos danos ultrapassem os benefícios. Podemos evidenciar este sentimento com os critérios do “Metro I”¹: não são justificáveis todos os sistemas, apenas os que se conformem com as regras pelo TJUE impostas. É com esta incerteza que o TJUE aborda os SDS, que muitas das vezes escondem condições exclusivamente quantitativas, injustificáveis à luz do DdC, cujo único propósito é o de restringir a concorrência e o comportamento de certas empresas no mercado.

É evidente, contudo, que os SDS analisados pelo TJUE incidem, na sua maioria, na distribuição de produtos de alta qualidade, alta tecnicidade, ou nos considerados produtos de luxo. Sendo que a natureza do produto faz parte dos critérios estabelecidos no acórdão “Metro I”, é importante discutir a tomada de posição do TJUE em relação a esta característica. Demonstrava-se nos acórdãos iniciais a tendência para ter em conta a natureza do produto sempre que da mesma se retirasse a necessidade de utilizar um SDS como garantia de qualidade e da correta utilização dos mesmos. A análise da adequação dos SDS aos produtos sobre os quais impactam veio, contudo, a ser alterada, interpretando de forma mais lata a ideia de “preservação de qualidade e correta utilização” de forma a abranger produtos de luxo. Conseqüentemente, o TJUE já manifestou que é a sua opinião que a preservação da “aura de luxo” de um produto é justificação suficiente para salvaguardar o uso de uma rede de distribuição seletiva que albergue determinadas cláusulas, nomeadamente a da proibição de revenda pela internet. Destacando a decisão do caso *Coty*, por ser a mais recente demonstração deste princípio, é imperativo relembrar as conclusões do Advogado-Geral Nihls Wahls, que é, em muitos pontos, extremamente esclarecedora. Clarificando a decisão do TJUE já decorrente do caso *L’Oreal*, Wahls refere que, em matéria de SDS, o próprio Tribunal já afirmou que a inclusão de um produto na categoria de produtos “de luxo” não é essencial à permissão de manter um SDS, desde que as qualidades do mesmo

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

requeiram este meio de distribuição⁶⁸. Esta posição deixa, contudo, algumas perguntas sem resposta.

Não existe uma distinção clara entre produtos de luxo e produtos de alta qualidade, situação que, embora pareça uma trivialidade, requer uma resposta concreta, para evitar cenários de interpretações distintas, se uma determinada marca considere que a proteção da sua imagem de “marca de alta qualidade” exige a imposição de um SDS. Evidentemente que a utilização de exemplos de produtos de luxo, como é o caso da *Coty* ou da *Cartier*, e de exemplos de produtos de elevada qualidade como é o caso da *Miele*, facilitam esta distinção. Em ambos os casos conseguimos facilmente encontrar justificações de utilização de um SDS que incluam determinadas restrições, seja devido à aura de luxo dos primeiros ou à necessidade de os segundos garantirem a correta utilização dos seus produtos, por exemplo.

Adotando a posição do TJUE acima mencionada, esta distinção é desnecessária – dificilmente a Comissão irá considerar que existam justificações pró-concorrenciais para uma proibição absoluta de distribuição através da internet à luz do número 3 do artigo 101.º, independentemente da natureza dos produtos. E, já pensando na decisão do caso “Coty”, atendendo às características dos produtos, desde que se crie um SDS com o propósito de preservar a qualidade luxuosa dos mesmos, *a priori*, o sistema de distribuição encontra-se protegido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, pois trata-se de produtos cuja natureza justifica restrições deste género. Esta perspetiva tenderá a levantar problemas em mercados nos quais atuam muitas empresas que estabeleçam redes de distribuição seletiva. Contudo, nas palavras de Wahl, “é possível que o objetivo que visa preservar a imagem de prestígio dos produtos em causa não seja legítimo, o que tem como consequência que não se justifica isentar um sistema de distribuição seletiva ou uma cláusula que prossiga esse objetivo”⁶⁹.

Em segundo lugar, sendo a questão mais relevante a abordar nesta dissertação, deve ser considerado como protegido pelo Regulamento de Isenção por Categoria um SDS que inclua uma proibição de distribuição absoluta através de plataformas e que não incida sobre produtos de luxo, questão sobre a qual o TJUE não teve ainda a necessidade de se expressar

⁶⁸ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahls apresentadas em 26 de julho de 2017 relativas ao processo C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603, p. 13, par. 69

⁶⁹ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahls apresentadas em 26 de julho de 2017 relativas ao processo C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603, p. 15-16, par. 84

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

formalmente. Por último, resta ainda perceber qual a postura do Tribunal perante mercados virtuais que respeitem os critérios impostos aos distribuidores por SDS, e se estas proibições se consideram legítimos apenas pelo facto de estarmos perante um mercado virtual.

Antes que seja possível, contudo, dar resposta a estes quesitos, é essencial analisar ainda acórdãos de tribunais dos Estados-Membros que tiveram a possibilidade de examinar estes cenários, e decisões de diferentes autoridades da concorrência.

5. – Casos resolvidos pelas autoridades de Estados-Membros

Na sequência da análise feita aos casos do TJUE, também autoridades nacionais e tribunais dos EM já tiveram a possibilidade de se expressar sobre SDS que incluíam formas de impedimento à distribuição através da Internet, em particular através de mercados em linha. As decisões referidas nesta sequência são relevantes, tanto no entendimento da interpretação de outras entidades decisórias, que não o TJUE, dos critérios por este último elencados, como para constatar que existe ainda descoincidência de soluções apresentadas.

5.1. – Caso “Adidas”

A decisão incidiu sobre uma ação intentada contra a *Adidas*, na sequência da utilização desta empresa de um SDS, através do qual a *Adidas* impedia os seus distribuidores de utilizarem *e-marketplaces* para proceder à venda de produtos da marca. Para clarificar, são considerados como *e-marketplaces* os sítios da Internet caracterizados pela “the trade between private consumers (C2C), the trade with and sale of used and/or damaged goods and the offer of the same product by several sellers”⁷⁰. Para além da restrição acima mencionada, a *Adidas* impediu que o acesso aos *websites* dos distribuidores autorizados fosse feito através de plataformas terceiras, cujo logótipo estivesse visível, afetando assim o acesso dos consumidores finais aos produtos.

A análise feita pela Autoridade da Concorrência alemã (o *Bundeskartellamt*, doravante designado por AdC alemã) não reflete os benefícios dos SDS, nem os coloca em causa, mas incide sim sobre a relação entre os ganhos de eficiência de um *online Marketplace ban* e a restrição concorrencial que é criada.

⁷⁰ Sumário da decisão de 27 de junho de 2014 do *Bundeskartellamt*, referência B3-137/12, pág. 1, par. 2.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Tendo a *Adidas* uma quota de mercado avaliada acima dos 30% de limiar máximo estabelecido pelo Regulamento de Isenção por Categoria, a AdC recorreu ao artigo § 1 da Lei alemã da concorrência e ao 101.º do TFUE para determinar a compatibilidade desta atuação ao DdC. A conclusão a que a AdC chega é a de que um *per se ban* à distribuição feita através de *online marketplaces* consubstancia uma restrição da concorrência à luz das normas do TFUE. Através da análise dos critérios “Metro I”, a AdC alemã afirma que a proibição de distribuição em *marketplaces* não é um critério objetivamente qualitativo necessário para assegurar a correta distribuição e utilização dos produtos em questão, nem impacta a qualidade dos mesmos. A decisão começou por assinalar que existem outros mecanismos, menos danosos para a concorrência, para assegurar a qualidade dos produtos, como por exemplo o estabelecimento de regras para impor aos *online marketplaces*.

Na enumeração dos problemas pensados pelo órgão decisório, cabe ainda mencionar que a AdC deu uma ênfase especial aos agentes que considera mais afetados por este acordo entre empresas: as pequenas e médias empresas, que dependem destes *marketplaces* por não se terem estabelecido de forma notória do mercado *online*; e os consumidores finais que preferem este meio de distribuição aos meios “tradicionais”.

O *Bundeskartellamt* concluiu ponderando as exceções previstas no número 3 do artigo 101.º do TFUE, que não se verificavam ganhos de eficiência suficientes, nem melhorias notórias na distribuição, para justificar a isenção na norma prevista. Quanto ao problema de *free-riding*, a interpretação feita leva a considerar que a eliminação deste meio de vendas não é solução, visto que estamos perante um problema que afeta todos os tipos de distribuição, e não apenas o comércio eletrónico. Dando ênfase aos consumidores, é favorável que, mesmo nos *marketplaces*, se verifique a possibilidade de acesso a todos os distribuidores autorizados, visto que os requisitos do SDS podem ser cumpridos mesmo que a distribuição seja feita através destas plataformas. Adicionalmente, a proteção da marca também não é vista pelo *Bundeskartellamt* como uma justificação para impor uma proibição de distribuição adicional aos critérios do SDS, que já existem exatamente por esse motivo.

Em suma, o *Bundeskartellamt* considerou que não estaríamos perante uma restrição indispensável, e que os mesmos objetivos anunciados pela *Adidas* para proteção da marca e da qualidade dos produtos eram alcançáveis através de medidas menos restritivas, e passo a

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

citar, “quality requirements on the type and manner of marketplace distribution are a milder and less anticompetitive means to produce these effects”⁷¹.

5.2. – Caso “Asics”

O caso formulado contra a *Asics* envolvia também uma rede de distribuição seletiva, que incluía medidas proibitivas de uso da marca em publicidade, uso de mecanismos de comparação de preços, e, restrições de venda em *marketplaces* eletrônicos. As duas primeiras medidas eram, de acordo com o *Bundeskartellamt*, restrições *hardcore* da concorrência, e ditaram a conclusão de que o SDS era incompatível com o TFUE e com a secção 1 da Lei da concorrência alemã sem que fosse necessário debater a licitude dos *online market bans*. Contudo, a AdC alemã utiliza a decisão como uma oportunidade para se pronunciar sobre os mesmos.

Para o *Bundeskartellamt*, é tido como óbvio que uma proibição de distribuição em mercados eletrônicos consubstancia, para muitos distribuidores, uma notória restrição na sua capacidade de produzir vendas *online* a consumidores finais⁷². A presença nestes *marketplaces* para pequenas e médias empresas é um fator decisivo naquilo que é a sua presença e o seu alcance no mercado, e conseqüentemente na sua capacidade de distribuição. Do mesmo modo, muitos consumidores só têm conhecimento destes agentes devido a este meio de distribuição.

O *Bundeskartellamt* repete a sua posição quanto às garantias de qualidade do produto, afirmando que o modelo apresentado nos *online marketplaces* não é, per se, danoso da imagem que a marca detém no mercado. Acresce a esta opinião o reforço da ideia de que existem mecanismos menos lesivos da concorrência, prosseguindo este mesmo objetivo, como por exemplo “prescribing that a search via the online marketplace only for offers by authorised retailers is possible, following a respective choice by the user. In the same vein, the manufacturer can specify that the online store operated by an authorised distributor in an online marketplace has to fulfil the same requirements as a store operated on a website of the distributor himself.”⁷³

⁷¹ Sumário da decisão de 27 de junho de 2014 do *Bundeskartellamt*, referência B3-137/12, pág. 8, par. 2

⁷² Sumário da decisão de 26 de agosto de 2015 do *Bundeskartellamt*, referência B2-98/11, pág. 10, par. 3.

⁷³ Sumário da decisão de 26 de agosto de 2015 do *Bundeskartellamt*, referência B2-98/11, pág. 11, par. 1.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

5.3. – Caso “Coty France”

Na sequência da solução apresentada pelo TJUE em sede de reenvio prejudicial, o Tribunal de Paris vem apreciar a licitude do SDS imposto pela *Coty France*, através do qual proibia a distribuição dos seus produtos a agentes terceiros à rede. Este caso é levado a tribunal pela *Showroomprive*, plataforma *online*, que afirma que lhe foi negado o acesso à rede devido à falta de um ponto físico de venda. Este critério, em conjunto com os impostos à luz dos requisitos Metro I, e cumulativamente com uma proibição de distribuição através de plataformas eletrónicas anexada ao acordo, levou a que a *Showroomprive* afirmasse a ilicitude do SDS⁷⁴.

O Tribunal não discutiu a natureza dos produtos, que em nada se distinguem dos previamente analisados pelo TJUE no original caso *Coty*, nem discutiu que o objetivo destas cláusulas era o de preservação da imagem de luxo. Discutiu a natureza da restrição que proíbe os distribuidores autorizados de procederem à revenda através de plataformas ou *marketplaces* terceiros ao acordo que não disponham simultaneamente de uma loja física⁷⁵. O requisito de manter um estabelecimento físico, é, do ponto de vista da *Showroomprive*, restritivo da concorrência e desproporcional à manutenção do objetivo previsto. Afirma esta parte no litígio que nem todos os consumidores estão à procura dos conselhos e amostras que uma loja física oferece, e que muitos são atraídos pelos preços mais reduzidos que uma loja virtual pode oferecer. Em contrapartida, a *Coty France* considera que é exatamente a possibilidade de acompanhamento do produto e do consumidor, antes, depois, e no momento da aquisição, que permite a manutenção da aura de luxo ao mesmo associada, e que é, portanto, indispensável a existência de uma loja física.

O tribunal veio decidir, em correspondência com o estabelecido na jurisprudência do TJUE, que o SDS imposto pela *Coty France* não atenta contra as previsões estabelecidas no TFUE, e que é, por isso, lícito à luz do Direito Europeu.

5.4. – Apreciação crítica das decisões

⁷⁴ *Cour d'Appel de Paris*, Polo 5 – Câmara 4, de 28 de fevereiro de 2018, n°16/02263, referente à decisão de 17 de novembro de 2015, do *Tribunal de Commerce* de Marselha - RG n° 2014F02689.

⁷⁵ *Cour d'Appel de Paris*, Polo 5 – Câmara 4, de 28 de fevereiro de 2018, n°16/02263, referente à decisão de 17 de novembro de 2015, do *Tribunal de Commerce* de Marselha - RG n° 2014F02689, pág. 18.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

A relevância das decisões acima descritas para esta análise do estado dos *marketplace bans* à luz do TFUE não deriva das conclusões chegadas pelos tribunais e pelas AdC dos respetivos Estados-Membros, todas elas distintas, mas sim da argumentação utilizada que nos permite analisar de forma mais objetiva o problema em questão. Do ponto de vista do *Bunderskartellamt*, a via de proibição de distribuição através destes mercados é tida como desproporcional aos objetivos a cumprir. A AdC alemã tem evidenciado que, pelo menos no mercado alemão, a realidade analisada pelo TFUE não é compatível com a realidade vivia pelos agentes desse mesmo mercado. Na Alemanha é já evidente, para o *Bunderskartellamt*, que os *marketplaces* são uma via principal através da qual os consumidores adquirem os seus produtos. As vantagens associadas ao comércio eletrónico, principalmente do ponto de vista do consumidor, levaram a que se verificasse um aumento da sua utilização.

Cumulativamente, a ideia de que os mercados de comércio eletrónicos são, *per se*, danosos da imagem da marca se apresenta como uma noção incorreta, tanto para a AdC alemã, como para a AdC francesa, que afirmou a capacidade dos *marketplaces* de satisfazerem os critérios qualitativos impostos por SDS através, por exemplo, da criação de páginas específicas reservadas à distribuição autorizada de determinados produtos⁷⁶. Reiterando a ideia de que os *marketplaces* podem assegurar a qualidade dos produtos, garantir a correta utilização dos mesmos e não danificar a imagem da marca nesse processo, o *Bundeskartellamt* apresenta como solução diferente de proibir genericamente o uso destas plataformas, a obrigação de, no *marketplace*, o distribuidor assegure uma página própria, sem associações a outros produtos que não os da marca em questão⁷⁷.

É também notória a descrença, por parte da AdC alemã, que os aumentos da concorrência inter-marcas sejam suficientes para superar as restrições intramarcas que resultam deste tipo de restrição.

Esta interpretação leva a que se questione a adequação das proibições de distribuição através de mercados virtuais à satisfação da preservação da qualidade da marca, e que se questione se não existem outros mecanismos aos quais os fornecedores podem recorrer para controlar a distribuição dos seus produtos.

