Comissão de Economia, Inovação,
Obras Públicas e Habitação

N.º Único: 665918
N.º de Entrada: 614
Data: 09-11-2020

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

PARECER DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA SOBRE A

PROPOSTA DE LEI N.º 61/XIV

RELATIVA AO ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2021

1. Sumário Executivo

1. O presente parecer é emitido pela Autoridade da Concorrência ("AdC"), por iniciativa própria, no âmbito da sua atribuição estatutária de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência nos termos da alínea *g*) do artigo 5.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto ("Estatutos da AdC").

2. Assim, o parecer incide apenas sobre as normas da Proposta de Lei n.º 61/XIV ("Proposta de Lei", "Proposta") com incidência em aspetos relevantes do ponto de vista substantivo para a política de concorrência, designadamente os artigos 138.º ("Autorização legislativa no âmbito do regime jurídico da concorrência") e 139.º ("Autorização legislativa no âmbito do regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio").

3. A título de nota prévia, observa-se que a Proposta de Lei não contém menção às razões pelas quais são incluídas na Proposta normas que incidem sobre a política de concorrência, nem a AdC foi consultada sobre as normas em apreço da Proposta de Lei.[1]

4. No que diz respeito à proposta constante do artigo 139.º, entende a AdC que a mesma vai em sentido contrário às regras da concorrência e à vasta experiência adquirida pela AdC e pela Comissão Europeia na aplicação dessas regras, segundo as quais a imposição dos preços de revenda é considerada uma restrição grave à concorrência.

5. Em concreto, a imposição do preço de revenda pode por exemplo facilitar a cartelização entre fornecedores ou entre compradores e reduzir a concorrência entre fabricantes e/ou retalhistas. A disposição proposta condicionaria ainda fortemente a liberdade comercial dos agentes económicos, impedindo-os de praticar preços mais atraentes para os consumidores, sem que sejam evidentes quais os efeitos positivos da prática.

6. Quanto à proposta constante do artigo 138.º, a AdC considera que a proibição das cláusulas paritárias nos termos propostos não é aconselhável, sendo necessário preservar a possibilidade de uma análise casuística relativamente aos efeitos das cláusulas paritárias

[1] Cumpre, ademais, recordar que, nos termos do n.º 2 do artigo 96.º da Lei da Concorrência, "[a] *Autoridade da Concorrência é ouvida previamente à adoção de medidas legislativas que alterem o disposto no novo regime jurídico da concorrência, aprovado pela presente lei, ou as atribuições e competências que lhe são conferidas para promoção e defesa da concorrência*."

S-AdC/2020/4972

Avenida de Berna, n.º 19 • 1050-037 Lisboa
Tel.: (+351) 21 790 2000 • Fax: (+351) 21 790 2094
www.concorrencia.pt

no âmbito das regras da concorrência, de forma a garantir uma afetação eficiente de recursos e o bem-estar do consumidor.

7. Por conseguinte, a AdC recomenda a eliminação dos artigos 138.º e 139.º constantes da Proposta de Lei.

2. Enquadramento prévio

8. À AdC cabe, nos termos da alínea *g)* do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, nomeadamente por iniciativa própria, como é o caso.

9. A AdC assegura também o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência, dispondo, para o efeito, de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação - n.º 1 do artigo 5.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio ("Lei da Concorrência").

10. A Proposta de Lei, disponibilizada no *website* da Assembleia da República,[2] contém normas que visam autorizar o Governo a alterar a Lei da Concorrência e o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro (Proposta de Lei, pp. 123 e 124). Ambas as alterações incidem sobre a política da concorrência.

11. Mais concretamente, a Proposta de Lei contém normas que interessa considerar por terem repercussão direta na apreciação, do ponto de vista das regras da concorrência, de cláusulas paritárias e de acordos de fixação do preço de venda ao público que surjam no âmbito das relações contratuais entre fornecedores de bens/serviços e os seus intermediários.

12. A título de nota prévia, observa-se que a Proposta de Lei não contém menção às razões pelas quais são incluídas na Proposta normas que incidem sobre a política de concorrência, nem a AdC foi consultada sobre as normas em questão da Proposta de Lei.

