

DA NATUREZA DAS RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA NOS ACORDOS DE DISTRIBUIÇÃO SELECTIVA: A INFLUÊNCIA DE COTY PRESTIE NO COMÉRCIO ELETRÓNICO

Francisco Espregueira Mendes

Leyre Prieto

Daniela Cardoso

ABSTRACT: The development of internet sales is underpinned by the increasing use of digital platforms on selling and advertising, which raises competition concerns. Manufacturers seem to rely on selective distribution to impose conditions on the distribution of their products. Examples of such requirements entail the qualifications of the distributors, the operation of a brick and mortar shop by retailers and restrictions on selling and advertising online. In line with Coty, the European decision-making practice was encouraged to assess such requirements considering their potential anticompetitive effects. In the context of e-commerce, to what extent selective distribution is aligned with so-called workable competition? Can it continue steering away from the broadness envisaged in Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”)?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição selectiva.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do Mercado Único Digital, decorre do Relatório da Comissão Europeia sobre o inquérito sectorial às práticas comerciais no contexto do comércio eletrónico uma preocupação jusconcorrencial premente: a necessidade de articular a celebração de acordos verticais – nomeadamente nos moldes dos acordos de distribuição seletiva – com um modelo de concorrência eficaz.

Como preconizado nos acórdãos *Metro I*¹ e *Metro II*², e reafirmado em *Pierre Fabre*³, os acordos de distribuição seletiva não são considerados anti-concorrenciais *per se* e, por inerência, proibidos pelo artigo 101.º do TFUE (ou, para efeitos de Direito da Concorrência Português, pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, “Lei da Concorrência”).

Considerando que a distribuição seletiva é radicada na ideia de privilegiar a qualidade do produto e/ou serviço, é, também, assente que, desde que reunidos determinados pressupostos, a mesma pode contribuir para uma saudável dinâmica concorrencial. Para tanto, importará demonstrar: (i) a necessidade de preservar a qualidade e as características materiais do produto e/ou serviço, apenas assegurada com a distribuição seletiva; (ii) a escolha dos revendedores e distribuidores, baseada em critérios objetivos, de natureza qualitativa, fixados de maneira uniforme e não discriminatória; (iii) a adequação, necessidade e proporcionalidade desses mesmos critérios face aos fins subjacentes à distribuição – usualmente, proteção da imagem, marca do bem –; e (iv) o facto de a distribuição seletiva, no caso, não precluir outras formas de distribuição.

Assim, é prática decisória europeia⁴ (e nacional⁵, inspirada naquela) que, estando em causa um acordo de distribuição seletiva, e antes de partir para a sua análise rigorosa ao abrigo do artigo 101.º do TFUE, releva, primeiramente, avaliar se estes pressupostos, ou seja, os da própria caracterização da distribuição seletiva, estão ou não preenchidos. Na eventualidade de esta primeira abordagem não ser muito conclusiva, será necessário avaliar a natureza do acordo de distribuição à luz do artigo 101.º do TFUE.

Até agora, esta última análise não tem sido muito rigorosa. Regra geral, os acordos de distribuição seletiva são isentos da proibição plasmada no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE – tornando-o, conseqüentemente, inaplicável por

1 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de outubro de 1977, *Metro –Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, processo C-26/76, Colectânea de Jurisprudência 1978, p. 167

2 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de outubro de 1986, *Metro –Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, processo C-75/84, Colectânea de Jurisprudência 1978, Colectânea de Jurisprudência 1986, p. 3021.

3 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la concurrence e Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, processo C-439/09, Colectânea de Jurisprudência 2011, p. I-09419.

4 Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 1980, *L’Oréal and SA L’Oréal v PVBA “De Nieuwe AMCK”*, processo C-31/80, EU:C:1980:289.

5 Decisão da Autoridade da Concorrência Ccent 1/2015, *Grupo Arié/Grupo Barreiros/Faria*, de 26.02.2015

força do n.º 3 do mesmo artigo 101.º – se a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30% no mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e a quota de mercado do comprador não ultrapassar os 30% no mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais e não estejam em causa restrições graves da concorrência, como elencadas no artigo 4.º do Regulamento 330/2010, Regulamento de Isenção por Categoria.

Contudo, a apreciação dos acordos de distribuição seletiva do ponto de vista da legislação da concorrência, tal como tem sido prática, é suscetível de sofrer uma viragem no contexto do comércio eletrónico. Sucede que as propriedades e características inerentes a um sistema de distribuição seletiva tornaram-se, hoje, os principais argumentos para restringir a concorrência, gerando inquietações jusconcorrenciais.

2. DA NATUREZA DAS RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA NOS ACORDOS DE DISTRIBUIÇÃO SELETIVA

Em *Pierre Fabre* estava em causa uma cláusula num acordo de distribuição seletiva que proibia aos distribuidores selecionados, e autorizados, vender produtos cosméticos e de higiene pessoal através da internet.