⁷⁶ Décision n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs da Autorité de la Concurrence, par. 176

⁷⁷ BUNDESKARTELLAMT - Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what ' s next ? **Competition and Consumer Protection in the Digital Economy**. October (2018), p. 3

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Para além das hipóteses colocadas acima, é essencial voltar a referir o papel da natureza dos produtos: até agora analisámos produtos cuja aura de luxo é inquestionável, mas é claro que o fenómeno das restrições de venda através de plataformas eletrónicas se estendeu para produtos de marca que não são usualmente classificados como produtos de luxo – trata-se de produtos de desporto, e por muito que a marca seja reputada, a suposta lesão decorrente da distribuição através de plataformas não é suficiente para que possamos afirmar que o produto fica, também ele, danificado. É exatamente perante este cenário que se justifica a investigação do aumento de SDS que incluem restrições desta natureza perante produtos que não necessitem, objetivamente, desta restrição.

6 – Critérios decorrentes da jurisprudência e o seu ajuste

Prosseguindo a investigação no prévio capítulo iniciada, é possível afirmar que existe uma multiplicidade de critérios, todos eles estipulados pelo TJUE, que devem ser respeitados na análise da licitude de um SDS, e que irão agora ser analisados à luz da possível restrição que pode nascer de um acordo que inclua uma proibição de distribuição em mercados em linha. Este capítulo vem explicar, de forma mais detalhada, o papel de cada um dos critérios adotados, desde o caso “Metro I”, até à decisão do caso “Coty”, visto que estes são o ponto de partida consistentemente utilizados pelo TJUE e pelos tribunais e autoridades nacionais.

6.1. – Natureza do produto

A autonomização da natureza do produto como requisito de licitude do SDS decorre, em grande parte, dos casos decididos pelo TJUE, dos quais podemos retirar duas categorias de produtos que necessitam objetivamente deste tipo de distribuição: os produtos tecnicamente complexos; os produtos de “alta qualidade”, ou de luxo.⁷⁸ A avaliação desta característica é um exercício insubstituível. No contexto dos produtos tecnicamente complexos, é necessário determinar se a complexidade dos mesmos é tal que justifica a especialização dos distribuidores, e a existência de serviços pós-venda, no âmbito de um SDS. Já em matéria relativa aos produtos de luxo, é essencial entender se dos mesmos decorre a chamada “aura de luxo”, e se a imagem de prestígio que a marca quer manter demanda este tipo de distribuição. Como afirmam Whish e Bailey, só podemos justificar a necessidade⁷⁹ de manter um SDS quanto aos produtos que justificam objetivamente uma diminuição da concorrência de preços em favor de outros tipos de concorrência⁸⁰. Perante a preservação da “aura de luxo” ou a garantia da marca, cabe analisar se uma restrição de proibição relativa de venda através da internet é proporcional e equivalente às restrições impostas no comércio tradicional.

6.2. - Critérios objetivos de natureza qualitativa

⁷⁸ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC Law of Competition**. New York : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X, p. 511

⁷⁹ Evitando a redundância do termo, insere-se aqui o princípio da necessidade que tem de ser respeitado na prossecução de um Sistema de Distribuição Seletiva.

⁸⁰ WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7ª ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4, p. 642

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Aludindo ao TJUE no caso “Metro I”, o segundo requisito que deve ser cumprido por parte do fornecedor que instala um SDS, é o de assegurar que a escolha dos revendedores é orientada por critérios objetivos de natureza qualitativa “relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações”⁸¹, por exemplo, que sejam exigidos pelo natureza do produto.⁸² O problema neste requisito é que nem sempre é fácil distinguir critérios qualitativos de critérios quantitativos, e vice-versa. Citando Whish e Bailey, “criteria that do not relate to the technical proficiency of outlets but extend to such matters as the holding of minimum stocks, stocking the complete range of products, the achievement of a minimum turnover or a minimum percentage of turnover in the products in question and the promotion of products have sometimes been treated as quantitative, although they have often been found to satisfy the criteria of Article 101(3)”⁸³. Apesar das dificuldades, clarificaram os autores Jonathan Faull e Ali Nikpay que consideram como objetivamente qualitativos os critérios impostos tendo em conta “their objective suitability to distribute a particular kind of good”⁸⁴.

Contudo, a razão deste critério é a de que, existindo cumprimento dos critérios puramente qualitativos exigidos pelo fornecedor, então o distribuidor é elegível para entrar no SDS.

A título de exemplo, é um critério puramente quantitativo a exigência de o fornecedor de medicamentos apenas aceitar na sua rede licenciados em farmácia que tenham laboratório próprio⁸⁵. Isto porque, qualitativamente, ambos são licenciados em farmácia, e consequentemente competentes para a prossecução da mesma atividade, e o que este critério vem determinar é uma limitação dos locais de venda dos seus produtos, que seriam apenas os laboratórios próprios dos seus distribuidores autorizados. Em contrapartida, diz o Tribunal que o farmacêutico não pode ser equiparado ao licenciado em farmácia, e que o critério aplicado que impede a aceitação de farmacêuticos na rede é, já, um critério qualitativo: “o licenciado em farmácia não pode substituir ou ser equiparado ao farmacêutico com laboratório próprio, que se distingue pela experiência profissional, pelo dever de

⁸¹ Acórdão de 25 de outubro de 1977, Metro/Comissão, processo 26/76, EU:C:1977:167, par. 20

⁸² Orientações da Comissão relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C130, par. 175

⁸³ WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7ª ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4, p. 643

⁸⁴ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC Law of Competition**. New York : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X, p. 500, par. 7.192

⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 27 de fevereiro de 1992, processo T-19/91, EU:T:1992:28 , par. 54

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

deontologia, pela personificação das relações com a clientela e pelo fornecimento de informações a que a sociedade atribui a maior importância para o constante aperfeiçoamento dos seus produtos”⁸⁶.

6.3. – Fixação e aplicação não discriminatória dos critérios

Para que um SDS seja aplicado de forma lícita, tem também de ser aplicado de forma uniforme para todos os distribuidores que o integram, e perante todos os que tencionam aderir à rede. Qualquer SDS que não o faça encontra-se, normalmente, atingido pelas normas do artigo 101.º do TFUE. A aplicação discriminatória dos critérios ocorre quando um fornecedor recusa, *a priori*, a entrada de determinados distribuidores na sua rede, independentemente de estes possuírem a capacidade de cumprir com os critérios puramente qualitativos que basearam a aceitação dos restantes membros do SDS, ou quando a aplicação dos mesmos varia conforme o tipo de distribuidores em questão.⁸⁷ Esta incompatibilidade decorre da aplicação de um SDS com o propósito particular de excluir determinados distribuidores, e permite que a Comissão, sob a égide do artigo 101.º, obrigar o fornecedor a aceitar na sua rede os distribuidores injustificadamente excluídos.

6.4. – Critério da adequação e proporcionalidade

O último elemento de obrigatória análise prende-se com a ideia de que as restrições impostas pelo SDS aos seus membros não podem ultrapassar o mínimo absolutamente necessário à manutenção da qualidade dos produtos ou à sua distribuição⁸⁸. Esta manifestação do princípio da proporcionalidade é patente nas decisões do TJUE, sempre que se verifica que o mesmo resultado a que o fornecedor se propunha alcançar era atingível através de restrições menos danosas da concorrência. Este requisito é analisado cumulativamente com o princípio da necessidade, decorrente da natureza do produto, e define o limite acima do qual os critérios de seleção deixam de ser compatíveis com o artigo 101.º, número 1.⁸⁹

⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 27 de fevereiro de 1992, processo T-19/91, EU:T:1992:28, par. 49

⁸⁷ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC Law of Competition**. New York : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X, p.503, par. 7.199

⁸⁸ GOYDER, D. G. - **EC Competition Law**. 3ª ed. Oxford : Oxford University Press, 1998. ISBN 0-19-826295-7, p. 194

⁸⁹ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC Law of Competition**. New York : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X, p. 500, par. 7.193

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

7. – E-Marketplace bans

Muito se tem debatido, nos últimos anos, acerca da relevância das restrições à venda em mercados em linha, perante as normas de concorrência que regem os mercados. Contudo, é essencial analisar primeiramente, em que consistem estes *online marketplaces* (ou *e-marketplaces*) e como funcionam, e, só após a conclusão dessa pesquisa, ponderar os efeitos que nascem das restrições mencionadas.

A definição mais utilizada para explicar a natureza dos *online marketplaces* diz-nos que estamos perante uma plataforma, que, atuando como intermediária (são os verdadeiros *double-sided markets* pois a oferta e a procura atraem-se mutuamente), liga os diferentes atores do mercado: a procura e a oferta⁹⁰; permitindo-lhes, assim, exercer a atividade económica em questão. Podemos, portanto, estar perante uma plataforma que atua apenas e só como intermediária, e que não procede, em seu nome, à distribuição de produtos, como podemos estar perante as chamadas plataformas “híbridas”, nas quais o *marketplace* é, para além de intermediário, também distribuidor⁹¹. A atividade destas plataformas pode ser exercida de três formas distintas: podem ser *marketplaces* verticais⁹², que distribuem o mesmo tipo de produto, de vários fornecedores; *marketplaces* horizontais⁹³, que distribuem vários tipos de produtos que partilham, entre eles, uma característica comum; e *marketplaces* globais⁹⁴, que distribuem todo o tipo de produtos⁹⁵.

Do ponto de vista da procura, o funcionamento normal de um *marketplace* permite, ao consumidor, aceder na mesma plataforma aos vários fornecedores que distribuem o produto desejado, em simultâneo acedendo aos preços praticados, às características do produto e às opções de envio, visto que muitas destas plataformas já permitem o pagamento de um valor mensal como contrapartida de um envio em tempo inferior ao normalmente praticado⁹⁶.

⁹⁰ O exemplo da loja virtual *Steam* liga criadores de jogos de vídeo diretamente aos jogadores.

⁹¹ DUNNE, Niamh - **Implications of E - Commerce for Competition Policy - Background Note** [Em linha] Disponível em WWW:<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf), p. 9, par. 16

⁹² Por exemplo, a plataforma *Etsy*, que se foca na distribuição de produtos feitos à mão ou artesanais.

⁹³ Por exemplo, a plataforma *Dote*, que engloba num só *Marketplace* vários fornecedores de vestuário feminino, ou produtos de moda.

⁹⁴ Por exemplo, tendo uma das plataformas mais utilizada a nível mundial, o *eBay* oferece uma multiplicidade de produtos, sem ligação necessária entre eles.

⁹⁵ KESTENBAUM, Richard - What Are Online Marketplaces And What Is Their Future? **Forbes**. [Em linha]2017). Disponível em WWW:< <https://www.forbes.com/sites/richardkestenbaum/2017/04/26/what-are-online-marketplaces-and-what-is-their-future/#2686e0213284>>.

⁹⁶ Ter em conta, por exemplo, a *Amazon Prime*, que permite aos seus aderentes o expedimento das encomendas em dois dias, ou mesmo no dia em que a encomenda é feita, de forma gratuita.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Evitando a repetição dos benefícios e inconvenientes do comércio eletrónico, especialmente em matéria de excesso de informação ou, no reverso da medalha, facilidade de acesso à mesma, é manifesto que o desenvolvimento destas plataformas tem sido exponencial, especialmente quando se recorda que os grandes *marketplaces* da atualidade foram fundados há menos de 25 anos⁹⁷, o que faz deles fenómenos relativamente recentes, no contexto global do comércio retalhista.

No caso destas plataformas, tanto a oferta como a procura são utilizadores. As externalidades positivas deste fenómeno não são novidade – as maiores plataformas são mais eficientes que as mais pequenas, pelo que o número de plataformas no mercado será reduzido⁹⁸, dificultando assim a movimentação dos consumidores para plataformas mais pequenas. A concentração do mercado é, conseqüentemente, desejável.⁹⁹ A concentração do mercado não impede um processo concorrencial saudável pois trata-se de mercados com constantes potenciais entradas. Em matéria de concorrência entre plataformas, há dois fatores mobilizadores: preços e inovação nos produtos.¹⁰⁰ A concorrência que se manifesta através da inovação tem permitido melhorias evidentes no bem-estar dos consumidores, dando-lhes acesso a novos mercados e serviços, permitindo formas cada vez mais eficientes de adquirir todos os tipos de conteúdo. Para além da possibilidade de adquirir bens e serviços, estas plataformas criaram novos fóruns nos quais os consumidores podem informar potenciais consumidores das características e disponibilidade dos produtos.

É ainda importante mencionar que o crescimento destas plataformas se tornou num parâmetro de progresso da UE, em matéria de desenvolvimento digital, e que o “Digital Economy and Society Index” (DESI) para 2018 refere que a atividade das empresas em *marketplaces* está a aumentar, sendo este tipo de plataformas utilizado por 39%¹⁰¹ das empresas a nível da União, que utilizam a Internet para distribuir produtos.

⁹⁷ A *Amazon* foi fundada por Jeff Bezos em 1994, enquanto o *eBay* foi fundado em 1995 por Pierre Omidyar.

⁹⁸ CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike - **Competition Policy for the digital era - Final report**, Luxemburgo, 2019, ISBN 978-92-76-01946-6, p. 2 in <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

⁹⁹ *Ibidem*, p. 23

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.32

¹⁰¹ COMISSÃO EUROPEIA - **Digital Economy and Society Index Report 2018 - Integration of Digital Technologies**, p. 13

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

7.1. – Plataformas híbridas¹⁰² e *pure players*

A categoria designada como *e-marketplace* engloba tipos distintos de plataformas, como já foi mencionado. Esta diferenciação é relevante na análise dos critérios que os fornecedores impõem aos seus distribuidores, que acabam por eliminar alguns destes tipos de agente do mercado, por se tornar impossível a sua admissão na rede. Já foi feita uma breve introdução às plataformas híbridas, que atuam simultaneamente como distribuidores em nome de outrem e em nome próprio.

Os chamados *pure players* não são exclusivamente plataformas no formato de mercados, podendo ser apenas distribuidores em nome próprio. A característica que têm em comum é terem uma existência puramente virtual, não operando através de loja física.

As proibições de distribuição que iremos analisar podem ter como efeito a exclusão destes agentes do acesso a um SDS, de forma direta ou indireta. A eliminação dos *pure players* como possíveis distribuidores ocorre sempre que um dos critérios qualitativos for a manutenção de uma loja física, infraestrutura que os mesmos não possuem. Já a eliminação desta possibilidade perante as plataformas híbridas ocorre nas proibições totais de *e-marketplaces*, que impedem a sua utilização, independentemente de a plataforma, atuando como distribuidor em nome próprio, cumprir os restantes requisitos de acesso à rede estabelecida pelo fornecedor.

7.2. – Proibição de distribuição através de plataformas eletrónicas

De acordo com o Relatório da Comissão Europeia relativo ao comércio eletrónico, 18% dos retalhistas afirmam ter acordos que contêm restrições a nível da distribuição por *marketplaces*¹⁰³, sendo estas restrições variáveis entre proibições absolutas e proibições relativas que, e passo a citar, “não satisfaçam determinados critérios de qualidade”¹⁰⁴. Utilizando o espectro de restrições anunciado por Ezrachi¹⁰⁵, as restrições relativas são as

¹⁰² DUNNE, Niamh - **Implications of E - Commerce for Competition Policy - Background Note** [Em linha] Disponível em WWW:[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf), p. 9, par. 16

¹⁰³ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - **Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico**. Bruxelas. COM(2017) 229 final, p. 12, par. 40.

¹⁰⁴ *Ib idem*.

¹⁰⁵ EZRACHI, Ariel - The Ripple Effects of Online Marketplace Bans. **World Competition: Law and Economics Review**. 40:1 (2017) 47–65, p. 6

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

que têm mais elementos variáveis entre si, enquanto as proibições absolutas são, genericamente falando, as de análise mais compreensível.

7.2.1 – Proibições totais de venda pela Internet

A análise do caso “Pierre Fabre Dermo-Cosmétique” não deixou, à luz do TJUE ou das autoridades nacionais competentes na matéria, margem para grandes incertezas. A proibição absoluta de distribuição através da *Internet* será sempre avaliada à luz do artigo 101.º, número 1 do TFUE, por consubstanciar uma restrição por objetivo, que tem como objetivo mínimo a restrição das vendas passivas. Diz-nos a Comissão, através das suas Orientações, que consubstancia uma venda passiva “a resposta a pedidos não solicitados, apresentados por clientes individuais, incluindo a entrega de bens ou a prestação de serviços a esses clientes”¹⁰⁶, ou seja, a utilização de um meio de distribuição que permite ao consumidor aceder ao distribuidor. Em concreto, esta cláusula proibitiva tinha como efeito impedir que consumidores finais, situados fora da zona de localização física da loja, tivessem acesso aos produtos através da Internet. Quanto ao Regulamento de Isenção por Categoria, a interpretação feita pelo Tribunal leva a que o mesmo não aplique a isenção a esta cláusula, por constituir uma restrição *hardcore* da concorrência, expressamente prevista no artigo 4.º, alínea c) deste diploma. É, para além do mais, opinião maioritária, tanto na jurisprudência como na doutrina, que as proibições absolutas de distribuição através da Internet, dificilmente escaparão ao escopo da norma prevista no número 1 do artigo 101.º do TFUE, independentemente de existir sempre a possibilidade de excecionar a aplicação desta norma através do cumprimento dos requisitos do número 3 do mesmo artigo.