13. Nestes termos, com vista ao aperfeiçoamento da Proposta da Lei no que respeita àquelas normas, a AdC apresenta os seguintes comentários.

S-AdC/2020/4972

[2] https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45392.

3. Quanto à apreciação de acordos verticais de fixação de preço de venda ao público

3.1. Conceito de acordos verticais de fixação de preço de revenda

14. Os acordos ditos verticais de fixação de preço de revenda surgem no contexto de relações contratuais entre empresas que se encontram em diferentes posições da cadeia de produção/distribuição.[3]

15. Este tipo de acordos restringe a liberdade comercial dos compradores relativamente às ofertas dos produtos/serviços a disponibilizar em venda ao público, nomeadamente quanto à possibilidade de definição dos preços de venda a jusante (no caso do distribuidor grossista, trata-se da venda aos distribuidores retalhistas; no caso do distribuidor retalhista, trata-se da venda ao público).

3.2. Âmbito da Proposta de Lei

16. No âmbito do artigo 139.º da Proposta de Lei, fica o Governo autorizado a "*definir como facto ilícito e censurável aquele que preencha o tipo legal correspondente à prática de oferecer para venda um bem ou serviço, através de plataforma eletrónica a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao preço de venda ao público acordado com o fornecedor do bem ou o prestador do serviço, ainda que à custa de uma redução total ou parcial da remuneração do intermediário contratualmente acordada*."

17. Esta autorização permitirá "*tipificar e cominar com coima, nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, na sua redação atual, a venda de bem ou serviço, através de plataforma eletrónica, a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao preço de venda ao público acordado com o fornecedor do bem ou o prestador do serviço*."

18. A Proposta de Lei visa deste modo tornar ilegal e sujeita a coima a venda de bem/serviço por um preço inferior ao preço de venda ao público acordado com o fornecedor do bem ou o prestador do serviço, quando a venda de bem/serviço seja efetuada através de plataforma eletrónica.

19. A autorização legislativa tem a duração do ano económico a que respeita a lei.

3.3. Análise e recomendação da AdC

20. Importa, em primeiro lugar, mencionar os aspetos do regime jurídico em vigor no que concerne à apreciação de acordos de fixação do preço de revenda entre o fornecedor do bem/serviço e intermediários.

S-AdC/2020/4972

[3] Um acordo tem carácter vertical quando é celebrado entre empresas que se encontram em diferentes posições da cadeia de produção/distribuição (i.e. entre empresas não concorrentes), por exemplo fornecedores de bens/serviços, distribuidores grossistas, distribuidores retalhistas ou outros intermediários.

21. A prática de fixação de preços de revenda entre o fornecedor do bem/serviço e um intermediário é sancionável no âmbito do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE").

22. Com efeito, a Lei da Concorrência proíbe, no seu artigo 9.º, "*os acordos entre empresas … que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: … a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação*". O TFUE prevê no n.º 1 do seu artigo 101.º uma proibição no mesmo sentido.[4]

23. Em concreto, a existência de um acordo de fixação do preço de revenda pode reduzir a concorrência de várias formas, como por exemplo facilitando a colusão entre fornecedores ou entre compradores, reduzindo a concorrência entre fabricantes e/ou retalhistas ou impedindo os distribuidores de reduzirem o preço de revenda.[5]

24. Acresce que, em virtude do Regulamento (UE) n.º 330/2010, existe uma presunção de que um acordo que inclui uma cláusula de imposição dos preços de revenda restringe a concorrência.[6] A imposição dos preços de revenda, ou seja, acordos que têm por objeto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar, é assim considerada uma restrição grave à concorrência.

S-AdC/2020/4972

25. A Lei da Concorrência estabelece no n.º 1 do seu artigo 10.º que os acordos referidos no artigo 9.º podem ser justificados caso se verifiquem determinados pressupostos. O TFUE prevê no n.º 3 do seu artigo 101.º uma disposição no mesmo sentido.

