

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Ano letivo 2024/2025

Exame

– Introdução ao Direito da Concorrência –

17-02-2024

Responda a duas das seguintes questões:

1.

A AlphaTech, um fabricante de dispositivos pessoais (“wearables”) de alta tecnologia, com uma quota de mercado de 25% na UE, celebrou um acordo de distribuição com a BetaDistributors, uma empresa especializada na venda de produtos eletrónicos de consumo na UE. O acordo contém as seguintes cláusulas:

- A BetaDistributors está proibida de vender os produtos da AlphaTech fora do seu território atribuído, que se limita ao Sul da Europa.
- A AlphaTech compromete-se a proibir a FlashSales, o seu distribuidor exclusivo para o resto da UE, de vender no território da BetaDistributors, incluindo nessa proibição a realização de vendas online a clientes localizados nesse território.
- Para criar um incentivo à prestação de serviços de pré-venda que mostram aos consumidores como conectar os wearables da AlphaTech aos seus smartphones, a BetaDistributors é obrigada a vender os dispositivos da AlphaTech a um preço de retalho mínimo determinado pela AlphaTech.

Estas cláusulas infringem o artigo 101.º do TFUE?

2.

A LuxSupermarkets, uma das principais cadeias de retalho na UE, vende os produtos dos principais fornecedores de produtos de limpeza doméstica (CleanCo, FreshPro e Sparkly). Em janeiro de 2024, nas reuniões regulares entre a LuxSupermarkets com cada fornecedor individualmente, foram discutidas tendências de preços e estratégias de mercado. No final desse mês, os três fornecedores aumentaram em 10% os preços de venda por grosso dos seus produtos aos pequenos retalhistas, alegando um aumento dos custos. Os preços cobrados à LuxSupermarkets mantiveram-se inalterados. Uma associação de pequenos retalhistas apresenta uma denúncia, alegando que os fornecedores participaram numa colusão facilitada pela LuxSupermarkets.

A CleanCo alega que os aumentos de preços foram necessários para fazer face a um aumento substancial nos custos das matérias-primas, causado por uma disrupção global na cadeia de abastecimento.

O CEO da Sparkly pediu ao seu escritório de advogados um parecer jurídico sobre os possíveis riscos decorrentes destes factos, bem como as medidas que podem ser implementadas para prevenir esses riscos no futuro. Na sua resposta, considere as possíveis justificações para a conduta dos fornecedores e da LuxSupermarkets.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

3.

A OmegaPharma e a MedHealth, duas das principais empresas farmacêuticas na UE, propõem fundir-se. Ambas as empresas produzem e vendem medicamentos analgésicos de venda livre (OTC). A OmegaPharma detém uma quota de mercado de 45% neste segmento na UE, enquanto a MedHealth possui uma quota de 15% no mesmo mercado. A MedHealth é um novo participante neste segmento e tem uma estratégia agressiva de marketing e preços. Desde a sua entrada no mercado em 2019, os preços dos medicamentos analgésicos OTC caíram 10%. Os restantes concorrentes, Kunst e Latte, detêm cada um cerca de 20% de quota de mercado.

A Comissão também teme que esta operação permitirá à nova entidade aumentar unilateralmente os preços ou reduzir a variedade de produtos sem enfrentar uma pressão concorrencial eficaz. Há provas que, nos últimos anos, a OmegaPharma teve de reduzir significativamente os seus preços em resposta à estratégia de preços da MedHealth, enquanto os seus outros concorrentes apenas reduziram os preços de forma marginal.

Para responder às preocupações da Comissão, as partes propõem medidas corretivas de natureza estrutural, incluindo a alienação de determinadas linhas de produtos, e medidas comportamentais, como compromissos de fornecimento de ingredientes essenciais para medicamentos OTC para alívio da dor aos concorrentes.

Serão as preocupações da Comissão legítimas face ao regime de controlo de concentrações da EU e, nesse caso, poderão estas medidas corretivas resolver os problemas concorrenciais identificados?

É permitida a consulta de legislação nacional e da União Europeia. Duração: 2 horas.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Tópicos de correção

1.

Contexto: com uma quota de mercado de 25%, os acordos de distribuição da AlphaTech podem beneficiar do RGEV, desde que os seus distribuidores tenham quotas de mercado inferiores a 30%.

Problema 1: a distribuição exclusiva com restrição de vendas ativas é compatível com o Regulamento 2022/720 – artigo 5.º, alínea b), subalínea i) (ver acórdãos Consten/Grundig e STM).