7.2.2 – Proibições relativas de venda pela Internet

As proibições relativas de distribuição através da *Internet* ocorrem sempre que, não havendo uma limitação total de utilizar plataformas virtuais para proceder à revenda, existem restrições que impedem determinadas formas de proceder ao exercício desta atividade. Um dos exemplos mais característicos será o ponto fulcral desta dissertação, a proibição de utilizar *e-marketplaces*, mas outros poderão ser aqui nomeados. Estaremos, por exemplo, perante uma restrição parcial de revenda através da *Internet* sempre que o SDS imponha os critérios qualitativos mencionados no “Metro I”, e essa imposição limite o número de

¹⁰⁶ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 51

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

distribuidores que não cumprem com esses pré-requisitos. É importante mencionar que já não existem grandes dúvidas quanto à licitude desta restrição, como foi assinalado ao longo desta investigação. Destacando, contudo, novamente as proibições relativas à utilização de *e-marketplaces*, podemos retirar desta categoria de proibições duas subcategorias¹⁰⁷: as proibições contratuais de utilizar mercados em linha; e as proibições *de facto* de utilizar estas plataformas.

As proibições contratuais de utilizar mercados em linha, ainda que se possam inserir na restrição natural decorrente da aplicação de critérios objetivamente qualitativos, merecem autonomização porque são as mais comuns. Ocorrem sempre que o fornecedor apenas permite a distribuição através da Internet por meio de lojas virtuais próprias dos distribuidores. Já a proibição que Ezrachi apelida como *de facto*¹⁰⁸, ocorre quando os critérios impostos pelo fornecedor aos seus distribuidores autorizados ou potenciais não podem ser cumpridos pelos *e-marketplaces*, em virtude da natureza destas plataformas.

Tendencialmente, a Comissão demonstra ser preconizadora da adequação dos *marketplace bans* às normas que estabelecem a sua isenção, tendo, contudo, já afirmado que, nem sempre “a proibição absoluta de utilização dos mercados em linha seja, em termos gerais, compatível com as regras da UE em matéria de concorrência”¹⁰⁹.

7.3. – Restrição vertical por objeto ou efeito

Recordando a norma do número 1 do artigo 101.º do TFUE, que é fundamentalmente a base legal da temática analisada nesta dissertação, a proibição dela decorrente incide sobre acordos entre empresas, suscetíveis de afetar o comércio entre EM, e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Neste capítulo irá fazer-se uma breve distinção entre restrições por objeto e restrições por efeito, com o objetivo de esclarecer em qual das categorias se insere uma proibição de distribuição através de mercados em linha, tendo em conta a jurisprudência estudada e a doutrina disponível. Está estabelecido na doutrina e jurisprudência que esta norma contém duas alternativas: ou a restrição é por objeto, ou por efeito. No caso de se apurar que a primeira

¹⁰⁷ EZRACHI, Ariel - The Ripple Effects of Online Marketplace Bans. **World Competition: Law and Economics Review**. 40:1 (2017) 47–65, p. 8

¹⁰⁸ *Ib idem*.

¹⁰⁹ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de 10 de maio de 2017, COM(2017) 229 final, p. 13, par. 43

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

se verifica dentro dos limiares mínimos de quota de mercado, não é necessário fazer a análise dos efeitos da restrição pois a mesma tem, pelo menos, o potencial e o objetivo de restringir a concorrência no mercado. Se a primeira não se verificar, contudo, analisa-se os efeitos da limitação para determinar se estamos perante um acordo proibido.

As fontes de Direito acima mencionadas permitem-nos afirmar que existem acordos entre empresas cujo objeto é, pela sua própria natureza, anticompetitivo. Estes acordos são avaliados¹¹⁰, à luz do contexto jurídico-económico em que devem ser aplicados, de forma a determinar que o seu significado e propósito é objetivamente o impedimento, a restrição ou a falsificação da concorrência no mercado interno. É também tido em consideração a intenção subjetiva das partes no acordo, ainda que não seja necessária para declarar a natureza da restrição como por objetivo. Se as partes afirmarem que não tinham o intuito de restringir a concorrência, mas a restrição for, *per si*, tendencialmente negativa, a falta do pressuposto subjetivo não isenta o acordo da proibição do TFUE¹¹¹.

Algumas das restrições por objeto descritas como óbvias¹¹² e incluem a fixação de preços, a repartição de mercados ou proibições de exportação, mas não se limitam aos exemplos dados: o DdC é um processo evolutivo, e com ele irão ter de evoluir as normas que determinam a natureza das restrições incluídas nesta categoria. A avaliação destas restrições implica sempre um exercício de apreciação por parte da autoridade competente, sobre o objeto do acordo. Esta limitação da concorrência pode sempre ser justificada pelas exceções previstas no número 3 do mesmo artigo, *à posteriori*.

Quando não é possível afirmar que o acordo viola o TFUE pelo seu objeto, é imperativo que a Comissão analise os efeitos do acordo no mercado definido, perante os vários agentes que nele competem, e perante os potenciais distribuidores. Se desta análise resultar que se verifica um menor grau de concorrência derivado do acordo, então aplicar-se-á o artigo 101.º. Por último, é necessário sopesar os benefícios da restrição e os malefícios para a concorrência, de forma a examinar se o acordo pode ser isentado perante o número 3 do artigo 101.º do TFUE.

¹¹⁰ WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7ª ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4, p. 119

¹¹¹ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC Law of Competition**. New York : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X, p. 82, par. 2.61

¹¹² Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 83/49, artigo 101º, número 1

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

O debate em volta destes dois tipos de restrições e, correspondentemente, em qual se insere uma proibição de distribuição através de *e-marketplaces* é ainda relevante. A Comissão parece ser da opinião que não estamos, para já, perante uma restrição por objeto, e que, portanto, a análise dos efeitos é sempre necessária. Esta opinião é coincidente com a manifestada pelo Advogado-Geral Wahl, que nos diz que “contrariamente à proibição total imposta aos distribuidores autorizados de recorrerem à Internet para a distribuição dos produtos contratuais, a proibição de recorrer a plataformas terceiras não é portadora — pelo menos nesta fase da evolução do comércio eletrónico, que é suscetível de alterações a mais ou menos longo prazo — de tal grau de nocividade para a concorrência”¹¹³. Para que a restrição seja considerada como por objeto, o acordo deve padecer deste “grau de nocividade” elevado o suficiente para que não seja necessário avaliar os efeitos dele decorrentes.

Analisando alguns dos benefícios destes *marketplaces*, a eliminação do custo de entrada relativo a infraestruturas, permitindo a qualquer agente a entrada bem-sucedida no mercado, em especial às pequenas e médias empresas, e conseqüentemente a diminuição do risco levam a que alguns autores afirmem, como já foi referido, que a proibição de utilização de *e-marketplaces* reduza, de forma evidente, e em conjunto com o aumento dos custos de pesquisa, a concorrência intramarcas. Para Ezrachi, a solução poderá passar pela extensão do tratamento dado no caso “Pierre Fabre” às proibições totais de distribuição através da internet, para os *marketplace bans*, visto que estas restrições têm a capacidade de limitar a distribuição através da internet e de afetar de forma negativa o interesse dos consumidores, concorrentes, a própria estrutura do mercado e, conseqüentemente, afetar a concorrência nesse mesmo mercado¹¹⁴. Esta ideia não é totalmente inovadora, visto que também o *Bundeskartellamt* já referiu, na decisão do caso “Asics”, que este tipo de proibição restringia, de forma notória, o acesso de certos distribuidores a consumidores finais, inserindo-se, portanto, na alínea c do artigo 4.º do Regulamento de Isenção por Categoria.

¹¹³ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 26 de julho de 2017, relativas ao processo C-230/16, EU:C:2017:603, p. 20, par. 118

¹¹⁴ Citando o autor, “...such restrictions are likely to significantly limit the Internet distribution possibilities and adversely affect the interest of consumers, those of competitors, the structure of the market and, in so doing, the competitiveness of the market as a whole.” in EZRACHI, Ariel - The Ripple Effects of Online Marketplace Bans. **World Competition: Law and Economics Review**. 40:1 (2017) 47–65, p. 15

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Na determinação do tipo de restrição em causa, é interessante avaliar a dimensão temporal como justificação através da qual não estamos perante uma restrição por objeto. A análise não incide tanto sobre a própria restrição como incide sobre a fase em que o mercado se encontra¹¹⁵.

A proibição de vender em *e-marketplaces* é uma proibição extremamente genérica, não permitindo sequer ao próprio *marketplace*, no caso de estarmos perante uma plataforma híbrida, a tentativa de cumprir com os requisitos qualitativos que o fornecedor impõe aos seus restantes distribuidores autorizados. Os próprios distribuidores que, não tendo loja própria, utilizam este canal como meio de distribuição, perdem assim a possibilidade de aceder a esta rede, em virtude de um *blanket statement* proibitivo. Ora, esta restrição, independentemente do estágio de desenvolvimento em que o mercado se encontra, tem a capacidade de restringir, pelo menos, a concorrência no mercado relevante. É de extrema importância referir que a classificação de uma proibição genérica de distribuição através de *e-marketplaces* como restrição por objeto tem como função identificar esta situação como, *à priori*, anti-concorrencial, cuja justificação tem de ser analisada à luz da exceção prevista no número 3 do artigo 101.º, ao invés de estar automaticamente justificada, dentro da isenção em bloco prevista para os SDS.

8 – Categorias de produtos perante os quais se justificou um “online ban”

As oportunidades que surgiram, antes da decisão do caso Coty, para avaliar a licitude destes *bans* incidiu, especialmente, sobre produtos de luxo e produtos técnica, e/ou, tecnologicamente complexos. Foi sobre a natureza destes que o TJUE se manifestou, favoravelmente, à introdução de proibições genéricas de utilização de plataformas terceiras para proceder à distribuição de produtos. Indiscutivelmente, o peso das marcas ou da complexidade dos produtos foi decisório para a abordagem jurisprudencial. A título acessório, o Tribunal considerou como categoria extraordinária que os jornais seriam produtos que justificavam a imposição de um SDS, devido à especificidade da forma como são distribuídos e ao período de tempo dentro do qual se procede à sua venda, que é muito limitado¹¹⁶.

¹¹⁵ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 26 de julho de 2017, relativas ao processo C-230/16, EU:C:2017:603, p. 20, par. 118

¹¹⁶ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda - **EC Competition Law - texts, cases and materials**. 2nd. ed. Oxford : Oxford University Press, 2004. ISBN 0-19-926997-1, p. 512

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Após o caso “Coty”, múltiplas decisões sobre *marketplace bans* ocorreram, sobre os mais variados produtos, com os mais variados fundamentos, independentemente da sua categorização ou não como produtos de luxo, e.g.¹¹⁷ motosserras (com a justificação da utilização segura por parte do comprador) e suplementos alimentares (com a justificação de aconselhamento necessário para assegurar o consumo correto dos mesmos). Em qualquer um destes casos, a justificação não se prendeu com a preservação da “qualidade” inerente à marca, mas sim com a segurança dos consumidores. Fazendo um paralelismo com a liberdade de circulação de mercadorias, “o artigo 36.º do TFUE permite aos Estados-Membros adotar medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, quando essas medidas são justificadas por um interesse geral não-económico (por exemplo, moralidade pública, ordem pública ou segurança pública)”¹¹⁸, desde que as restrições em questão tenham um efeito direto no interesse geral que visam proteger e não violem o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, podemos afirmar que estamos perante um problema de proporcionalidade se tomando medidas menos restritivas se atingiria o mesmo objetivo. O mesmo pode ser dito sobre as restrições que mencionámos acima: as mesmas não excediam o nível necessário à proteção de valores como a segurança dos consumidores.

Deriva, então, da especificidade destes tipos de produtos, o desconhecimento da opinião do Tribunal sobre a justificação destas proibições perante produtos que não se inserem em nenhuma destas categorias¹¹⁹, por falta de necessidade de decidir sobre outros tipos de produtos.

8.1. – Definição de produtos tecnicamente complexos

Procedendo a esta definição *a contrario*, a Comissão definiu, em 1984¹²⁰, que alguns dos acessórios e materiais utilizados para canalização eram objetos que não justificavam a imposição de um SDS. A empresa prejudicada por esta decisão afirmava, inicialmente, que estes objetos eram de uma natureza tecnicamente complexa, e cuja instalação requeria de aconselhamento e orientação por parte de um profissional. A Comissão discordou, considerando que muito dificilmente se verificava preenchido o princípio da necessidade. O

¹¹⁷ In <https://www.steptoantitrustblog.com/2018/12/platform-bans-caudalie-wins-hard-fought-battle-france/>

¹¹⁸ Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2019 – Livre circulação de mercadorias *in* http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf

¹¹⁹ Categorias estas os “produtos tecnicamente complexos”, e em especial os “produtos de luxo”.

¹²⁰ Decisão da Comissão de 10 de dezembro de 1984, “Ideal-Standard's distribution system”, OJ L 20, par. 15.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

requisito base para determinar a complexidade técnica de um determinado produto aparenta ser a necessidade de especialização de quem distribui, e a adequação dos serviços pós-venda garantidos¹²¹.

Aceitando então, que para que um SDS seja justificado em função da natureza do produto, e que a existência de proibições de distribuição em rede através de mercados *online* inserida neste tipo de distribuição é vista, pelo TJUE, como justificável, é essencial determinar a licitude de uma proibição quanto a produtos que não se inserem nesta categoria.

O Tribunal já excecionou a aplicação desta ideia para permitir a imposição de um SDS quanto à venda de jornais e revistas, como já foi mencionado. Afirmando a especial natureza dos produtos em causa, poderá questionar-se se, perante produtos com o mesmo tipo de “prazo de validade”¹²², o Tribunal irá considerar que é justificada esta forma de distribuição.

Em segundo lugar, a natureza do produto encontra-se intrinsecamente ligada com o princípio da necessidade do SDS: só será justificável impor este sistema relativamente a produtos que dele necessitem para que se proceda à correta distribuição e posterior utilização. Ora, sendo que os acórdãos nos quais se avaliou produtos tecnicamente complexos datam todos do final do século XX¹²³, será relevante mencionar que alguns dos produtos que seriam considerados como tecnicamente complexos e que exigiam a venda por agentes especializados, nos dias que correm poderão ser vistos como “banais”, utilizando a expressão que o TJUE aplicou aos materiais utilizados para canalização, devido à evolução tecnológica a que temos assistido. Isto não significa que os produtos acima referidos não se encontrem, contudo, categorizados como produtos de alta-qualidade ou de luxo, e que sejam consequentemente produtos que justificam um SDS. Significa, sim, que a categoria de produtos altamente complexos a nível técnico evoluiu de tal forma que uma atualização do conceito está na ordem do dia.

Esta categoria de produtos é a menos contestável, pois a existência de um produto de complexidade técnica elevada que, efetivamente, requer de um profissional experiente para proceder à sua instalação, ou à explicação do funcionamento do mesmo, ou que exige, por

¹²¹ WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7ª ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4, p. 642

¹²² Expressão utilizada no sentido de *lifespan* do produto, ou seja, se estivermos perante um produto que seja habitualmente vendido no dia em que chega ao mercado, como é o caso dos jornais.

¹²³ Especificando, as datas destas decisões variam entre o ano de 1975 e o ano de 1985.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

parte de quem distribui, um esforço posterior de acompanhamento do produto, como é, por exemplo, o caso de um automóvel, justifica na sua plenitude a imposição de um SDS, visto que o impacto na reputação da marca pode levar a que esta fique gravemente danificada se a utilização inadequada for confundida com fabrico ou funcionamento defeituoso, ou no caso de o desconhecimento da forma correta de utilização motivada pela negligência do fornecedor em informar o comprador acabar por levar a danos ao consumidor.