26. No entanto, a este respeito, assinala-se que uma cláusula de imposição dos preços de revenda cria igualmente a presunção de que o acordo não preenche provavelmente as condições estabelecidas no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (embora as empresas tenham a possibilidade de demonstrarem os ganhos de eficiência de forma a ilidir essa presunção).[7] O mesmo raciocínio aplica-se para efeitos de aplicação do n.º 1 do artigo 10.º da Lei da Concorrência.

27. Note-se assim que a Proposta de Lei vai em sentido contrário, não só das regras da concorrência, como também da vasta experiência adquirida pela AdC e pela Comissão Europeia na aplicação dessas regras.[8]

---

[4] Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE: "*São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas … que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação*".

[5] Ver parágrafo 224 das Orientações relativas às restrições verticais, OJ C 130, 19.5.2010, p. 1–46.

[6] 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.

[7] Ver parágrafo 223 das Orientações relativas às restrições verticais, OJ C 130, 19.5.2010, p. 1–46.

[8] Relativamente à prática decisória da AdC, v. por exemplo decisões nos processos PRC/2008/9, PRC/2009/12, PRC/2010/4 e PRC/2016/4. Relativamente à prática decisória da Comissão Europeia, v. por exemplo decisões nos

28. A título de exemplo, atente-se a decisão da AdC no processo PRC/2016/4:

> "1125. (…) *a prática de imposição ou fixação vertical dos preços de revenda tem uma influência direta na determinação dos preços a praticar por todas as empresas distribuidoras, criando condições de atuação no mercado que não correspondem às condições normais de funcionamento de um mercado concorrencial, diminuindo o risco associado a um comportamento concorrencial e contribuindo para garantir ou, pelo menos, promover a estabilidade e o alinhamento horizontal dos preços ao consumidor.*
> *(…)*
> *1127. Esta prática elimina a concorrência pelo preço dos produtos (concorrência intramarca), em prejuízo dos consumidores, que ficam limitados nas suas opções de escolha e deixam de poder beneficiar de produtos a preços reduzidos.*"[9]

29. A posição da AdC tem apoio junto da jurisprudência nacional, nomeadamente em sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão:[10]

> "*…a arguida celebrou contratos com os seus distribuidores em que estabeleceu restrições à livre fixação do preço, pelo que, independentemente dos concretos efeitos que se possam ter produzido, há por si só uma infração anticoncorrencial por objeto, pois que o acordo é apto a restringir a concorrência.*
>
> *Não existem dúvidas de que a fixação de preços é apta a efetuar uma restrição sensível da concorrência. Mas se dúvidas subsistissem as mesmas seriam dissipadas pelo 4.º, alínea a) do Regulamento (CE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, referente à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, de que decorre que a fixação de preços mínimos no âmbito de um acordo vertical é considerada uma restrição grave da concorrência, pelo que não é nunca aplicável uma isenção.*"

30. Acresce que a Proposta de Lei vai muito para além da proibição de venda com prejuízo, estatuída no diploma que o artigo 139.º propõe alterar e na qual o ponto de referência é o preço de compra pago pelo distribuidor.[11] A disposição proposta condicionaria

S-AdC/2020/4972

---

processos AT.40465 - Asus, AT.40469 - Denon & Marantz, AT.40181 - Philips, AT.40182 - Pioneer e AT.40428 – Guess.

[9] Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_e_Contencioso/Documents/PRC201604_Decis%C3%A3o%20Final_Vers%C3%A3o%20N%C3%A3o%20Confidencial_site%20AdC.pdf

[10] Sentença 18/12.0YUSTR de 24 de maio de 2013 (p. 70), disponível em http://concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/LACTOGAL%20IDF_14_12_TCRS_24.05.2013.pdf.

[11] A este respeito, recorda-se que o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro estabelece que "*É proibido oferecer para venda ou vender um bem a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efetivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte*."

fortemente a liberdade comercial dos agentes económicos, que ficariam impedidos de realizar vendas lucrativas (*i.e.* não seriam vendas com prejuízo) a preços mais atraentes para os consumidores, sem que sejam evidentes quais os efeitos positivos da prática.

