

Processo C-306/20:**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

9 de julho de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Administratīvā apgabaltiesa (Tribunal Administrativo Regional, Letónia)

Data da decisão de reenvio:

4 de junho de 2020

Recorrente:

SIA Visma Enterprise

Recorrido:

Konkurences padome (Conselho da Concorrência, Letónia)

Objeto do processo principal

Recurso interposto pela sociedade comercial letã SIA Visma Enterprise no Administratīvā apgabaltiesa (Tribunal Administrativo Regional), no âmbito do direito nacional da concorrência, que tem por objeto a anulação de uma decisão do Latvijas Republikas Konkurences padome (Conselho da Concorrência da República da Letónia, a seguir «Conselho»), que lhe aplicou uma coima com o fundamento de que, nos contratos celebrados por esta sociedade com os distribuidores dos seus produtos (dois programas contabilísticos), estava prevista a retenção ou a reserva de clientes para o distribuidor em causa durante um determinado período (até seis meses) antes da celebração do contrato de compra, ou seja, durante o período em que decorria o processo de venda.

Objeto e base jurídica do reenvio prejudicial

No presente processo, que diz respeito a uma situação interna do Estado [-Membro], mas em que são aplicáveis regras nacionais que, em substância, são análogas às regras da União em matéria de concorrência, o órgão jurisdicional de reenvio pede, com base no artigo 267.º TFUE, a interpretação do artigo 101.º,

n.º 1, TFUE e dos artigos 2.º e 4.º, alínea b), do Regulamento n.º 330/2010, a fim de estabelecer:

- se um acordo entre um produtor e distribuidores, por força do qual o distribuidor que tenha registado junto do produtor uma potencial transação com um cliente beneficia, durante um período de seis meses a contar desse registo, a menos que o cliente a isso se oponha, de prioridade para levar a cabo o processo de venda com o cliente em causa deve ser considerado uma prática colusória;
- se, e em que condições, esse acordo pode beneficiar das isenções previstas na legislação da União Europeia, entre outras, as relativas aos sistemas de distribuição exclusivos;
- que importância podem ter, a este respeito, as circunstâncias de i) não terem sido aplicadas coimas aos cocontratantes (distribuidores), ii) a quota de mercado da rede de distribuição não ultrapassar 30% e iii) o cliente do distribuidor ter o direito de se opor a essa vantagem, bem como outras circunstâncias do caso vertente.

Questões prejudiciais

- 1) Pode o acordo entre um produtor e alguns distribuidores, objeto do presente processo, (por força do qual, durante um período de 6 — seis — meses a contar do registo de uma transação potencial, o distribuidor que tenha registado antes a transação potencial tem prioridade para levar a cabo o processo de venda com o utilizador final em questão, a menos que este se lhe oponha) ser considerado, segundo uma interpretação correta do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, um acordo entre empresas que tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, [TFUE]?
- 2) Pode o acordo entre um produtor e alguns distribuidores, objeto do presente processo, interpretado em conformidade com as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, fornecer indícios que permitam apreciar se esse acordo não está isento da proibição geral de práticas colusórias?
- 3) Deve considerar-se que o acordo entre um produtor e alguns distribuidores, objeto do presente processo, interpretado em conformidade com as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, constitui uma exceção a essa proibição? Pode considerar-se que a exceção que permite celebrar acordos verticais que estabeleçam uma restrição de vendas ativas no território ou ao grupo de clientes que o fornecedor tenha reservado em exclusivo para si mesmo ou tenha atribuído em exclusivo a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador, e quando a quota de mercado do fornecedor (a recorrente) não ultrapasse 30%, se aplica unicamente aos sistemas de distribuição exclusivos?

4) Pode o acordo entre um produtor e alguns distribuidores, objeto do presente processo, interpretado em conformidade com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ter por elemento constitutivo unicamente a conduta ilícita de um único operador económico? Nas circunstâncias do presente processo, interpretadas em conformidade com as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, existem indícios da participação de um único operador económico numa prática colusória?

5) Nas circunstâncias do presente processo, interpretadas em conformidade com as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, existem indícios de uma redução (distorção) da concorrência no interior do sistema de distribuição ou de uma vantagem em proveito da recorrente ou de um efeito negativo na concorrência?