8.2. – Marcas de luxo e marcas não luxosas

A natureza dos produtos de luxo é a que tem sido, recentemente, mais discutida em Tribunal. Não porque os produtos requeiram de uma especial instrução de utilização correta no momento da distribuição, mas sim porque se considera que, associada aos mesmos, se encontra uma “aura de luxo” que merece proteção. É esta imagem, criada na mente do consumidor, de exclusividade, qualidade e prestígio¹²⁴ do produto que tem vindo a justificar a imposição de SDS, mas, mais concretamente, a legitimar proibições de distribuição em *e-marketplaces* de produtos inseridos neste grupo. A proteção da apresentação dos produtos e do local a partir do qual é feita a distribuição é o pilar desta posição do TJUE, que afirma que só através dos *bans* é que se pode tutelar, na íntegra, este direito do fornecedor.

Afirma o TJUE que a afetação desta imagem luxosa, independentemente das características materiais, pode afetar a qualidade do produto. Esta definição fica aquém do desejado, pois vem exigir dos tribunais nacionais, e restantes autoridades competentes, a análise da “aura de luxo” aos olhos do consumidor, e não do próprio produto. Enquanto que nos produtos de complexidade técnica a análise já é mais objetiva, aqui não. Em segundo lugar, a definição proposta dificilmente se ajusta a justificar que produtos de alta-qualidade, mas que não tenham a considerada “aura de luxo”, possam justificar este tipo de proibições inseridas em SDS.

A opinião do Advogado-Geral Wahls de que a preservação da “aura de luxo” “(...) é válida tanto para os produtos ditos de «luxo» como para os produtos ditos de «qualidade»”¹²⁵ não se reflete expressamente na decisão do Tribunal, ficando a dúvida sobre a aplicabilidade destes princípios a produtos de qualidade elevada, mas que não são de “luxo”. A tendência

¹²⁴ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda - **EC Competition Law - texts, cases and materials**. 2nd. ed. Oxford : Oxford University Press, 2004. ISBN 0-19-926997-1, p. 511

¹²⁵ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 26 de julho de 2017, relativas ao processo C-230/16, EU:C:2017:603, p. 16, par. 95

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

evidenciada, de acordo com alguns autores, é a de permitir a aplicação de um SDS à comercialização de produtos “caracterizados por elementos tais como complexidade tecnológica, luxo e sofisticação da imagem e alta qualidade”¹²⁶. O TJUE, na decisão do caso “Coty”, não careceu de responder a esta questão, visto que estava perante, apenas e só, produtos que definiu como “de luxo”¹²⁷. Faltando, portanto, uma solução jurisprudencial para esta dúvida, apresentar uma possível solução resultante da investigação feita no decorrer desta dissertação é aliciante.

Atendendo a todos os fatores aqui em discussão, a distinção entre a natureza luxuosa de determinado produto, e a não luxuosa, será apenas relevante se considerarmos que apenas perante uma delas se justifica a imposição de um SDS. Seguindo a jurisprudência, é o próprio Tribunal que vem afirmar a natureza não luxuosa de determinados produtos cosméticos. Ora, atendendo à ideia de que o prestígio do produto não decorre, exclusivamente, das características materiais¹²⁸ do mesmo, a exclusão de produtos cosméticos e de higiene corporal da categoria de produtos “de luxo” é discutível¹²⁹. Esta exclusão é distinta da opinião do Tribunal, no caso “L’Oreal”, que utiliza como critério a preservação da qualidade do produto, atendendo as suas características¹³⁰. Ora, na teoria, um produto cosmético poderá ser um produto cuja qualidade é preservada através deste tipo de distribuição, mesmo não sendo considerado um produto de luxo. Aliás, se o TJUE define que, no caso “L’Oreal”, é bastante que se tencione salvaguardar a qualidade do produto, então no caso “Pierre Fabre Dermo-Cosmétique” vem contrariar esse princípio ao estabelecer que, não estando perante um produto de luxo, a restrição em causa não será lícita. Ainda que neste último caso estivéssemos perante uma proibição total de vendas pela *Internet*, interdição essa de consequências mais gravosas para o DdC, o Tribunal não vem demarcar-se dessa afirmação no caso “Coty”¹³¹. Consequentemente, obscureceu o limite estabelecido através da natureza

¹²⁶ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali (EDS.) - **The EC law of competition**. 2nd. ed. Oxford : Oxford University Press, 2007. ISBN 0-19-926929-7, p. 498, par. 7.187

¹²⁷ Diz-nos o Tribunal que, atendendo às características materiais, e ao consequente estilo e imagem de prestígio de um produto, o objetivo da proteção inerente a um SDS é a salvaguarda da “aura de luxo” do mesmo. *In* Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 25

¹²⁸ Acórdão de 23 de abril de 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, par. 1

¹²⁹ COLANGELO, Giuseppe; TORTI, Valerio - Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under EU Competition Rules after Coty Prestige. **European Competition Journal**. 14:February (2018) 81–109. doi: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1440727>, p. 19

¹³⁰ Acórdão de 11 de dezembro de 1980, L’Oreal, C-31/80, EU:C:1980:289, par. 16

¹³¹ “Há também que precisar que os produtos visados pelo sistema de distribuição seletiva em causa no referido processo não eram produtos de luxo, mas produtos cosméticos e de higiene corporal.” *In* Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 32

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

do produto, que até então poderia ser interpretado, *lato sensu*, a abranger qualquer produto cuja qualidade exigisse estes cuidados. Neste momento, uma interpretação mais restrita parece ser a adequada, em particular porque parece ser essencial analisar casuisticamente cada SDS, em matéria de natureza do produto e necessidade de manutenção deste sistema de distribuição. Nem todos os produtos “de qualidade” exigem esta forma de distribuição, como acaba por ser demonstrado na divergência interpretativa das entidades competentes, que já manifestaram opiniões contrárias à inclusão de calçado desportivo na categoria de produtos de luxo^{132 133}.

É também essencial, naturalmente, reafirmar que irei analisar esta distinção, tendencialmente, do ponto de vista da restrição decorrente da proibição de distribuição através de *marketplaces* eletrónicos, e não apenas da imposição de um SDS. Apreciados todos os prismas da questão, a perspetiva através da qual se limita a criação de redes de distribuição seletiva a produtos cujas características particularmente complexas a nível técnico, tecnológico, ou a produtos “de luxo”, aparenta ser a mais apropriada.

Permitir que se crie uma rede de distribuição, que limita o acesso dos distribuidores a um canal de venda, relativamente a produtos cujas características não necessitem da mesma, independentemente da sua qualidade e do direito à proteção da mesma pelo detentor da marca, ou pelo fornecedor do produto, não poderá permitir que se afirme que esta rede, hipotética, cumpre com os requisitos “Metro I”, e que a forma mais adequada de proteger estes direitos é a proibição total de distribuição através de *e-marketplaces*. Em sentido concorrente com a opinião do *Bundeskartellamt*: “Neither the type of product dealt with in the Coty and Pierre Fabre decisions nor the comments on the image of a luxury good allow conclusions on the decision’s transferability to other branded products”¹³⁴.

9 – Problemas principais decorrentes da interpretação do Tribunal

¹³² BUNDESKARTELLAMT - Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what ’ s next ? **Competition and Consumer Protection in the Digital Economy**. October (2018) , p. 2

¹³³ BEESTON, Sarah; RUTTEN, Anouk; KORSTENBROEK, Nina - Dutch court finds ban on selling Nike products through platforms (such as Amazon) is justified. **Van Doorne**. [Em linha] (20 nov. 2018). Disponível em [WWW:<URL:https://www.vandoorne.com/en/knowledge-sharing/2017_10/Dutch_court_finds_ban_on_selling_Nike_products_through_platforms_such_as_Amazon_is_justified/>](https://www.vandoorne.com/en/knowledge-sharing/2017_10/Dutch_court_finds_ban_on_selling_Nike_products_through_platforms_such_as_Amazon_is_justified/).

¹³⁴ BUNDESKARTELLAMT - **Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what ’ s next ?** Competition and Consumer Protection in the Digital Economy. . Bonn : [s.n.] (Relatório n.º IV), p. 3

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Recapitulando, os problemas que foram, até agora, referidos, são aqueles para os quais o Tribunal não teve a necessidade de se expressar, e, conseqüentemente, não ofereceu uma solução formal para os mesmos, como fez relativamente aos *marketplace bans* impostos para garantir a manutenção da aura de luxo de determinados produtos. Não argumentando em favor ou contra esta decisão, em sede deste capítulo, o TJUE conseguiu assim colmatar as incertezas de fornecedores de produtos de luxo quanto à licitude dos seus SDS que impunham este tipo de proibições genéricas.

As incertezas por esclarecer serão as abordadas nesta sequência, mantendo a perspectiva de que o TJUE será, com grandes probabilidades, chamado a interpretar estas questões num futuro próximo.

9.1. – Injustificação de uma proibição perante uma plataforma que seja objetivamente capaz de integrar a rede de distribuição

A proibição que impede que membros de um sistema de distribuição utilizem uma plataforma, terceira a esse mesmo acordo, para distribuir os produtos do fornecedor é justificada através do direito que o fornecedor tem de controlar o modo como os seus produtos são apresentados e distribuídos. Indubitavelmente, este controlo será mais eficaz se, entre os distribuidores e o fornecedor, existir um vínculo jurídico, que permite ao último atuar em caso de incumprimento dos deveres impostos pelo primeiro. É patente no caso “Coty” que o TJUE crê que esta proibição é um meio idóneo de fiscalização do ambiente através do qual os produtos são vendidos na Internet, e afirma que a “(...) inexistência de relação contratual entre o fornecedor e as plataformas terceiras obsta todavia a que este possa exigir, com esse fundamento, a essas plataformas que respeitem as condições de qualidade que impôs aos seus distribuidores autorizados”¹³⁵. Ora, este argumento, com o peso que lhe pode ser atribuído, não reflete o vínculo que o próprio distribuidor tem com uma plataforma terceira, através do qual o fornecedor pode, ainda que indiretamente, impor esses mesmos critérios de qualidade. Esta ligação pode incluir, por exemplo, a criação de uma loja própria dentro da plataforma, que corresponda aos critérios objetivamente impostos aos distribuidores. Esta opção, não é, contudo, o foco principal deste capítulo.

¹³⁵ Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 48

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

A abordar, de momento, são as situações nas quais uma proibição de utilização de plataforma terceira é injustificada. Exemplificando, será injustificada a proibição imposta aos distribuidores neste sentido, se o fornecedor utilizar, como meio de distribuição, uma plataforma terceira. Se o fornecedor considerar que a plataforma cumpre com os requisitos impostos aos restantes distribuidores, então não os deverá impedir de a utilizar como canal primário de distribuição. Para além do mais, atendendo aos custos inerentes mais benevolentes de criar uma loja virtual na plataforma, quando comparados com os custos de criar uma loja virtual própria, o benefício para os consumidores irá corresponder a preços mais reduzidos. Será também questionável a utilização destas proibições com o propósito único de eliminar as possibilidades de acesso à rede de distribuição dos já mencionados *pure players*.

9.1.2. – Exclusão de *pure players* e de plataformas híbridas

A Comissão, nas Orientações relativas às restrições verticais de 2010, afirmou que a imposição de manutenção de uma loja tradicional é um requisito objetivamente qualitativo, através do qual se pode recusar o acesso de um distribuidor ao SDS criado. Esta posição é a que se encontra na base ideológica do Regulamento de Isenção por Categoria, datado do mesmo ano. Não podemos, contudo, afirmar que assim nasceu um dogma do DdC. A Comissão afirmou, também nas suas Orientações, que seria possível retirar este benefício se, decorrendo das características do produto, não se verificar a exigência do critério imposto, pois considera que a restrição “não cria, em geral, efeitos de reforço dos ganhos de eficiência suficientes para compensar uma redução significativa da concorrência intramarcas”¹³⁶. Em 2017, no Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico¹³⁷, a Comissão reconhece que a inclusão genérica dos SDS que incluem a obrigação de manutenção de uma loja tradicional, poderá ser problemática nos casos em que esta restrição é imposta sem qualquer promoção concorrencial em matéria de qualidade de distribuição. A Comissão admite que problemas se poderão levantar nos casos em que não se verifica uma melhoria concorrencial em parâmetros que não o preço, sejam eles a distribuição ou a proteção da marca, e que, conseqüentemente, uma análise mais detalhada é essencial na determinação da licitude desta restrição. Partilhando desta última opinião demonstrada pela

¹³⁶ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 176

¹³⁷ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - **Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico**. Bruxelas. COM(2017) 229 final, p. 12, par. 27

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Comissão, a exigência de manutenção de uma loja tradicional com o propósito exclusivo de impedir o acesso à rede de *pure players* não deveria ser uma restrição que o Regulamento de Isenção por Categoria determina que, *à priori*, é lícita. Uma solução adequada seria retirar este benefício, de forma a analisar esta restrição através das normas do artigo 101.º do TFUE, tendo sempre em consideração que o número 3 do mesmo artigo pode sempre excepcionar a aplicação da proibição prevista. Relembrando, o acordo só é lícito à luz desta norma se esse mesmo acordo contribuir para melhorar a produção ou distribuição de produtos, ou ainda promovendo progressos técnicos, desde que reservando uma parte equitativa dos lucros para os consumidores, e desde que as restrições impostas não sejam indispensáveis e não permitam a eliminação da concorrência de uma parte substancial dos produtos¹³⁸. A alteração principal aqui, será a de analisar primeiro os efeitos da restrição e o seu conteúdo, e depois excepcionar a proibição, se cumprir com os requisitos da norma acima mencionada, ao invés de isentar a restrição, apenas porque a mesma se insere numa rede de distribuição seletiva.

Já perante as plataformas híbridas, é importante realçar que as proibições de utilização se focam na vertente de distribuição desinteressada da plataforma, e não na plataforma como distribuidor. Considerando, então, esta última característica das plataformas híbridas, se, como distribuidor, a plataforma cumprir com os requisitos de qualidade impostos aos restantes membros e potenciais membros da rede, então a mesma é elegível para integrar o SDS. A partir do momento em que o faça, cabe perceber se uma proibição de distribuição através de uma plataforma terceira, imposta aos distribuidores autorizados no espaço a que temos vindo a chamar de *marketplace*, será lícita se, essa plataforma na vertente de distribuidor autónomo, fizer parte da rede de distribuição.

O Regulamento de Isenção por Categoria indica que não se considera como uma restrição *hardcore*, a proibição imposta a um membro do sistema de exercer a sua atividade a partir de um local de estabelecimento não autorizado¹³⁹. Sabemos que a interpretação da Comissão relativa proibições de utilização de plataformas terceiras pode incluir a proibição de distribuição, se a mesma apresentar qualquer elemento identificativo da plataforma¹⁴⁰. O

¹³⁸ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 83, artigo 101.º, n.º 3, alíneas a) e b)

¹³⁹ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010, artigo 4.º, alínea c).

¹⁴⁰ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 54

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

TJUE corroborou, de certo modo, esta interpretação ao afirmar que a proibição de utilização visível de uma empresa terceira não constitui uma restrição da clientela¹⁴¹.

A definição que aqui importa esclarecer é a de “local de estabelecimento autorizado”, e qual a relevância da autorização dada a uma plataforma como distribuidora, se a mesma utilizar o seu *marketplace* como meio de distribuição. Se a plataforma for autorizada para aquele distribuidor, poderão outros argumentar que uma proibição de utilização da mesma será injustificada? Relembrando os critérios do caso “Metro I”, e aplicando-os na teoria, uma proibição neste sentido acabaria por levar a que o acordo fosse ilícito: ainda que se utilizasse como argumento um critério objetivo de natureza qualitativa, para justificar o acordo, a restrição, uniformemente fixada, não seria aplicada de forma não discriminatória, pois permitiria que um dos distribuidores utilizasse a plataforma para proceder à venda dos mesmos produtos. Por último, a autorização de utilização dada à plataforma levaria a questionar se uma restrição perante os restantes distribuidores, era, conseqüentemente, necessária à prossecução do fim comum a todos.

9.2. – Proteção da imagem da marca: necessidade e proporcionalidade

É jurisprudência assente, e aceite pela doutrina, que o “(...) objectivo de preservar a imagem de prestígio não pode constituir um objetivo legítimo para restringir a concorrência”¹⁴² no sentido de proibir, de forma absoluta, a distribuição através da *Internet*. Uma proibição absoluta será uma restrição por objetivo, que culmina com a eliminação da possibilidade de utilização deste canal de distribuição. Indiscutivelmente, impossibilitar que os distribuidores consigam chegar ao maior número de consumidores, relativamente a produtos cujas características não exigem a distribuição através dos meios tradicionais, é uma limitação ilícita.