31. Por último, sublinha-se que a proibição prevista na Proposta de Lei, não só permite os acordos de fixação de preço quando esteja em causa um intermediário que utilize uma plataforma de distribuição eletrónica, como obriga esse intermediário a respeitar o preço fixado pelo fornecedor sob pena de incorrer em contraordenação e ser obrigado ao pagamento de coima.

32. Propõe-se, assim, a eliminação do artigo 139.º constante da Proposta de Lei, já que este visa permitir os acordos de fixação de preços de revenda entre o fornecedor e intermediário, quando a venda de bem/serviço pelo intermediário seja efetuada através de plataforma eletrónica, independentemente dos efeitos na concorrência decorrentes deste tipo de acordo, i.e. em prejuízo da concorrência e do consumidor.

4. Quanto à apreciação de cláusulas paritárias no âmbito de acordos verticais

4.1. Conceito de cláusula paritária

S-AdC/2020/4972

33. As cláusulas paritárias[12] surgem no âmbito de acordos ditos verticais, entre fornecedores de bens e serviços e os respetivos intermediários.[13]

34. Este tipo de cláusulas restringe a liberdade comercial dos fornecedores relativamente às ofertas dos seus produtos/serviços disponibilizadas nos restantes canais de distribuição *online* e/ou *offline*, podendo a cláusula abranger apenas os canais que pertençam ao fornecedor em causa[14] ou também os canais que pertençam a terceiros.[15]

35. A restrição decorrente deste tipo de cláusula consiste na obrigação de o fornecedor oferecer ao intermediário condições iguais ou melhores que as condições oferecidas nos outros canais de distribuição, podendo incidir sobre um ou vários parâmetros (por exemplo, na definição dos preços de venda ou do inventário de produtos/serviços disponíveis).

36. A título de exemplo, tem-se observado a utilização deste tipo de cláusulas no mercado hoteleiro, no qual os hotéis habitualmente divulgam e vendem os seus serviços não só através de canais próprios *offline* e *online* (*website* dos hotéis), mas também em canais

---

[12] Estas cláusulas são também referidas como cláusulas de melhor preço (em inglês cláusulas "*Most Favored Nation*" ou MFN).
[13] V. nota de rodapé 3.
[14] As cláusulas que exigem condições melhores ou iguais apenas por comparação com os canais de distribuição que pertençam ao fornecedor em causa também se designam como "*narrow MFN*".
[15] As cláusulas que exigem condições melhores ou iguais por comparação não só com os canais de distribuição que pertençam ao fornecedor em causa mas também com os canais de distribuição de terceiros designam-se como "*wide MFN*".

de terceiros, nomeadamente em plataformas eletrónicas de reservas de hotéis que agregam serviços de vários prestadores.[16]

37. Através deste tipo de cláusulas, as plataformas de reserva de hotéis conseguem oferecer uma garantia de melhor preço aos seus clientes, assegurando-lhes que os preços e as condições praticadas na plataforma eletrónica são as melhores face a outras plataformas concorrentes (*online*) e face às condições praticadas pelos próprios hotéis (quer *online*, quer *offline*).

4.2. Âmbito da Proposta de Lei

38. No âmbito do artigo 138.º da Proposta de Lei, fica o Governo autorizado a modificar a Lei da Concorrência no sentido de "*proibir as cláusulas paritárias nas relações contratuais entre empresas e intermediários, de forma a que um contraente fique proibido de estabelecer que o outro contraente ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços de venda do mesmo bem ou serviço por preço igual ou inferior ao praticado pelo primeiro contraente*."

39. A Proposta de Lei visa assim a proibição de cláusulas paritárias que incidam sobre o preço de venda do bem/serviço nas relações entre empresas e intermediários. Em concreto, pretende-se proibir que as partes concordem, por exemplo, em restringir a liberdade de uma empresa fornecedora de bem/serviço oferecer, ela própria ou através de terceiro, um bem/serviço a preço igual ou inferior ao preço acordado com o intermediário.

40. A autorização legislativa tem a duração do ano económico a que respeita a lei.

4.3. Análise e recomendação da AdC

41. Importa em primeiro lugar mencionar os aspetos do regime jurídico em vigor no que concerne à apreciação, no âmbito do direito da concorrência, de cláusulas paritárias nas relações contratuais entre empresas e intermediários.