No entendimento do *Conseil de la Concurrence* (Autoridade da Concorrência francesa) reiterado pela Comissão Europeia na altura, a proibição de vendas ativas e passivas na internet – vislumbrada não como um local de comercialização, mas como um meio alternativo de venda – mesmo numa rede de distribuição seletiva, constituía uma restrição grave. Já o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) mostrou-se cético relativamente à forma como a proteção da imagem de prestígio do bem constituía, em si mesmo, um objetivo legítimo para restringir as vendas na internet, tendo concluído pela existência de outras exigências legítimas que, a seu ver, melhor justificariam a limitação da concorrência. Seria o caso da proteção do comércio especializado e da sua adequação para bens dotados de um elevado nível qualitativo e tecnológico.

E, nesta sequência, como veio a ser defendido pelo TJUE, um acordo de distribuição seletiva que restrinja, de forma não objetivamente justificada, as vendas através da internet, afigura-se equivalente a uma restrição grave imposta aos distribuidores autorizados, não podendo, por conseguinte, beneficiar de uma isenção àquela que é a ilicitude jusconcorrencial do acordo. Assim, é um acordo proibido pelo artigo 101.º do TFUE.

A oportunidade de clarificar a compatibilidade de um sistema de distribuição seletiva com o artigo 101.º do TFUE apenas surgiu em *Coty*. Também neste

caso, a finalidade subjacente ao recurso à distribuição seletiva era a de preservar a imagem de luxo associada às marcas da *Coty Prestige*. Contudo, ao invés da proibição de vendas pela internet – aqui, parcialmente realizada por intermédio da plataforma amazon.de – estava em causa uma cláusula contratual que proibia o recurso a plataformas terceiras para a venda em linha dos produtos, e a utilização, da parte dos distribuidores selecionados, de lojas com outra denominação comercial que não as suas, próprias. Por um lado, a *Coty German* pretendia a associação exclusiva dos produtos aos distribuidores autorizados. Por outro, dada a inexistência de qualquer vínculo contratual entre aquela e as plataformas terceiras, não poderia exigir que aquelas respeitassem as mesmas condições e padrões exigidos aos distribuidores autorizados.

A posição e análise do TJUE relativamente ao escopo da cláusula contratual, que opunha as partes, socorreram-se, largamente, dos critérios postulados pelos acórdãos pioneiros nesta matéria – acórdãos *Metro I* e *Metro II*, já referidos.

Não é assim de estranhar que o TJUE se tenha debruçado sobre a adequação e necessidade da cláusula, a sua natureza e amplitude, bem como o tipo de exigências impostas aos distribuidores.

Concluiu, assim, que tais restrições não excediam o necessário para preservar a imagem dos produtos (produtos de luxo), na medida em a venda em linha não estaria, definitivamente, prejudicada, visto os distribuidores autorizados poderem continuar a vender os produtos por intermédio dos seus próprios “sítios” online, ou dispondo de uma “montra eletrónica” da loja autorizada. Uma vez acautelada a concorrência eficaz, e não estando em jogo uma restrição de clientela, uma restrição do território onde os produtos poderiam ser vendidos ou uma restrição de vendas passivas (algumas das restrições graves), o TJUE confirmou a licitude desta cláusula à luz do artigo 101.º do TFUE.

Sob este ponto de vista, *Coty* constitui um acórdão apenas elucidativo e, até, pouco inovatório, pois confirma que os designados “*Metro criteria*” continuam pontos de referência incontornáveis para a análise de uma restrição de mercado (“*marketplace ban*”) para efeitos de aplicação do artigo 101.º do TFUE. Ainda assim, não deixa de trazer clareza quanto à metodologia a usar para essa mesma análise. À partida, e, inclusive, independentemente de serem ou não produtos ou marcas de luxo, o acordo de distribuição seletiva só é avaliado para efeitos do artigo 101.º do TFUE caso os critérios avançados pelos acórdãos *Metro I* e *Metro II* não se encontrem preenchidos. Porém, em rigor, esta avaliação só surgirá se o fornecedor e o distribuidor detiverem, cada um, uma quota de mercado superior a 30%, pois, caso contrário, a restrição imposta não

constitui uma restrição anti-concorrencial grave, e estará isenta da proibição decorrente do artigo 101.º

Na verdade, à partida, é defensável que a proteção das características dos produtos ou, inclusive, de um comércio especializado, implique a imposição de condições de vendas nas plataformas digitais.