Estabelecido este extremo, a justificação da proteção da imagem de marca, ou “aura de luxo” tem sido utilizada pela maior parte dos fornecedores que impõe SDS, nos quais incluem uma proibição relativa de distribuição através da *Internet*, em particular, a proibição de distribuição através de plataformas terceiras que operem de forma visível perante os consumidores. O TJUE manifestou-se, na decisão sobre o *Coty Prestige*, que uma restrição desta natureza é lícita, pois não impede os distribuidores de vender na sua própria loja virtual,

¹⁴¹ Acórdão de 6 de dezembro de 2017, *Coty*, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 68

¹⁴² Acórdão de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, C-439/09, EU:C:2011:649, par. 46

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

ou em plataformas terceiras cuja intervenção não seja visível para os consumidores. Desta decisão podemos retirar que a proteção do caráter luxuoso dos produtos não é danificada pela utilização, nem da *Internet* através de lojas particulares criadas para o efeito, nem de plataformas terceiras. O problema parece surgir quando é evidente, para os consumidores, que a página em que vão aceder ao produto é de uma plataforma virtual que não pertence à marca fornecedora. O que parece estar aqui em questão é que a identidade da plataforma, na qual existe um *e-marketplace*, é lesiva da boa imagem que a marca quer preservar.

Uma das grandes razões pela qual se afirma a existência de um dano da identidade destes produtos é a forma como os mesmos são apresentados aos consumidores, muitas vezes associados com outros produtos que, genericamente, nada têm de semelhante ao produto inicialmente procurado. A ideia de associar produtos de luxo a produtos de inferior qualidade no momento da apresentação, e posterior venda, veio reforçar a preocupação do detentor do direito em questão.

Ora, o segundo grande argumento que suporta esta teoria de “causa-efeito” entre a plataforma e o dano à imagem da marca, e abordando, para já acessoriamente, o problema do direito ao controlo de qualidade por parte do fornecedor, é a de que apenas perante os distribuidores autorizados pode o fornecedor exercer esse seu direito, devido ao vínculo contratual que os une. O próprio Advogado-Geral Wahl faz uma breve referência à qualidade destas plataformas, e à sua capacidade de assegurar a mesma qualidade de apresentação que os distribuidores autorizados asseguram¹⁴³. Posto isto, e concordando com esta opinião manifestada, a relação contratual entre o fornecedor e o distribuidor autorizado que utiliza uma plataforma terceira para proceder à venda dos produtos será suficiente para assegurar a qualidade da distribuição no caso de, por exemplo, o distribuidor criar a “monta virtual” dos produtos dentro do *marketplace*. Esta inclusão de regras de garantia de qualidade da distribuição, incluídas no SDS, que se imponham diretamente à distribuição feita através de lojas virtuais, e de *e-marketplaces*, é um mecanismo de controlo acessível ao fornecedor.

Ajustando, deste modo, os princípios de necessidade e proporcionalidade das restrições impostas, não irá discutir-se o direito do fornecedor a proteger a marca que criou e

¹⁴³ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 26 de julho de 2017, relativas ao processo C-230/16, EU:C:2017:603, p. 20, par. 114

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

estabeleceu no mercado. Irá, sim, discutir-se a adequação das restrições, comumente impostas, ao fim desejado pelo detentor do direito.

Dita a tendência jurisprudencial que os produtos “de luxo”, atendendo às suas características, materiais e imateriais, e à sua natureza, podem necessitar da imposição de um sistema de distribuição seletiva. Não arguindo o contrário, e fixando a análise da necessidade no momento da criação da rede de distribuição, é indiscutível que existem fornecedores de determinados produtos que, devido a qualidades excepcionais, requerem de mecanismos de distribuição mais controlados. Contudo, o fator necessidade apenas nos permite analisar a licitude da imposição do SDS, e não as cláusulas restritivas que nele se podem inserir. Esta avaliação já nos obriga a determinar se essas mesmas cláusulas são, ou não, proporcionais, isto é, adequadas para a solução pretendida, sem exceder o necessário para alcançar a mesma. Esta discussão toma como ponto de partida a avaliação de proporcionalidade feita pelo TJUE no caso “Coty”¹⁴⁴.

O Tribunal concentra-se em pontos já referidos nesta dissertação para fundamentar o porquê de considerar que uma proibição absoluta de distribuição através de *e-marketplaces* é adequada a proteger a “aura de luxo” de certos produtos. Em primeiro lugar, o TJUE afirma que a proibição de uso de plataformas terceiras, identificadas como tal, é uma garantia de que, à partida, os produtos do fornecedor são associados exclusivamente aos distribuidores autorizados. É uma decorrência natural dos sistemas de distribuição, sejam exclusivos ou seletivos, que a marca fique associada aos distribuidores autorizados, pois são os únicos aos quais os produtos são fornecidos e, posteriormente, anunciados e vendidos aos consumidores. É também relevante mencionar que a venda através de distribuidores autorizados salvaguarda a garantia de origem do produto. Posto isto, dificilmente se argui que o TJUE afirma erroneamente que a associação do produto ao fornecedor é uma garantia prestada aos consumidores.

Em segundo lugar, o TJUE reforça a ideia de que o fornecedor só assegura o seu poder de fiscalização da qualidade de apresentação dos seus produtos na internet, de forma eficaz, através desta medida, reiterando que a falta de um vínculo jurídico com a plataforma obsta ao exercício deste direito de forma atempada. Ora, o facto de a distribuição ser feita através de uma plataforma que não foi criada pelo distribuidor autorizado não significa que o mesmo

¹⁴⁴ Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941, par. 43 a par. 58.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

não tenha qualquer controlo sobre a forma como os produtos são nela apresentados. Uma rápida pesquisa nestes *e-marketplaces* revela-nos que o grau de personalização da página através da qual as grandes marcas¹⁴⁵ apresentam os seus produtos se encontra de tal forma elevado que apenas se distingue de uma página da *Internet* de um distribuidor devido ao diferente acesso: para aceder à primeira, é necessário aceder em primeiro lugar à plataforma virtual, enquanto que para aceder à segunda, é necessário aceder apenas à página do distribuidor. Isto significa que o distribuidor autorizado tem, em determinadas plataformas, mecanismos para cumprir com os mesmos requisitos de qualidade que lhe seriam impostos se ele criasse uma loja virtual de raiz. Em segundo lugar, se esses mesmos requisitos não fossem cumpridos, a proibição de o distribuidor utilizar aquela mesma loja virtual seria eficaz para o fim em questão: impedir que os produtos não fossem representados perante os consumidores com a qualidade que lhes é inerente.

Admitindo que não seria uma solução tão atempada, por não ser preventiva e ocorrer após uma lesão, é ideal e necessário criar mecanismos que permitam ao fornecedor entrar diretamente em contacto com a plataforma através da qual se procede à distribuição, para que seja a mesma a terminar com o dano que o fornecedor está a sofrer, deste modo aumentando a confiança dos fornecedores nestes mercados virtuais. Criando um mecanismo eficaz de queixa, disponível unicamente ao fornecedor, cuja consequência fosse a eliminação da loja virtual que não corresponde aos standards impostos a todos os distribuidores autorizados, seria uma garantia de qualidade dos produtos e da apresentação dos mesmos dada ao fornecedor. A *Amazon*, um gigante do mercado virtual, criou um mecanismo, cujo nome é *Amazon Brand Registry*¹⁴⁶, e que permite aos proprietários de uma marca registada na UE ter um maior controlo sobre violações dos seus direitos de propriedade intelectual e não só, permitindo assim a um fornecedor um maior controlo das atuações dos representantes da sua marca no *markeplace* da *Amazon*. Na sequência desta ideia, é importante confiar que as plataformas têm a capacidade e a responsabilidade de se autorregular em matéria de concorrência transparente, justa e pró-consumidores, através da criação de regras de

¹⁴⁵ Por exemplo, a página da marca *Levi's* inserida na plataforma *Amazon.co.uk*, tem um formato praticamente idêntico à sua página oficial portuguesa (www.levis.pt), com exceção dos mecanismos de pagamento específicos da plataforma em questão.

¹⁴⁶ Disponível em: <https://brandservices.amazon.com>

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

funcionamento que não permitam que a plataforma consiga desvirtuar o processo concorrencial a seu favor.

Complementarmente, o próprio facto de os produtos serem unicamente distribuídos através de lojas virtuais e não plataformas é um fator contributivo para a qualificação da “aura de luxo” dos mesmos, pelo que o TJUE considera que será proporcional proibir a distribuição através destas plataformas, porque a própria natureza da mesma, quando visível aos consumidores, é lesiva da qualidade do produto. Ora, lembrando a opinião do Advogado Geral Wahls, já neste capítulo mencionada, de facto, as plataformas em linha em questão “estão em condições de conceber e de assegurar uma valorização da apresentação dos produtos em causa da mesma maneira que o fazem os distribuidores autorizados”¹⁴⁷. Para o Advogado Geral, não são as condições de qualidade que consubstanciam um problema, mas sim a falta do vínculo jurídico sobre o qual se refletiu acima. E, efetivamente, arguir que a própria plataforma não detém capacidade para cumprir com os requisitos qualitativos impostos neste SDS é um argumento falacioso, que leva o leitor da decisão a pensar que estamos perante plataformas cuja própria imagem cria, aos olhos do consumidor, uma sensação de fraca qualidade dos produtos através dela distribuídos. Posto isto, é importante colocar a questão relativa à adequação desta medida para a preservação da imagem de luxo dos produtos.

Arguir que a única forma de garantir esta preservação é através de uma proibição de utilização de plataformas terceiras (devidamente identificadas como tal), quando destas plataformas não incorre um dano à apresentação dos produtos e sua distribuição, e consequentemente não afeta “aura de luxo” que a proibição se destina a proteger sinaliza que talvez esta solução não seja a mais adequada, e que outros mecanismos existirão, menos lesivos para o acesso dos consumidores aos produtos, para garantir ao fornecedor que a qualidade de distribuição é mantida por todos os distribuidores, independentemente do sítio da *Internet* onde baseiam a sua loja virtual.

Por último, o Tribunal lembra que não se trata de uma proibição absoluta de utilização, apenas relativa, e que este canal de distribuição ainda é pouco relevante no âmbito da distribuição através da *Internet*, e, consequentemente, decorre da conjunção destes

¹⁴⁷ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 26 de julho de 2017, relativas ao processo C-230/16, EU:C:2017:603, p. 20, par. 114

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

elementos que a restrição é proporcional. Efetivamente, o fornecedor permite a utilização de plataformas terceiras, desde que a utilização das mesmas se mantenha desconhecida dos consumidores, manipulando assim a imagem da plataforma para levar o consumidor a pensar que está a aceder à loja virtual de um distribuidor autorizado.

O facto de ser permitido utilizar plataformas de forma não perceptível não resolve, à partida, o problema da falta de vínculo jurídico entre o fornecedor e as primeiras. Partindo do pressuposto que, nestas plataformas, também não é o distribuidor autorizado que cria a base da sua “montra virtual”, independentemente da personalização que lhe for permitida *à posteriori*, afirmar que não existe qualquer problema decorrente da falta de vínculo com a plataforma terceira ao SDS, pois o fornecedor pode agir diretamente contra o distribuidor autorizado, então a mesma lógica poderá aplicar-se a plataformas que atuam visivelmente perante os consumidores. A falta de vínculo jurídico, se a atuação contra o distribuidor autorizado for eficaz, não consubstancia um problema irresolúvel.

9.3. – Problemas decorrentes da existência de demasiadas redes de distribuição num mesmo mercado

A aceitação de proibições genéricas de utilização de plataformas virtuais como restrições lícitas levará, certamente, a um incremento da inserção destas restrições em SDS, pelo menos sempre que de produtos “de luxo” se tratar. As grandes marcas que considerem que os seus produtos estão dentro da categoria de produtos cuja “aura de luxo” é danificada por este canal de distribuição utilizarão a argumentação do TJUE para criar novos, ou modificar, SDS, com o intuito de impedir a utilização de *e-marketplaces*, por parte dos seus distribuidores autorizados. Consequentemente, quanto mais SDS existirem no mercado, mais evidente será o impacto na concorrência intra-marcas.

Como já verificámos, o impacto na concorrência intra-marcas será mais grave quando a concorrência inter-marcas não for forte o suficiente para contrapesar a verificação destas restrições. Relembrando, decorre da análise económica das restrições verticais a sua inclusão em duas diferentes categorias: restrições intra-marca e restrições inter-marca. Estas restrições podem ter um impacto negativo na concorrência intra-marcas, ou seja, na concorrência entre diferentes distribuidores de produtos da mesma marca, ou na concorrência inter-marcas, que como o nome indica, afeta a concorrência entre diferentes fornecedores. É na primeira categoria que se insere o nosso problema. Apelidadas de

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

restrições intra-marca são aquelas que têm como objetivo limitar a concorrência no mercado a jusante, sem limitar a liberdade de compra e venda dos consumidores. Estas restrições podem afetar a concorrência de preços ou não.

9.3.1. – Diminuição de concorrência intra-marcas através dos *online Marketplace bans*

Apesar de existir uma menor preocupação com a concorrência intra-marcas, no sentido em que são restrições mais facilmente justificadas através de ganhos de eficiência, do que as restrições impostas a nível de *brandowners*, uma restrição desta categoria num mercado em que a concorrência inter-marcas esteja enfraquecida, levantará preocupações. A Comissão esclarece, nas suas Orientações, que existem, pelo menos, quatro possíveis efeitos negativos que podem decorrer de uma restrição vertical, sendo que neles se inclui a redução da concorrência intra-marcas, pois estamos a falar de um possível “abrandamento da concorrência entre o comprador e os seus concorrentes e/ou maior possibilidade de colusão entre esses concorrentes, efeitos frequentemente designados por redução da concorrência intra-marcas se disser respeito à concorrência entre distribuidores a nível da marca ou produto do mesmo fornecedor”¹⁴⁸. Quanto menos vias de distribuição existirem de um determinado produto, menor será a margem de liberdade de escolha do consumidor. Esta relação entre o consumidor e o produto pode ser negativa, na perspetiva de concorrência de preços, como positiva, na perspetiva de concorrência de outros fatores distintos¹⁴⁹, não havendo discordância de que a concorrência de preços não é a única que deve ser considerada no mercado. Contudo, a possível redução de concorrência entre os vários distribuidores da mesma marca, num mercado com pouca concorrência inter-marcas, terá um maior impacto no consumidor do que num mercado em que a concorrência inter-marcas for intensa.

Admitindo que estamos perante uma restrição de uma forma de venda específica através da *Internet*, mas que permite aos distribuidores fazer publicidade dos seus produtos através da *web*, não se pode afirmar que se verifica uma limitação da *searchability* dos distribuidores, que são relativamente fáceis de encontrar *online* através de motores de busca, problema esse que se verificava no caso “Asics”¹⁵⁰. Logicamente, a análise de restrições à concorrência entre distribuidores deveria ser analisada casuisticamente, pois depende altamente da construção do mercado de que estamos a falar, e exige que se analise também a concorrência

¹⁴⁸ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 100

¹⁴⁹ Como a qualidade do serviço de distribuição, a existência de serviços pós-venda, entre outros.

¹⁵⁰ Sumário do acórdão de 26 de agosto de 2015 do *Bundeskartellamt*, referência B2-98/11, pág. 10, par. 3.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

entre fornecedores, para que se possa concluir que esta restrição tem impacto suficiente para ser analisada à luz do artigo 101.º, 1 do TFUE¹⁵¹. Diz-nos a Comissão, e parafraseando, que “quanto mais forte for a posição dos concorrentes que não aplicam a distribuição selectiva, menos provável é a exclusão de outros distribuidores”¹⁵². Isto significa que se todos os concorrentes tidos como mais fortes utilizarem estes sistemas de distribuição, maior a probabilidade de se verificar uma consequência negativa para a concorrência.

No cenário mais grave, em que o mercado se encontra altamente concentrado, a utilização de SDS pode indiciar colusão tácita entre os distribuidores. Ponderando cenários menos extremos, mas combinando a existência de vários SDS num mesmo mercado com, por exemplo, as dificuldades de acesso ao mercado de outros concorrentes que daí podem decorrer, alguns efeitos de encerramento do mercado que possam ocorrer, ou as dificuldades de inovação na distribuição dos vários agentes no mercado, podemos questionar se não deveria existir uma verificação *à priori* destes sistemas, ao invés de os isentar automaticamente, dentro das condições do Regulamento de Isenção por Categoria.