42. Está em causa: por um lado, a aplicação do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE, relativos aos acordos restritivos da concorrência; e, por outro lado, a possibilidade de aplicação do artigo 12.º da Lei da Concorrência, relativo ao abuso de dependência económica.

S-AdC/2020/4972

[16] V. a este respeito nota de rodapé 22 referente à prática decisória das autoridades nacionais da concorrência dos Estados-Membros da UE relativa ao setor hoteleiro e em particular à empresa Booking.com.

Aplicação do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE: acordos restritivos da concorrência

43. Os acordos verticais que incluam cláusulas paritárias podem, em determinadas circunstâncias, ser considerados restritivos da concorrência, nos termos do artigo 9.° da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE.[17]

44. Com efeito, a Lei da Concorrência proíbe, no n.º 1 do seu artigo 9.º, "*os acordos entre empresas … que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: … b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos*". O TFUE prevê no n.º 1 do seu artigo 101.º uma proibição no mesmo sentido.[18]

45. Em concreto, a existência de cláusulas paritárias pode reduzir a concorrência na medida em que limitam a concorrência relativamente ao preço e às condições de oferta entre os vários canais de distribuição, podendo facilitar a colusão e criar barreiras à entrada de novos distribuidores (por exemplo, de plataformas eletrónicas dispostas a cobrar comissões de valor mais baixo), resultando assim em preços mais elevados para o consumidor final.

46. Em todo o caso, em virtude do Regulamento (UE) n.º 330/2010, existe uma presunção de que as cláusulas paritárias em acordos verticais não resultam em restrições sensíveis à concorrência desde que as quotas de mercado das partes do acordo nos mercados relevantes não sejam superiores a 30%.[19]

47. Este regulamento é igualmente aplicável a acordos entre empresas abrangidos pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, por força do n.º 3 do artigo 10.º da mesma lei.

48. Acresce que, ainda que a presunção *supra* referida não se verifique, podem existir ganhos de eficiência associados à utilização de cláusulas paritárias que justifiquem, numa análise casuística, considerar estas cláusulas como compatíveis com as regras da concorrência.

49. A este respeito, a Lei da Concorrência estabelece no n.º 1 do seu artigo 10.º que os acordos referidos no artigo 9.º podem ser justificados caso se verifiquem determinados

S-AdC/2020/4972

---

[17] As regras da concorrência estabelecidas no TFUE, semelhantes às regras previstas na Lei da Concorrência, têm aplicação direta no ordenamento jurídico nacional, cabendo à AdC a aplicação das referidas regras no âmbito da alínea *h*) do n.º 5 dos Estatutos da AdC, segundo a qual incumbe à AdC "[e]*xercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas*".

[18] Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE: "*São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas … que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: … b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos*".

[19] 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.

pressupostos, nos quais se incluem a contribuição para a melhoria da distribuição de bens/serviços e um benefício para os consumidores, resultante do acordo em causa.[20] O TFUE prevê no n.º 3 do seu artigo 101.º uma disposição no mesmo sentido.[21]

50. No caso das cláusulas paritárias, a sua utilização pode ser justificável para proteção do investimento efetuado pelos intermediários nas respetivas plataformas eletrónicas ou sistemas de distribuição contra o parasitismo ("*free riding*") da parte dos fornecedores.

51. Utilizando o exemplo do mercado hoteleiro, na ausência de cláusulas paritárias aplicáveis aos canais próprios dos hotéis, os clientes dos hotéis poderiam recorrer às plataformas para efeitos de pesquisa das melhores ofertas, realizando posteriormente a transação fora das plataformas de forma a beneficiarem de melhores preços, nomeadamente junto dos canais de venda *online* e *offline* dos hotéis pretendidos, o que condicionaria a capacidade de geração de receitas por parte das plataformas. Neste contexto, o recurso a cláusulas paritárias aplicáveis apenas aos canais dos hotéis pode revelar-se necessário para garantir a viabilidade financeira das plataformas eletrónicas de reservas de hotéis (e os benefícios que destas resultem para os consumidores), que dependem de receitas para cobrir os custos operacionais relacionados com o desenvolvimento e manutenção das plataformas. Por outro lado, os benefícios decorrentes da utilização de cláusulas paritárias mais abrangentes, aplicáveis também aos canais de terceiros, poderão não ser suficientes para compensar os efeitos negativos na concorrência *supra* referidos.