Problema 2: proibição de vendas online a clientes no território de outro distribuidor exclusivo: as proibições de vendas online são equiparadas às proibições de revenda passiva e são agora expressamente qualificadas como restrições graves ao abrigo do Regulamento 2022/720 – artigo 5.º, alínea e) (ver também acórdãos Pierre Fabre e Coty Germany).

Problema 3: a imposição de preços de revenda (Resale Price Maintenance – RPM) é uma restrição grave ao abrigo do Regulamento 2022/720 – artigo 5.º, alínea a) (ver também acórdão Super Bock).

Dado que o acordo contém restrições graves, o Regulamento 2022/720 não é aplicável aos acordos de distribuição da AlphaTech, sendo necessária uma autoavaliação ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE. Para tal, a AlphaTech teria de demonstrar a existência de um problema de externalidades (ver Linhas de Orientação da Comissão Europeia sobre Acordos Verticais de 2022, parágrafo 16), como, por exemplo, um problema de free-riding.

2.

A existência de reuniões individuais entre um supermercado e os seus fornecedores não é, por si só, suspeita, uma vez que uma relação comercial atual ou potencial exige tais reuniões. O problema neste cenário hipotético decorre do conteúdo e do resultado dessas reuniões: foram discutidas tendências de preços e estratégias de mercado individualmente, mas, após essas reuniões, todos os fornecedores envolvidos aumentaram os preços simultaneamente. Estes aumentos de preços foram direcionados aos concorrentes da LuxSupermarkets, tornando mais provável a existência de um acordo hub-and-spoke entre a LuxSupermarkets e os seus concorrentes.

Tal acordo teria de ser concretizado através da LuxSupermarkets como intermediária entre os três fornecedores, ou seja, os fornecedores trocaram informações entre si de forma indireta para coordenar o seu comportamento. Seria igualmente necessário demonstrar que, ao participarem nestas trocas de informação, os fornecedores sabiam ou deveriam saber que as informações fornecidas à LuxSupermarkets seriam partilhadas com os seus concorrentes, e que existia a expectativa de que adotassem uma conduta comum no mercado. O acórdão Eturas é um exemplo importante dos requisitos aplicáveis a este tipo de situação.

Embora tal acordo constituísse uma restrição da concorrência por objeto (ver acórdãos T-Mobile e BIDS), a prática poderia ainda beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE. No entanto, as explicações apresentadas não parecem satisfazer os requisitos desse artigo, uma vez que os aumentos dos preços das matérias-primas e as dificuldades no abastecimento tenderiam a aumentar todos os preços de forma geral, e não apenas os preços praticados para os concorrentes da LuxSupermarkets. Mesmo que esses motivos fossem válidos, seria necessário considerar alternativas menos restritivas. Além disso, tais aumentos deveriam ocorrer sob o princípio fundamental de que cada concorrente deve determinar o seu

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

comportamento de forma independente, e não através da troca de informações com concorrentes, eliminando assim a incerteza que caracteriza uma concorrência não falseada.

A última questão prende-se com a forma de evitar a participação nestas reuniões e de se distanciar do que nelas ocorreu. Para refutar a presunção estabelecida no acórdão T-Mobile, as Linhas de Orientação sobre a Cooperação Horizontal de 2023 fornecem algumas diretrizes nos parágrafos 396-400.

3.

Este é um mercado altamente concentrado, e a operação aumentará essa concentração com um delta de 1350 pontos. O cenário hipotético levanta preocupações muito claras quanto a efeitos unilaterais: com uma quota de mercado pós-fusão de 60%, a OmegaPharm estaria na zona em que se presume a existência de uma posição dominante. Além disso, há indícios de que a MedHealth não é apenas uma empresa desestabilizadora no setor como um todo, mas também um concorrente direto da OmegaPharm, exercendo uma pressão significativa sobre os seus preços.

A análise dos efeitos coordenados teria de considerar os fatores estruturais que poderiam facilitar a colusão e determinar se a fusão aumentaria a sua probabilidade. A importância da diferenciação dos produtos, evidenciada pela relativa indiferença da Kunst e da Latte em relação à política agressiva de preços da MedHealth, sugere que um modelo típico de oligopólio de produtos homogêneos provavelmente não é aplicável neste caso.

Quanto aos compromissos, dado o contexto do mercado, parece que mesmo as soluções estruturais dificilmente resolveriam os problemas de concorrência, uma vez que seria necessário replicar a pressão competitiva atualmente exercida pela MedHealth sobre os preços da OmegaPharm.