Acresce ainda que, de acordo com a Comissão, e para o caso específico da distribuição em linha que nos é mais interessante, é pouco provável assegurar a compatibilidade com o número 3 do artigo 101.º do TFUE a sistemas de distribuição seletiva que impeçam o “acesso ao mercado a novos distribuidores capazes de venderem os produtos em questão de forma adequada, (...) ou os distribuidores que apenas desenvolvem actividades em linha e que oferecem baixos preços aos consumidores”¹⁵³.

9.4. – Violação do princípio da equivalência

Como já foi mencionado nesta dissertação, aquando da apreciação das Orientações sobre restrições verticais, a Comissão Europeia diz-nos “que qualquer obrigação que dissuada os distribuidores designados de utilizarem a Internet para atingir um leque mais vasto e diversificado de clientes, através da imposição de condições para as vendas em linha não

¹⁵¹ Independentemente do Regulamento de Isenção por Categoria, que não exige qualquer tipo de verificação destas restrições, desde que a empresa detenha menos de 30% de poder de mercado e que nenhuma restrição *hardcore* tome lugar.

¹⁵² Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 56

¹⁵³ *Ibidem*, par. 179

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

equivalentes, em termos globais, às impostas para as vendas num estabelecimento tradicional, constitui uma restrição grave”¹⁵⁴.

Não querendo, contudo, tratar de igual modo formas de distribuição que são, de facto, diferentes, a Comissão refere que as restrições devem ter os mesmos objetivos, e resultados comparáveis. O exemplo que é dado é referente ao momento da entrega de um bem após uma compra e venda: se o consumidor comprar o produto numa loja tradicional, pode o fornecedor estabelecer que o distribuidor tem de permitir a recolha o produto no momento em que o consumidor o adquire. Ora, esta exigência não é compatível com a compra e venda numa loja virtual, pelo que uma imposição que obriga a loja virtual a entregar o produto dentro do menor período de tempo que lhe é possível, é uma imposição que assegura um mesmo objetivo, e resultados comparáveis: a garantia de que o consumidor recebe o produto, num período de tempo que é considerado o mínimo possível, mas já exequível.

De um outro ponto de vista, é interessante abordar a imposição de SDS perante plataformas virtuais com o argumento de que apenas em lojas *brick and mortar* se pode adquirir aconselhamento especializado, se o fornecedor utilizar como distribuidores físicos lojas que não têm essa capacidade de aconselhamento. Não sendo este o exemplo mais relevante para o nosso caso, é mais uma demonstração de que não basta que os produtos necessitem desta forma específica de distribuição, mas também que os critérios aplicados sejam equiparáveis perante os vários métodos de distribuição que existem no mercado de distribuição.

Este princípio é aqui mencionado porque, em lugar algum, nos diz o Regulamento de Isenção por Categoria, no seu artigo 4.º, que da violação do princípio da equivalência decorre a retirada do benefício. Apesar de a Comissão considerar que estamos perante uma restrição grave da concorrência, o Regulamento não concretizou legalmente este preceito quando formulou a alínea c) do artigo 4.º, que reflete as restrições graves que implicam a retirada da isenção.

Ora, esta presunção de que as restrições são equiparáveis, diferenciando-se apenas na própria natureza dos distintos formatos de canais de distribuição, implica que, para o nosso caso concreto, o fornecedor que impede os seus distribuidores de utilizar *marketplaces* que são, visivelmente, terceiros, tem também de proibir a distribuição feita em lojas físicas cuja

¹⁵⁴ *Ibidem*, par. 56

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

denominação como terceiro seja visível ao consumidor. Posto isto, utilizando o portefólio de marcas detidos pela *Coty*, e pensando na sua distribuição em Portugal, uma restrição com um objetivo semelhante à imposta impede, em nome da qualidade dos produtos, que os mesmos sejam distribuídos através de lojas que vendem todo o tipo de marcas e produtos, sob pena de lesar a “aura de luxo” que os produtos da *Coty* emanam.

É de elevada importância referir que o fenómeno dos *e-Marketplaces* é um fenómeno estritamente virtual, relativamente ao qual não existe uma “loja física” com as características de uma plataforma com este tipo de dimensões e capacidade de distribuição mundial. Tendo isto em consideração, a análise do princípio da equivalência é um exercício de extrema dificuldade porque não pode ir para além das restrições com um objetivo semelhante, mas não deve tentar colocar em patamares semelhantes meios de distribuição com diferenças tão evidentes. E se este exercício for infrutífero, e nos levar a afirmar que não existe uma forma de restrição adequada que justifique os mesmos objetivos das restrições impostas a estas figuras puramente eletrónicas, temos então de afirmar que estamos a falar de uma restrição hardcore à Concorrência.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

10 – Soluções

Concluída a análise das questões associadas ao Caso “Coty”, o passo a dar na sequência desta dissertação é apresentar algumas ideias que possam trazer algum equilíbrio à nova tendência de digitalização do Mercado Europeu. O aumento da regulamentação das plataformas é o momento ideal para promover um maior grau de transparência do funcionamento das mesmas, e simultaneamente permitir que os fornecedores possam exercer o seu controlo de forma eficaz, sem ter de optar pela proibição genérica de utilização de plataformas terceiras.

Partindo do pressuposto que a proibição de distribuição através da *Internet* constitui uma limitação das vendas passivas, e é, conseqüentemente, uma restrição *hardcore* que leva à retirada do benefício da isenção do Regulamento 330/2010 – consequência prática da limitação substancial de vendas online que o distribuidor sofre – temos de considerar a proibição de distribuição através de *marketplaces* individualmente, mas também quando, cumulativamente com outras restrições, leva ao mesmo efeito prático que a proibição *de facto* de distribuição através da *Internet*¹⁵⁵.

É também importante fazer uma breve menção à postura da Comissão na sua decisão contra a *Guess*, na qual não recorre à decisão do caso *Coty* nem ao Regulamento de Isenção por Categoria para classificar as restrições à distribuição online impostas pelo fabricante de roupa aos seus distribuidores, de forma a analisar se essa postura, que nos leva a afirmar que uma “limitação substancial” à distribuição é uma restrição grave que merece ser sancionada não será a mais correta a aplicar ao nosso caso concreto.

Por último, é essencial fazer menção ao facto de nos estarmos a aproximar, a largos passos, da data¹⁵⁶ em que o Regulamento 330/2010 caduca. O processo de consulta pública relativo à manutenção ou modificação deste Regulamento termina em maio de 2019, e implicará também um *update* das Orientações da Comissão relativas a restrições verticais. Esta é a oportunidade de a Comissão esclarecer quais os limites à proibição de distribuição através de mercados virtuais que sejam terceiros a um SDS.

¹⁵⁵ Apesar de não ser este o facto descrito no caso *Coty*, é uma realidade que, previsivelmente, se irá verificar como decorrência desta decisão do TJUE.

¹⁵⁶ 31 de maio de 2022

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

10.1. – Cumulação de restrições: quando o *Marketplace ban* leva a uma limitação evidente da capacidade de distribuição

O caso “Coty”¹⁵⁷ deixou algumas “pontas soltas”, no que toca às novas restrições criadas para serem impostas ao comércio virtual, por não ter existido necessidade de pronúncia sobre as mesmas. A importância deste capítulo na parte em que são apresentadas soluções prende-se com o facto de estas mesmas restrições terem sido abordadas e discutidas pela Comissão, em 2018, e com a importância de entender que a cumulação das mesmas com uma proibição de distribuição através de *marketplaces* pode, em última instância, levar a uma limitação muito evidente da distribuição através da internet. Falamos de restrições¹⁵⁸ como a proibição de utilização de *price comparison tools* e a proibição de utilizar a marca em ferramentas de pesquisa, de forma a que o resultado da mesma fosse sempre a página da *Internet* do fornecedor, e não dos seus distribuidores.

Estas restrições são avaliadas num caso já mencionado nesta dissertação, que é analisado à luz das proibições de venda em plataformas, que é o caso “Asics”. A proibição de utilização da marca em motores de pesquisa leva, invariavelmente, a uma redução significativa das vendas passivas dos distribuidores, visto que os consumidores que fazem compras online dependem da sua capacidade de aceder ao produto através de motores de pesquisa. Em particular, esta restrição implica uma análise mais detalhada do princípio da equivalência por parte do *Bundeskartellamt*, visto que é uma restrição que se encontra intrinsecamente ligada ao mundo virtual, sem comparação com restrições aplicadas a distribuidores físicos¹⁵⁹. Já a proibição de utilização de *price comparison engines* foi considerada como contrário ao DdC por não se verificar qualquer critério qualitativo que justificasse esta proibição, o que leva também a Autoridade da Concorrência alemã a referir que o princípio da equivalência estava a ser desconsiderado, por se estar perante um fenómeno que só existe na *Internet*.

Ora, se estas restrições foram consideradas como contrárias ao princípio da equivalência, por levarem a uma diminuição da capacidade de distribuição (as chamadas vendas passivas), então e se a cumulação de várias restrições que o Regulamento 330/2010, por si só, não

¹⁵⁷ KUHN, Tilman; RUST, Mathis - **Who’d have guessed: Coty did not end the debate!** [Em linha], atual. 2019. Disponível em WWW:<URL:https://www.whitecase.com/publications/article/whod-have-guessed-coty-did-not-end-debate>.

¹⁵⁸*Ibidem*

¹⁵⁹ Sumário do acórdão de 26 de agosto de 2015 do *Bundeskartellamt*, referência B2-98/11, pág. 6, par. 2

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

considera gravoso o suficiente para retirar o benefício da isenção, levar a uma diminuição relevante da capacidade de distribuição?

Em especial, as ferramentas de comparação não se restringem apenas aos preços, e servem essencialmente para permitir que os consumidores possam comparar produtos e serviços oferecidos através da Internet. É um mecanismo que promove alguma transparência referente aos vários distribuidores do mesmo produto, e permite uma análise mais detalhada, através de *feedback* dos consumidores, sobre a forma de prestação do serviço e os preços praticados. Não se trata de uma prática nova por parte do consumidor interessado, mas sim de uma facilitação do processo de procura, comparação, e, finalmente escolha e aquisição do produto, e da forma de distribuição mais adequada às necessidades daquele comprador em específico. Uma proibição que incidisse sobre a capacidade de recolha de informação do consumidor, por si só, é incapaz de limitar as vendas, por não se tratar de uma forma de distribuição. Contudo, será que a sua associação a uma proibição de distribuição através de um *e-marketplace* é suficiente para afirmarmos que o SDS restringe de forma evidente a concorrência? Ou, num outro cenário, será que respeita o princípio da equivalência, ou estaremos novamente perante restrições que só podem ocorrer no mundo do comércio eletrónico, e consequentemente temos de afirmar a sua contrariedade a este princípio? A decisão do caso “Asics” vem dizer-nos que a proteção da marca não era justificação suficiente para permitir que a *Asics* proibisse a utilização de ferramentas de comparação de preços, fazendo um paralelismo com o caso “Coty” no qual distingue as consequências práticas da restrição: no primeiro caso, existia efetivamente uma limitação da visibilidade e *findability* dos distribuidores, o que impedia os agentes mais pequenos de competir de forma justa naquele mercado, contra o fornecedor (que era distribuidor em simultâneo, como a maior parte das marcas o são). Posto isto, é essencial afirmar que a proibição de utilização de determinados mecanismos virtuais de publicidade, quando conjugada com a proibição de distribuição através de mercados *online*, pode levar a consequências notórias para o funcionamento da Concorrência num determinado mercado, mas que não consubstancia, necessariamente, uma limitação das vendas passivas de acordo com o Regulamento 330/2010. Já concluímos que uma proibição *de facto*, ou uma restrição que tenha como consequência uma proibição *de facto* de utilizar a *Internet* para distribuir será tendencialmente considerada como uma restrição da concorrência por objeto, à luz do 101.º, n.º1 do TFUE. Temos, contudo, de tornar mais explícita a consequência de um cumular de

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

restrições que não chegue ao limite mais gravoso, mas se aproximem de forma evidente deste mesmo resultado¹⁶⁰.

Iremos voltar a esta questão quando abordarmos a situação em que se encontra atualmente este Regulamento.

10.2. – Caso “Guess” – “Limitação substancial” ao tráfego online

O caso “Guess”, decidido pela Comissão Europeia, é aqui mencionado pela restrição referente à proibição de utilização da marca para fins publicitários, e, em especial, pelo objetivo primário desta proibição: o redirecionamento do tráfego online dos consumidores para o *website* do fornecedor, com o objetivo de o fazer crescer e alcançar o maior número de visualizações. A *Guess* tinha como política a proibição de utilização da palavra *Guess* nos anúncios publicados na Google através da *Google AdWords*¹⁶¹ por qualquer página virtual que não a *guess.eu*, com o fundamento de maximizar o alcance da sua página à custa dos seus distribuidores independentes¹⁶².

Em segundo lugar, a *Guess* fazia depender as vendas online dos seus distribuidores de uma autorização por si dada de forma irregular e inconsistente, com o único objetivo de proteger as suas próprias vendas online e, sob o manto da “proteção da imagem prestigiosa da marca”, limitar a concorrência intra-marcas, sem respeitar qualquer critério qualitativo¹⁶³.

A Comissão analisa este caso, à luz de decisões anteriores do TJUE¹⁶⁴, e acaba por não se alinhar com a última decisão conhecida do Tribunal, cujo nome dá o título a esta dissertação.

Em primeiro lugar, a inexistência de uma análise detalhada do Regulamento 330/2010, em particular quando se está a discutir um SDS e uma restrição vertical – que não leva, à partida, a uma proibição universal de distribuição através da internet por parte dos seus distribuidores

¹⁶⁰ KUHN, Tilman; RUST, Mathis - **Who'd have guessed: Coty did not end the debate!** [Em linha], atual. 2019. Disponível em WWW:<URL:https://www.whitecase.com/publications/article/whod-have-guessed-coty-did-not-end-debate>.

¹⁶¹ “Google AdWords is the largest and most widely used online search advertising service. That service allows economic operators, by reserving or bidding on one or more keywords, to obtain the placing of an advertising link to their website whenever an internet user enters one or more of those words as a request in the Google search engine. The advertising links typically appear on Google’s general search results pages next to the so-called generic/natural search results.” in Commission Decision of 17.12.2018 relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the Agreement on the European Economic Area, Case AT.40428 *Guess*, C(2018) 8455 final, par. 42

¹⁶² *Ibid*, par. 48

¹⁶³ *Ibid*, par. 55

¹⁶⁴ *Ibid*, par. 115

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

– levanta a questão da própria adequação do Regulamento para resolver este problema: criou-se um novo standard de “limitação substancial” da capacidade de distribuição como critério de decisão sobre “restrições da concorrência por objeto”¹⁶⁵? A discrepância entre esta decisão e a decisão do TJUE é que este último não considerava que uma limitação substancial do tráfego *online* consubstanciava uma restrição *hardcore* à luz da regulamentação em vigor, pelo que a posição da Comissão acaba por ser mais amigável para as plataformas de comércio virtual que o Tribunal. A Comissão já tinha também mencionado, nas suas Orientações¹⁶⁶, que considerava a publicidade feita através da Internet a clientes específicos ou a grupos de clientes, como vendas ativas. Mais curioso torna o percurso que a Comissão decidiu seguir na análise deste caso.

Em segundo lugar, a referência feita à distribuição própria do fornecedor não é suficiente para afastar a aplicação do Regulamento, que se aplica a estes casos através da alínea a), do número 4 do artigo 2.º. Portanto, cabe agora entender o porquê de se ter decidido não analisar o Regulamento e analisar unicamente o artigo 101.º para determinar a gravidade destas restrições: a Comissão afirma (e com razão) que, como o acordo tem como objetivo repartir os mercados, pelo que o Regulamento não pode ser aplicado.

Uma outra possível interpretação é a desadequação do Regulamento 330/2010 a esta nova realidade de proibições. Já constatámos que muitas destas restrições são específicas do mundo virtual, e não têm qualquer elemento comparativo com as restrições impostas às lojas *brick-and-mortar*, pelo que pode ser complicado ajustar esta nova realidade às restrições que, em 2010, a Comissão considerava como *hardcore*. Mesmo a norma que retira a isenção a restrições às vendas passivas salvaguarda a possibilidade de o fornecedor “proibir um membro do sistema de exercer as suas atividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado”¹⁶⁷ não pode ser aplicado na íntegra às lojas virtuais, visto que nas suas Orientações¹⁶⁸, a Comissão menciona que a utilização de um *website* próprio não pode ser assimilada à abertura de um novo estabelecimento numa localização nova.