52. Desta forma, entende-se ser necessário preservar a possibilidade de uma análise casuística relativamente aos efeitos das cláusulas paritárias no âmbito da concorrência no contexto de aplicação do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE. Tem sido aliás este o entendimento da maioria das autoridades da concorrência da UE, as quais têm focado a sua intervenção na eliminação sobretudo de cláusulas paritárias com um âmbito mais alargado, *i.e.* que visam garantir melhores condições contratuais também por comparação com condições aplicáveis a canais de distribuição de terceiros (e não apenas a canais de distribuição próprios do fornecedor).[22] Em paralelo, alguns Estados-

S-AdC/2020/4972

---

[20] Artigo 10.º, n.º 1 da Lei da Concorrência: *"Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas … referid[o]s no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente: a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante; b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos; c) Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa."*

[21] Artigo 101.º, n.º 3 do TFUE: "*As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas … que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*".

[22] Veja-se, a título de exemplo, as decisões das autoridades da concorrência de França, Itália e Suécia, que em 2015 aceitaram compromissos apresentados pela empresa Booking.com (plataforma eletrónica de reserva de hotéis), de acordo com os quais a empresa ficou obrigada a não exigir de hotéis condições iguais ou melhores do que aquelas que fossem acordadas entre esses hotéis e outras plataformas eletrónicas de reservas de hotéis. Não obstante, assinala-se a existência de diversidade de decisões das autoridades da concorrência dos Estados-

Membros têm adotado legislação sectorial regulando a utilização de cláusulas paritárias no setor hoteleiro.[23]

53. Cumpre ainda assinalar que a Proposta de Lei introduziria uma assimetria entre os regimes legais a aplicar pela AdC a acordos com dimensão apenas nacional e a acordos suscetíveis de afetar também o comércio entre os Estados-Membros.

54. Com efeito, por um lado, a AdC passaria a poder sancionar o uso de cláusulas paritárias em acordos de dimensão apenas nacional, nos termos acima descritos, com base na Lei da Concorrência. Por outro lado, poderia não ser possível à AdC sancionar o uso das mesmas cláusulas paritárias à luz do artigo 101.º do TFUE, quando os acordos tivessem dimensão comunitária, tendo em consideração a legislação da UE já referida e a jurisprudência da UE.

55. Esta assimetria legal, em si mesma indesejável por configurar regimes diferentes para o mesmo tipo de comportamento, poderia ainda ser eventualmente incompatível com legislação da UE.

56. A este respeito, importa ter em consideração o disposto no artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 1/2003,[24] que dispõe sobre a relação entre os artigos 101.º e 102.º do TFUE e as legislações nacionais em matéria de concorrência.

57. O n.º 1 deste artigo obriga as autoridades nacionais da concorrência dos Estados-Membros da UE a aplicarem o artigo 101.º sempre que apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos com dimensão comunitária.

58. De acordo com o n.º 2, "[a] *aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos … suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo* [101].*º do Tratado, ou que reúnam as condições do n.º 3 do artigo* [101].*º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo* [101].*º do Tratado*."

59. Afigura-se assim necessário ter em consideração a eventual incompatibilidade entre a Proposta de Lei e o artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 1/2003, na medida que o disposto na Proposta de Lei poderia levar à proibição de cláusulas paritárias que seriam justificáveis na aceção do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

S-AdC/2020/4972

Membros da UE, tendo por exemplo a autoridade da concorrência alemã ordenado a Booking.com a eliminar igualmente cláusulas paritárias que garantissem condições iguais ou melhores por comparação com os canais de distribuição próprios do fornecedor (esta decisão foi anulada na primeira instância de recurso, encontrando-se para apreciação no Supremo Tribunal Federal da Alemanha). A nível nacional, não existe ainda precedente relevante relativamente a esta matéria.