Também se pode inferir que a jurisprudência europeia parece reconhecer que a comercialização online pode provocar efeitos adversos àquilo que seria, comercialmente, expetável, porquanto as plataformas digitais comportam sempre um certo nível de standardização de produtos e bens – com impacto natural na forma como os preços reagem – suscetível de mitigar as suas características particulares, o prestígio da imagem, a aura irradiada, entre outros, fatores que, na senda de *Copad*⁶ demonstram a qualidade do bem e informam a escolha dos consumidores.

Da mesma forma, parece retirar-se de *Coty* que as plataformas digitais, ou, num sentido mais lato, os mercados digitais, podem beneficiar de uma isenção por categoria, para efeitos do artigo 101.º do TFUE. Isto é, mesmo que certas restrições à venda ou distribuição online sejam impostas, estas não constituem, *prima facie* uma restrição grave à concorrência. Observamos, de alguma forma, o desenvolvimento dos moldes concorrenciais – de uma concorrência tradicionalmente assente nos preços e nas suas flutuações para uma concorrência voltada para a natureza dos produtos e dos intervenientes na sua distribuição.

Numa ótica paralela, veja-se que já em *Pierre Fabre*, o Advogado-Geral Ján Mazák, nas suas Conclusões⁷, havia considerado a possibilidade de “*medidas voluntárias privadas*” limitarem a venda de produtos na Internet. Na sua perspetiva, a prossecução da proteção da imagem dos produtos, e a forma como a empresa deseja comercializar os mesmos, constituem objetivos legítimos e, conseqüentemente, restrições objetivamente justificadas que podem ser percebidas no contexto do comércio eletrónico.

A verdade é que o espaço online constitui, simultaneamente, um meio ou canal de distribuição e um local de venda. E é tomando este quadro, no seu todo que importa considerar em que medida a imposição de restrições à comercialização online afeta significativamente a concorrência.

6 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de abril de 2009, *Copad SA v. Christian Dior couture SA, Vincent Gladel and Société industrielle lingerie (SIL)*, processo C-59/08, Colectânea de Jurisprudência 2009, p. I-03421.

7 Conclusões de J. Mazák, apresentadas em 3 de março de 2011, Processo C-439/09, I- I-09419.

O entendimento dominante é o que as restrições à venda e promoção online influenciam, necessariamente, a concorrência. Contudo, parece decorrer de *Coty* que esta influência não significa que essas restrições produzam, automaticamente, um abrandamento da concorrência e uma redução da concorrência intra-marcas e do comércio paralelo, tornando, por conseguinte, esses acordos proibidos ao abrigo do artigo 101º do TFUE. Pelo contrário, parece que só estamos perante uma afetação significativa da concorrência caso essas restrições constituam barreiras *de facto* no acesso ao mercado, a ponto de privar qualquer *player* que se recuse a cumprir essas restrições de entrar ou permanecer no mercado relevante.

3. CONCLUSÃO

Na senda do que tem sido a prática decisória europeia, o entendimento jurisprudencial espelhado em *Coty* traz alguma certeza quanto aos acordos de distribuição seletiva no âmbito do comércio eletrónico, sem deixar de ser provocador.

No que respeita aos produtos em causa, resulta, agora, claro, que a implementação de um sistema de distribuição seletiva moldado para preservar a qualidade do bem – incluindo a sua imagem de luxo, aura e prestígio –, e que integre, por esse motivo, restrições necessárias e adequadas à venda e distribuição online do mesmo, será conforme a concorrência e estará, nessa medida, isento de proibição.

Permanece a questão de saber até que ponto o argumento centrado na necessidade de preservar e proteger a integralidade do bem, e garantir que o mesmo é distribuído por distribuidores, criteriosa e uniformemente, selecionados e autorizados para o efeito não poderá ser extensível a outros bens que não aqueles considerados de marca de luxo. De facto, acompanhando o Advogado Geral N. Wahl nas suas Conclusões⁸ a qualidade dos produtos poderá abranger outras qualidades materiais, como a tecnologia de ponta de que são investidos ou o alcance dos fins a que se destinam.

Já a limitação às condições normais de concorrência, no seio do comércio eletrónico, parece justificada na medida em que, desconsiderando a rivalidade de preços, a distribuição seletiva garante o cumprimento das exigências qualitativas dos bens e evite fenómenos de parasitagem.

8 Conclusões de Nils Wahl, apresentadas em 26 de julho de 2017, Processo C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603.

BIBLIOGRAFIA

COMISSÃO EUROPEIA

- 2010 *Orientações relativas às restrições verticais*, COM (2010/C 130/01) 19.05.2010.
- 2015 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*, COM (2015) 192 final, de 06.05.2015.
- 2017 *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM (2017) 229final, de 10.05.2017.

COLANGELO, Giuseppe & TORTI, Valerio

- 2018 “Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules after Coty Prestige” in *European Competition Journal*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3119129 (consultado em 20 de abril de 2018).