¹⁶⁵ KUHN, Tilman; RUST, Mathis - **Who'd have guessed: Coty did not end the debate!** [Em linha], atual. 2019. Disponível em WWW:<URL:<https://www.whitecase.com/publications/article/whod-have-guessed-coty-did-not-end-debate>>.

¹⁶⁶ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 51

¹⁶⁷ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010

¹⁶⁸ Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130, par. 57

10.3. - Alteração do Regulamento de Isenção por Categoria

Como já foi mencionado, a cumulação de determinadas restrições, sendo as mais relevantes para este trabalho de investigação a proibição de distribuição através de plataformas virtuais, a proibição de utilização da marca em questões de publicidade e a proibição de utilização de determinadas ferramentas de comparação virtuais, pode levar a consequências que, não sendo tão graves como a restrição de vendas passivas prevista no Regulamento 330/2010, pode levar a uma evidente e substancial limitação da capacidade de o distribuidor ser encontrado no mercado digital, e da capacidade de distribuição do mesmo que dessa limitação decorre. Decorre da interpretação da Comissão que uma restrição que impede os distribuidores de “comprar” anúncios no Google com a marca em questão é uma restrição *hardcore*, no sentido expresso do Regulamento 330/2010 sobre restrições de vendas passivas, e ainda no sentido do artigo 101.º do TFUE – estamos perante uma restrição que, pela sua própria natureza, é prejudicial para a concorrência, e, portanto, não é necessária a análise dos seus efeitos no mercado. Ainda que fundamentando esta gravidade de proibição com a falta de uma justificação qualitativa como “a proteção da imagem de marca” ou “a garantia de correta utilização dos produtos”, a Comissão não deixa de ter marcado uma posição em matéria de restrições ao comércio eletrónico.

A afirmação de que a proibição de utilização da marca referente à *Google AdWord* é feita com o objetivo de repartir o mercado, por limitar as vendas passivas ou ativas dos distribuidores autorizados, leva automaticamente ao preenchimento da alínea c) do artigo 4.º, e à aplicação das normas do TFUE, indica uma conformidade da Comissão com as novas políticas que sustentam o MDU.

Contudo, fazendo referência à análise do TJUE no caso “Coty”, uma proibição de distribuição através de plataformas terceiras não tem impacto negativo suficientemente forte para que se considere que estamos perante uma restrição das vendas passivas dos distribuidores. Esta interpretação não é correspondente à interpretação da Comissão perante a proibição de utilização da marca para fins publicitários, que nos dizem ter como efeito a limitação da *findability* do distribuidor. Ou seja, a proibição de um canal de distribuição, por não ser largamente utilizado em todo o mercado europeu, é menos danosa à concorrência que a proibição de utilização de publicidade paga. E o que acontece se a utilização das plataformas for proibida tanto para distribuição, como para a publicidade dos produtos? O

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

caso “Coty” atribui uma enorme importância à capacidade de *advertising* dos distribuidores nas plataformas terceiras, o que faz com que uma proibição global de utilização de uma plataforma terceira nestes dois níveis causará ainda uma maior lesão aos distribuidores que a utilizam. Sendo esta lesão suficiente para que a consideremos desproporcional aos olhos do número 3 do artigo 101.º do TFUE, então esta restrição teria de ser condenada pelo Regulamento 330/2010, que apenas aceita restrições que, à partida, passem no teste do 101.º do TFUE.

Portanto, se uma limitação substancial a essa *findability* e ao tráfego *online* gerado pelos distribuidores é uma restrição *hardcore* aos olhos da Comissão, então uma proibição de utilização de plataformas terceiras para a distribuição de pequenas e médias empresas que existam no mercado através dos *marketplaces*, irá restringir a sua capacidade de alcançar o maior número de clientes, dificultará que os consumidores as encontrem no mercado virtual e, conseqüentemente, limitará a sua *findability* e o tráfego gerado nas suas páginas, em prol das páginas dos distribuidores que se instalaram no mercado com páginas próprias, ou mesmo em prol da página do fornecedor. Será que é injustificado afirmar que a proteção da “aura de luxo” de um produto pesa mais que a mera proteção da imagem que a marca não-luxuosa quer transmitir? A Comissão não tem de responder diretamente a esta questão, pois no caso “Guess” acaba por ter acesso a documentação interna que evidencia não existir qualquer preocupação com a imagem da marca, e demonstra que o SDS é imposto com o singular propósito de redirecionar os consumidores para o website do fornecedor.

Esta questão de redirecionar tráfego para o website próprio não pode ser analogamente analisada quando o fornecedor quer impedir o tráfego *online* para websites que não são próprios dos seus distribuidores, mas através dos quais eles procedem à distribuição dos seus produtos? Ficou constatado que as plataformas terceiras em questão, por via de regra, não são automaticamente lesivas da qualidade dos produtos que através delas são distribuídos, e, para além disso, já é possível que os distribuidores criem montras virtuais que cumpram com os requisitos qualitativos que lhes são impostos pelos fornecedores. É também um facto que estamos a tratar de restrições que não têm equivalente no mundo do comércio tradicional, e para as quais os fornecedores não aplicam restrições com objetivos semelhantes, tal não é a sua especificidade. O problema do *free-riding*, que inicialmente implicava que o comércio tradicional fizesse um investimento do qual o comércio virtual se aproveitava injustamente, vê-se agora confrontado com o reverso da medalha – o investimento existe nas plataformas

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

online, e é nas *brick and mortar stores* que se desenvolve o aproveitamento. Por último, a nova realidade de restrições não tinha o impacto em 2010 que tem hoje. A evidente necessidade de modificação retira-se também da agora injustificada obrigação de manter uma loja *brick and mortar* como meio de distribuição, que serve especialmente para eliminar os *pure players* da equação, que se encontram em condições equivalentes para proceder à distribuição de produtos de “alta qualidade”. Em particular porque, cada vez mais, as lojas tradicionais estão a proceder a distribuição através da *Internet*, e a obrigação de manter um *website* não tem um impacto proporcional ao impacto de investimento que a manutenção de uma loja tradicional tem perante distribuidores que operam essencialmente online.

A afetação da concorrência para os distribuidores em matéria de restrições verticais, neste momento, vê apenas sancionada a proibição total de utilização da internet. Esta consequência absoluta, sendo a mais grave, não deve ser a única considerada. A afetação substancial da capacidade de distribuição, ou até de alcançar o maior número de consumidores, não sendo absoluta, é suficiente para restringir a concorrência intra-marcas e, em determinados casos, afetar as vendas passivas dos distribuidores, em particular das pequenas e médias empresas que necessitam das plataformas terceiras para proceder à distribuição.

A solução mais evidente é a de considerar que a cumulação de restrições como a proibição de distribuição através de *marketplaces* e outras específicas do mundo virtual devam ser consideradas restrições *hardcore* à luz do Regulamento 330/2010¹⁶⁹. A cumulação destas proibições pode ter como resultado o desaparecimento de distribuidores virtuais, que não conseguem ser encontrados pelos distribuidores. E, em concreto, a eliminação deste canal de consumo leva a uma limitação de vendas a consumidores finais, restrição que em teoria é suficiente para levantar a isenção do Regulamento. O Regulamento 330/2010 deverá pois ser ajustado a esta nova realidade, na qual incluímos a proibição de distribuição através de *marketplaces* como uma restrição à capacidade de o distribuidor alcançar o maior número de consumidores possível.

10.4. – Modificação dos critérios de avaliação dos *Marketplace bans*

¹⁶⁹ Coincidentemente, a Amazon faz uma proposta semelhante na sua participação relativa à revisão do Regulamento 330/2010. - AMAZON - Comments of Amazon EU Sàrl - Preliminary Report of the European Commission on the E-Commerce Sector Inquiry [Em linha], atual. 2016. Disponível em WWW:[URL:http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html), p.2

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

A segunda solução que não leva, diretamente, a uma modificação da regulamentação em vigor, é a revisão dos critérios que têm de ser respeitados por SDS, aquando da imposição de novas restrições. Não questionamos os critérios “Metro I” perante a criação do SDS em si, mas questionamos que a imposição de critérios de proibição absoluta de utilização de *marketplaces* sejam critérios qualitativos, por exemplo.

Em particular, porque cada vez mais se verifica a capacidade destas plataformas de cumprir com requisitos verdadeiramente qualitativos impostos aos distribuidores que as utilizam, é cada vez menos proporcional a imposição de *bans*.

A inclusão de proibições de distribuição através de plataformas virtuais nas restrições lícitas à disposição de um fornecedor que impõe um SDS, fora das circunstâncias muito específicas do caso “Coty”, que ainda assim permitia a publicidade feita através das mesmas, e consequentemente permitia que os distribuidores fossem, pelo menos, encontrados na *Internet*, deve ser o mais limitada possível. A inexistência de restrições equivalentes no mundo do comércio tradicional quanto à proibição de utilização de *marketplaces* deve ter um maior peso na decisão da adequação destas proibições: a eliminação deste meio de distribuição sob a justificação da incapacidade de estas terem uma montra que demonstre a qualidade do produto é cada vez mais injustificada e desproporcional ao objetivo mencionado. Já é por demais evidente que estas plataformas, em particular passando pelo processo de regulamentação ao qual vão ser sujeitas pela Comissão Europeia, podem dar uma resposta positiva aos mecanismos de controlo de qualidade dos fornecedores, que mantém na sua esfera jurídica a capacidade de impor aos seus distribuidores a adequação da apresentação uniforme dos produtos, independentemente de estes serem distribuídos por loja virtual própria ou plataforma terceira. O teste do princípio da equivalência quanto a produtos que não necessitam de serviços pós-venda, ou cuja qualidade não seja diretamente impactada pela sua presença em plataformas virtuais, não está a ser corretamente aplicado.

Cabe então questionar se a compatibilidade do SDS e das restrições nele incluídas não deve respeitar, não apenas os critérios do caso “Metro I” (que devem ser interpretados de forma a considerar o crescimento da qualidade da distribuição online), mas também o princípio da equivalência como pré-requisito essencial. Em concreto porque muitas destas restrições não têm um equivalente no mundo do comércio tradicional, e consequentemente iria verificar-se

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

uma limitação das crescentes restrições impostas ao comércio eletrônico, que muitas vezes são injustificadas.

Em particular, as proibições absolutas de distribuição através de plataformas não podem ser justificadas à luz do véu dos designados critérios qualitativos que não se retiram de proibições absolutas que têm apenas como objetivo limitar a distribuição através da *Internet*.

Por último, aplicando os argumentos que foram utilizados relativamente aos “*Resale Price Maintenance*”¹⁷⁰, nomeadamente a proteção da imagem de marca e a eliminação do *free-riding*, as consequências da proibição de utilização de *marketplaces* são, em grande parte idênticas às da *RPM*: aumento dos preços, diminuição da concorrência intra-marcas, entre outros. E, com certeza, opiniões existirão que afirmam que o fornecedor tem o direito de determinar qual o preço mínimo praticado pelos seus distribuidores. Contudo, é visível que os efeitos anti-concorrenciais destas restrições tornam a *RPM* numa restrição *hardcore*, que limita a liberdade de os distribuidores determinarem os preços que praticam, mas ainda assim permite que o fornecedor partilhe com os distribuidores os preços mais aconselhados a praticar, desde que o faça de forma informativa e não vinculativa.

Concluindo, uma proibição de utilização absoluta de plataformas terceiras terá sempre de ser injustificada quando imposta sob condições que não são idênticas ao comércio tradicional: uma marca que proíba a distribuição dos produtos, através destes canais, em nome da sua qualidade, mas depois faça descontos de final de época, não aplicará de forma equitativa esta restrição¹⁷¹. A violação deste princípio deve, em conjunto com os critérios do caso “Metro I”, obstar à licitude das restrições impostas nestes sistemas.

¹⁷⁰ De agora em diante, *RPM*

¹⁷¹ FRIEDERISZICK, Hans W.; GŁOWICKA, Ela - Competition policy in modern retail markets. **Journal of Antitrust Enforcement**. (2015) 1–42. doi: 10.1093/jaenfo/jnv030, p. 24

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

PARTE III – CONCLUSÃO

O crescimento do comércio eletrônico veio confrontar a realidade dos meios de distribuição através dos quais os fornecedores procediam à maioria do seu volume de vendas com um novo canal de distribuição, cuja utilização passou a ser maioritária. O comércio tradicional, ainda mantendo um papel importante na distribuição e produtos, perdeu terreno para as vendas *online*, que são agora as usualmente restringidas pelos distribuidores, às vezes com o propósito de salvaguardar as suas marcas e manter o controlo da qualidade dos produtos, e outras vezes com o objetivo de limitar de forma substancial o alcance destas lojas virtuais. O grande problema nestas limitações é que, em termos regulamentares, não se distingue uma restrição com um objetivo legítimo de uma restrição de objetivo injustificado, permitindo-se que ambos os casos se encontrem salvaguardados pelo Regulamento 330/2010. Para avaliar a licitude das restrições, pede-nos a jurisprudência que as analisemos à luz dos critérios “Metro I”, e pede-nos a Comissão que tenhamos ainda em conta o princípio da equivalência.

Perante o “Metro I”, só serão lícitos os SDS que utilizem como critérios de seleção dos seus distribuidores, critérios de natureza qualitativa. Ora, em relação a proibições de distribuição através de *e-marketplaces*, o critério de preservação da qualidade dos produtos deve ser utilizado de forma mais cuidadosa, visto que nada indica que estas plataformas sejam incapazes de cumprir com os mesmos requisitos qualitativos que são impostos aos distribuidores. Manifestando aqui uma opinião, parece ser adequado a esta ideia dizer que se a plataforma tiver capacidade para corresponder com estes pedidos de proteção do fornecedor como se de um distribuidor se tratasse, não se deveria obstar à permissão de distribuição por parte de outros distribuidores destes mercados virtuais.

Não se tratando de uma adesão a estes sistemas de distribuição, a justificação de que a forma mais célere de garantir que as plataformas não violam direitos do fornecedor é a de impedir a sua utilização não é uma premissa incorreta, mas também não será a mais proporcional. Existindo mecanismos que permitam ao fornecedor ter um controlo equivalente da qualidade de apresentação, publicidade e distribuição dos seus produtos, quando estão em causa estes canais de distribuição, então este objetivo de proteção da imagem será alcançável através de soluções menos lesivas da concorrência.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Por último, o já referido princípio da equivalência é muito pouco mencionado pelo TJUE nas suas decisões, mas é perspetivado pela Comissão como um dos pressupostos que torna uma restrição *hardcore*. A existência de inúmeras restrições virtuais que não têm uma *overall* equivalência no mundo do comércio tradicional levam a que seja muito complicado afirmar que as mesmas respeitam este princípio, e que, conseqüentemente não sejam restrições a considerar como *hardcore*. Falamos de restrições como a proibição de utilização da marca em ferramentas de pesquisa online, de proibições de distribuição em *marketplaces*, que efetivamente não é uma loja que, no mundo do comércio tradicional seja possível de comparar, sendo mais facilmente equivalente a um centro comercial, devido à quantidade de produtos que podem ser adquiridos através deles, e, por último, a utilização de ferramentas de comparação de preço, que também não é uma realidade no comércio tradicional, muito menos na dimensão em que se verifica no mundo do comércio eletrónico.

Aplicando o princípio da equivalência, uma restrição desta natureza nunca será com este compatível. É essencial ajustar, com o Regulamento 330/2010, que existem determinadas restrições que deveriam ser consideradas *hardcore*, e, conseqüentemente levantariam a isenção, mas que não são consideradas pelo menos na análise das proibições incluídas em SDS.

A revisão do Regulamento 330/2010 é a oportunidade perfeita para esclarecer muitas destas questões, e para ajustar este diploma aos notórios esforços que estão a ser feitos pela Comissão em assegurar um MDU transparente e acessível a todos. Através da regulamentação destas plataformas, criar-se-ão condições para que as mesmas possam assegurar de forma mais eficaz a qualidade das montras virtuais nelas presentes, ao mesmo tempo que os fornecedores adquirem uma maior segurança e confiança nestas utilizações. É iminente considerar como pressuposto do futuro do comércio a acessibilidade dos consumidores aos distribuidores, independentemente do canal por estes escolhidos, assim como é essencial determinar que uma proibição absoluta de utilização de plataformas virtuais não é a resposta adequada ou proporcional à maior parte dos problemas que implicam a criação de um SDS.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Pensamos na revisão deste Regulamento por a mesma implicar¹⁷² a renovação das Orientações da Comissão Europeia, nas quais não fará sentido legitimar as restrições absolutas de utilização de *e-marketplaces*, visto que já ficou demonstrado que estas plataformas têm capacidade de cumprir com os requisitos qualitativos que são impostos a outros tipos de meios de distribuição, pelo que não se deve mais afirmar a proporcionalidade destas restrições. Por último, com o crescimento do comércio eletrónico e da importância deste canal, a limitação evidente da capacidade de *findability* do distribuidor deve ser tomada em consideração na análise do impacto das vendas passivas deste.