[23] Por exemplo, em França o artigo L311-5-1 do Código do Turismo proíbe a utilização de cláusulas paritárias que garantam às plataformas de reservas de hotéis melhores condições contratuais por comparação com condições aplicáveis a canais de distribuição próprios do hotel ("*narrow MFNs*").

[24] Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101].º e [102].º do Tratado.

Aplicação do artigo 12.º da Lei da Concorrência: abuso de dependência económica

60. Os acordos verticais que incluam cláusulas paritárias poderiam ainda, em determinadas circunstâncias, configurar uma restrição à concorrência enquanto abuso de dependência económica, nos termos do artigo 12.º da Lei da Concorrência.

61. Com efeito, a Lei da Concorrência proíbe, no n.º 1 do seu artigo 12.º, "*na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente*".

62. Para este efeito, segundo o n.º 3, a empresa não dispõe de alternativa equivalente quando "[o] *fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas*" ou "[a] *empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável*."

63. Em concreto, no caso em apreço, a existência de cláusulas paritárias nas relações contratuais entre empresas e intermediários poderá configurar um abuso de dependência económica quando as empresas fornecedoras de bens/serviços dependam economicamente de um número restrito de distribuidores.

64. Em todo o caso, como referido, o artigo 12.º requer a existência da suscetibilidade de afetação do funcionamento do mercado ou da estrutura da concorrência.

65. A este respeito, importa assinalar que o sentido da Proposta de Lei, caso resultasse numa alteração ao artigo 12.º da Lei da Concorrência, resultaria na presunção de que essa afetação do funcionamento do mercado ou da estrutura da concorrência existiria no caso das cláusulas paritárias abrangidas na Proposta, sem que seja possível descortinar motivos que justifiquem essa presunção.

66. Acresce o facto de não existir até ao momento experiência prática significativa na aplicação da figura do abuso de dependência económica em Portugal.[25]

67. Deste modo, entende-se ser necessário preservar a possibilidade de uma análise casuística relativamente aos efeitos das cláusulas paritárias no âmbito da concorrência no contexto de aplicação do artigo 12.º da Lei da Concorrência.

S-AdC/2020/4972

[25] Desde que foi instituída, com o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, a figura do abuso de dependência económica apenas foi aplicada em decisões condenatórias em dois processos (3/98 e 2/99), pelo Conselho da Concorrência, antecessor da AdC, ainda na vigência do referido diploma (revogado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, por sua vez revogada pela Lei da Concorrência).

68. Propõe-se, assim, a eliminação do artigo 138.º constante da Proposta de Lei, já que este visa a proibição do uso de qualquer cláusula paritária, independentemente dos respetivos efeitos na concorrência, em prejuízo da afetação eficiente de recursos e do consumidor.

5. Conclusão

69. No que diz respeito à proposta constante do artigo 139.º da Proposta de Lei, entende a AdC que a mesma vai em sentido contrário às regras da concorrência e à vasta experiência adquirida pela AdC e pela Comissão Europeia na aplicação dessas regras, segundo as quais a imposição dos preços de revenda é considerada uma restrição grave à concorrência.

70. Em concreto, a imposição do preço de revenda pode por exemplo facilitar a cartelização entre fornecedores ou entre compradores e reduzir a concorrência entre fabricantes e/ou retalhistas. A disposição proposta condicionaria ainda fortemente a liberdade comercial dos agentes económicos, impedindo-os de praticar preços mais atraentes para os consumidores, sem que sejam evidentes quais os efeitos positivos da prática.

71. Quanto à proposta constante do artigo 138.º da Proposta de Lei, a AdC considera que a proibição das cláusulas paritárias nos termos propostos não é aconselhável, sendo necessário preservar a possibilidade de uma análise casuística relativamente aos efeitos das cláusulas paritárias no âmbito das regras da concorrência, de forma a garantir uma afetação eficiente de recursos e o bem-estar do consumidor.

72. Por conseguinte, a AdC recomenda a eliminação dos artigos 138.º e 139.º constantes da Proposta de Lei.

S-AdC/2020/4972

Lisboa, 30 de outubro de 2020.