¹⁷² KUCHARCZYK, Jako - CCIA Response to the Public Consultation on the Preliminary Report on the E-Commerce Sector Inquiry. (2016), p.4

Bibliografia

Monografias e Artigos:

AMATO, Filippo; CELLERE, Stefano Machi Di; ZOTTLE, Johannes - The New EU Rules On Vertical Restraints. **Law 360**. 330 (2010).

AMAZON - **Comments of Amazon EU Sàrl - Preliminary Report of the European Commission on the E-Commerce Sector Inquiry** [Em linha], atual. 2016. Disponível em WWW:<URL:http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html>.

ARAÚJO, Fernando - **Introdução à Economia**. 2^a ed. Coimbra : S.A., Almedina, 2004. ISBN 972-40-2068-1.

BAKER & MCKENZIE - **Response to the European Commission’s Consultation on “The Opportunities in Online Goods and Services”**. Bruxelas : (2008)

BARRAT, Stephen - Aiming to preserve luxury image can justify restricting competition, rules CJEU as it approves prohibition of discernible third-party online sales platforms. **Journal of Intellectual Property Law & Practice**. 13:5 (2018) 354–356.

BASALISCO, Dr. Bruno *et al.* - Economic effects of online marketplace bans. **Copenhagen Economics**. November (2016).

BEESTON, Sarah; RUTTEN, Anouk; KORSTENBROEK, Nina - Dutch court finds ban on selling Nike products through platforms (such as Amazon) is justified. **Van Doorne**. [Em linha] (20 nov. 2018). Disponível em WWW:<URL:https://www.vandoorne.com/en/knowledge-sharing/2017_10/Dutch_court_finds_ban_on_selling_Nike_products_through_platforms_such_as_Amazon_is_justified/>.

BELLAMY, Christopher; CHILD, Graham - **European Community law of competition**. 5th. ed. London : Sweet and Maxwell, 2001. ISBN 0-421-56440-7.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

BUNDESKARTELLAMT - **Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what ' s next ?** Competition and Consumer Protection in the Digital Economy. . Bonn : [s.n.] (Relatório n.IV).

BUNDESKARTELLAMT - Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what' s next? **Competition and Consumer Protection in the Digital Economy**. October (2018).

CARVALHO, Sónia De - Algumas notas sobre o contrato de distribuição seletiva. Em ANJOS, M. R.; BARROS, P. A. (Eds.) - **Estudo em Homenagem a Fernando Araújo Barros**. Maia : Edições ISMAI- Centro de Publicações do Instituto Universitário da Maia, 2017. ISBN 972-972-9048-95-1. p. 439–482.

CHAPPATE, Philippe; GRIFFITHS, Emma; LLEWELLYN, Henry - Carte blanche for bans on Amazon ? **Slaughter and May**. December (2017) 3–5.

CHOWDHURY, Avantika - **No free rides? Platform bans in light of the Coty case** [Em linha], atual. 2017. Disponível em WWW:<URL:<https://www.oxera.com/agenda/no-free-rides-platform-bans-in-light-of-the-coty-case/>>.

COLANGELO, Giuseppe; TORTI, Valerio - Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under EU Competition Rules after Coty Prestige. **European Competition Journal**. 14:February (2018) 81–109. doi: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1440727>.

CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike - **Competition Policy for the digital era - Final report**, Luxemburgo, 2019, ISBN 978-92-76-01946-6

DUNNE, Niamh - **Implications of E - Commerce for Competition Policy - Background Note** [Em linha] Disponível em WWW:<URL:[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/en/pdf)>.

EZRACHI, Ariel - The Ripple Effects of Online Marketplace Bans. **World Competition: Law and Economics Review**. 40:1 (2017) 47–65.

FRIEDERISZICK, Hans W.; GLOWICKA, Ela - Competition policy in modern retail markets. **Journal of Antitrust Enforcement**. ISSN 20500696. 4:1 (2016) 42–83. doi: 10.1093/jaenfo/jnv030.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

FRIEDERISZICK, Hans W.; GŁOWICKA, Ela - Competition policy in modern retail markets. **Journal of Antitrust Enforcement**. 2015) 1–42. doi: 10.1093/jaenfo/jnv030.

GOYDER, D. G. - **EC Competition Law**. 3ª ed. Oxford : Oxford University Press, 1998. ISBN 0-19-826295-7.

GOYDER, Joanna - **EU Distribution Law**. 4ª ed. Oxford : Hart Publishing, 2011. ISBN 1-84731-629-8.

GUNTHER, Jacques-Philippe *et al.* - **What Does the Coty Judgment of the European Court of Justice Mean for Companies?** [Em linha], atual. 2017. Disponível em WWW:<URL:https://www.willkie.com/~media/files/publications/2017/12/what_does_the_european_court_of_justices_coty_judgment_mean_for_companies.pdf>.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda - **EC Competition Law: texts, cases and materials**. 2nd. ed. Oxford : Oxford University Press, 2004. ISBN 0-19-926997-1.

JUST, Natascha - Governing online platforms: Competition policy in times of platformization. **Telecommunications Policy**. ISSN 0308-5961. 42:5 (2018) 386–394.

KESTENBAUM, Richard - What Are Online Marketplaces And What Is Their Future? **Forbes**. [Em linha]2017). Disponível em WWW:<URL:<https://www.forbes.com/sites/richardkestenbaum/2017/04/26/what-are-online-marketplaces-and-what-is-their-future/#2686e0213284>>.

KUCHARCZYK, Jako - CCIA Response to the Public Consultation on the Preliminary Report on the E-Commerce Sector Inquiry. 2016).

KUHN, Tilman; RUST, Mathis - **Who'd have guessed: Coty did not end the debate!** [Em linha], atual. 2019. Disponível em WWW:<URL:<https://www.whitecase.com/publications/article/whod-have-guessed-coty-did-not-end-debate>>.

MARQUES DA SILVA, Isabel - Os acordos de distribuição e o Direito da concorrência. Sep. de: Direito e Justiça - **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica**. Vol. 10. Tomo 2 (1996) 167–235.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

MOURA E SILVA, Miguel – **Direito da Concorrência**. 2ª ed. Lisboa. AAFDL Editores.. ISBN 978-972-40-3404-1.

NIKPAY, Ali; FAUL, Jonathan - **The EC law of competition**. 2nd. ed. Oxford : Oxford University Press, 2007. ISBN 0-19-926929-7.

NIKPAY, Ali; FAUL, Jonathan - **The EC law of competition**. Oxford : Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-876538-X

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE - Implications of E - Commerce for Competition Policy. **Background Paper by the Secretariat**. 2018).

REGIBEAU, Pierre; ROCKETT, Katharine - **Assessment of Potential Anticompetitive Conduct in the Field of Intellectual Property Rights and Assessment of the Interplay Between Competition Policy and IPR Protection**. ISBN 9789279222108.

REISINGER, Markus - **Asics vs Coty: Competitive effects of selective distribution systems in light of diverging court decisions** [Em linha], atual. 2018. Disponível em WWW:<URL:<https://www.competitionpolicyinternational.com/asics-vs-coty-competitive-effects-of-selective-distribution-systems-in-light-of-diverging-court-decisions/>>.

SCHMIDT-KESSEN, Maria José - Selective Distribution Systems in EU Competition and EU Trademark Law: Resolving the Tension. **Journal of European Competition Law & Practice**. 9:5 (2018) 304–316. doi: 10.1093/jeclap/lpy022.

SCHÖNER, Markus; SCHLIMPERT, Denis - Selective distribution : legality of third-party platform bans confirmed. **International Law Office**. July (2018) 4–7.

TERHOST, Georg - Reformation of the EC Competition Policy on Vertical Restraints, 21 Nw. J. Int'l L. & Bus. 343 (2000-2001) *in* <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1525&context=njilb>

TERRET, Andrew; MONAGHAN, Iain - The Internet - An Introduction For Lawyers. Em EDWARDS, LILIAN; WAELDE, CHARLOTTE (Eds.) - **Law and the Internet: a framework for electronic commerce**. 2ª ed. ISBN 1 84113-141-5.

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

VAZ FREIRE, Maria Paula Dos Reis - **Eficiência Económica e Restrições Verticais: Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência**. Lisboa : AAFDL, 2008. ISBN 5606939006318.

WHISH, Richard; BAILEY, David - **Competition Law**. 7^a ed. New York : Oxford University Press, 2012. ISBN 978-0-19-958655-4.

Jurisprudência:

Acórdão de 25 de outubro de 1977, Metro/Comissão, processo 26/76, ECLI:EU:C:1977:167

Acórdão de 11 de dezembro de 1980, L’Oreal, C-31/80, EU:C:1980:289

Acórdão de 25 de outubro de 1983, AEG, processo 107/82, EU:C:1983:293

Acórdão de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia, processo 161/84, EU:C:1986:41

Acórdão de 22 de outubro de 1986, Metro II, processo 75/84, EU:C:1986:399

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 27 de fevereiro de 1992, processo T-19/91, EU:T:1992:28

Acórdão de 23 de abril 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260

Acórdão de 13 de outubro 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649

Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahls apresentadas em 26 de julho de 2017 relativas ao processo C230/16, ECLI:EU:C:2017:603

Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Coty, C-230/16, EU:C:2017:941

Cour d’Appel de Paris, Polo 5 – Câmara 4, de 28 de fevereiro de 2018, n.º 16/02263, referente à decisão de 17 de novembro de 2015, do Tribunal de Commerce de Marselha – RG n.º 2014F02689

Outras decisões:

Decisão da Comissão Europeia de 10 de dezembro de 1984, “Ideal-Standard’s distribution system”, OJ L 20

Sumário da decisão de 27 de junho de 2014 do Bunderskartellamt, referência B3-137/12

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Décision n.º 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs da Autorité de la Concurrence

Decisão de Não Oposição da Autoridade da Concorrência de 26 de fevereiro de 2015, Processo Ccent. 1/2015 – Grupo Arié/Grupo Barreiros Faria

Sumário da decisão de 26 de agosto de 2015 do Bunderskartellamt, referência B2-98/11

Commission Decision of 17.12.2018 relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the Agreement on the European Economic Area, Case AT.40428 Guess, C(2018) 8455 final

Legislação:

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, C 83/49

Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 336 de 29.12.1999

Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre comércio eletrónico»), JO L 178

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, OJ L 1 de 4.1.2003

Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, 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, JO L 102 de 23.4.2010

Documentos da Comissão Europeia:

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 28 of September of 2009, Tackling Illegal Content Online Towards an enhanced responsibility of online platforms, COM(2017) 555 final

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Orientações da Comissão Europeia relativas às restrições verticais de 19 de maio de 2010, C 130

Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 6 de maio de 2015

Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de 10 de maio de 2017, COM(2017) 229 final

Inquérito comunitário sobre a utilização das TIC pelos agregados familiares e pelos cidadãos de 2017, do Eurostat, disponível em: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE - Implications of E - Commerce for Competition Policy. Background Paper by the Secretariat. 2018

Recomendação da Comissão de 1 de março de 2018 sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha, C/2018/1177, JO L 36

COMISSÃO EUROPEIA - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa. 2015).

COMISSÃO EUROPEIA - **Digital Economy and Society Index Report 2018 - Integration of Digital Technologies**

COMISSÃO EUROPEIA - **Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico**, de 10 de maio de 2017. Bruxelas, COM(2017) 229 final

COMMISSION, Competition Directorate-General Of The European - **Competition policy brief**, April 2018, ISBN 978-92-79-81339-9

Outros documentos:

ALLIANCE, Antitrust - Competition Law: Selective Distribution and Online Sales Where are we heading? January (2018).

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2019 – Livre circulação de mercadorias *in*
http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf

KUCHARCZYK, Jako - CCIA Response to the Public Consultation on the Preliminary Report on the E-Commerce Sector Inquiry. (2016)

Nota da França de 18 de fevereiro de 2013 - **ROUNDTABLE ON VERTICAL RESTRAINTS FOR ON-LINE SALES, DAF/COMP/WD(2013)8**

Índice

INTRODUÇÃO	
PARTE I – ENQUADRAMENTO GERAL.....	
1 – Conceitos essenciais.....	
1.1. – Sistemas de distribuição seletiva.....	
1.2. – Distinção entre distribuição seletiva e distribuição exclusiva.....	
1.2.1. – A posição do fornecedor e seus concorrentes no mercado.....	
1.2.2. – Obstáculos à entrada.....	
1.2.3. – “Poder de compra”.....	
1.2.4. – “Maturidade do mercado”.....	
PARTE II – O REGIME RELATIVO AS REDES DE DISTRIBUIÇÃO SELETIVA	
1 – Evolução legal e histórica do regime das redes de distribuição seletiva no Direito da Concorrência	
1.1. – Regulamento 330/2010 da Comissão.....	
2 – Mercado Digital Único.....	
2.1. - Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa.....	
2.1.1. – Melhor acesso dos consumidores e empresas a bens e serviços em linha em toda a Europa.....	
2.2. - Relatório final relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico.....	
2.3. - A proibição do “geo-blocking” e o seu efeito.....	
3 – A Comissão e as plataformas digitais: o futuro do comércio eletrónico.....	
3.1. – Propostas de soluções para eliminar produtos contrafeitos.....	
3.2. – Transparência e segurança jurídica.....	
4 – Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	
4.1. – Caso “Metro I”.....	
4.2. – Caso “AEG”.....	
4.3. – Caso “Metro II”.....	
4.4. – Caso “L’Oreal”.....	
4.5. – Caso “Pronuptia”.....	
4.6. – Caso “Pierre Fabre Dermo-Cosmétique”.....	
4.7. - Caso “Coty”.....	
4.8. – Caso “Copad”.....	
4.9. – Consequências das decisões	
5 – Casos resolvidos sem recurso ao TJUE pelas autoridades de Estados-Membros.....	
5.1. – Caso “Adidas”.....	
5.2. – Caso “Asics”.....	
5.3. – Caso “Coty France”.....	
5.4. – Apreciação crítica das decisões.....	

Os sistemas de distribuição seletiva: as proibições de venda em plataformas de comércio online.

6 – Critérios decorrentes da jurisprudência e o seu ajuste.....	
6.1. – Natureza do produto.....	
6.2. – Critérios objetivos de natureza qualitativa.....	
6.3. – Fixação uniforme em relação a todos os potenciais distribuidores e aplicação não discriminatória dos critérios.....	
6.4. – Critério da adequação e proporcionalidade.....	
7 – E-Marketplace bans.....	
7.1. – Plataformas híbridas e <i>pure players</i>	
7.2. – Proibição de distribuição através de plataformas eletrónicas.....	
7.2.1 – Proibições totais de venda pela internet	
7.2.2 – Proibições relativas de venda pela internet.....	
7.3. – Restrição vertical por objeto ou efeito.....	
8 – Categorias de produtos perante os quais se justificou um <i>online ban</i>.....	
8.1. – Definição de produtos tecnicamente complexos.....	
8.2. – Marcas de luxo e marcas não luxosas	
9 – Problemas principais decorrentes da interpretação do Tribunal.....	
9.1. – Injustificação de uma proibição perante uma plataforma que seja objetivamente capaz de integrar a rede de distribuição.....	
9.1.2. – Exclusão de <i>pure players</i> e de plataformas híbridas.....	
9.2. – Proteção da imagem da marca: necessidade e proporcionalidade.....	
9.3. – Problemas decorrentes da existência de demasiadas redes de distribuição num mesmo mercado.....	
9.3.1. – Diminuição de concorrência intra-marcas através dos “online Marketplace bans”	
9.4. – Violação do princípio da equivalência.....	
10 – Soluções	
10.1. – Cumulação de restrições: quando o “Marketplace ban” leva a uma limitação evidente da capacidade de distribuição.....	
10.2. – Caso “Guess” – “Limitação substancial” ao tráfego online.....	
10.3. - Alteração do Regulamento de Isenção por Categoria.....	
10.4. – Modificação dos critérios de avaliação dos <i>Marketplace bans</i>	
PARTE III – CONCLUSÃO.....	
BIBLIOGRAFIA.....	
Monografias e Artigos.....	
Jurisprudência.....	
Outras decisões.....	
Legislação.....	
Documentos da Comissão Europeia.....	
Outros documentos.....	