6) Nas circunstâncias do presente processo, interpretadas em conformidade com as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, se a quota de mercado da rede de distribuição não ultrapassar 30% (a recorrente é um produtor, pelo que a sua quota de mercado também inclui os volumes de vendas dos seus distribuidores), existem indícios de efeitos negativos na concorrência no sistema de distribuição e/ou fora dele e está esse acordo sujeito à proibição de práticas colusórias?

7) Em conformidade com o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e com o artigo 2.º do Regulamento n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, lido em conjugação com o artigo 4.º, alínea b), do mesmo:

- A isenção é aplicável a um sistema de distribuição em que i) o distribuidor (comerciante) escolhe ele próprio o cliente potencial com o qual vai colaborar; ii) o fornecedor não determinou previamente, com base em critérios objetivos, claramente conhecidos e verificáveis, um grupo específico de clientes para os quais cada distribuidor fornece os seus serviços; iii) o fornecedor, a pedido do distribuidor (comerciante), faz uma reserva de clientes potenciais para este distribuidor; iv) os outros distribuidores não conhecem ou não são previamente informados sobre a reserva do cliente potencial; ou em que v) o único critério para reservar um cliente potencial e, por conseguinte, para estabelecer o sistema resultante de distribuição exclusiva em benefício de um distribuidor específico é o pedido desse distribuidor e não o determinado pelo fornecedor; ou em que vi) a reserva se mantém em vigor durante 6 — seis — meses a contar do registo da potencial transação (após os quais, a distribuição exclusiva deixa de estar em vigor)?
- Deve considerar-se que as vendas passivas não ficam restringidas se o acordo celebrado entre o fornecedor e o distribuidor incluir a condição de que o comprador (utilizador final) se pode opor à referida reserva,

mas este não tenha sido informado de tal condição? Pode a conduta do comprador (utilizador final) influenciar (justificar) as condições do acordo entre o fornecedor e o distribuidor?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Artigos 2.º, e 4.º, alínea b) 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, p. 1).

Jurisprudência do Tribunal de Justiça

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160), n.º 20.

Quadro jurídico nacional

Konkurences likums (Lei da concorrência) (*Latvijas Vēstnesis*, Nr. 151, 23.10.2001; na sua versão alterada) (a seguir «Lei da concorrência»), artigos 1.º, 2.º e 11.º (o teor do artigo 11.º, n.º 1, desta lei é, em substância, semelhante à da redação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE).

Ministru kabineta 2008.gada 29.septembra noteikumi Nr. 797 "Noteikumi par atsevišķu vertikālo vienošanos nepakļaušanu Konkurences likuma 11. panta pirmajā daļā noteiktajam vienošanās aizliegumam" (Decreto n.º 797 do Conselho de Ministros, de 29 de setembro de 2008, sobre as "Disposições relativas à não aplicação da proibição de práticas colusórias a determinados acordos verticais prevista no artigo 11.º, n.º 1, da Lei da Concorrência" (*Latvijas Vēstnesis*, n.º 153, 02.10.2008) (a seguir «Decreto n.º 797»), ponto 8.2.1 [o conteúdo deste ponto é semelhante à isenção prevista no artigo 4.º, alínea b), subalínea i), do Regulamento n.º 330/2010].

Exposição sumária dos factos e da tramitação processual

- 1 A recorrente, SIA Visma Enterprise (criada por fusão de duas sociedades às quais foi aplicada uma coima através da decisão impugnada, ou seja, a SIA FMS Software e a SIA FMS), é titular dos direitos de autor relativos a dois programas contabilísticos: o *Horizon* e o *Horizon Start* (a seguir «produtos em causa»).
- 2 A recorrente distribuía os produtos em causa, fazendo-o ela própria ou por intermédio de distribuidores, através da celebração de acordos padrão de parceria

com os distribuidores (a seguir «acordo controvertido ou acordos controvertidos»).

- 3 A cláusula 4.1 do acordo controvertido (a seguir «cláusula controvertida») previa (neste texto, a recorrente é denominada «fornecedor» e o «sócio» é o distribuidor):

«Ao iniciar o processo de venda com um utilizador final determinado, o sócio deverá registar a potencial transação na base de dados criada pelo fornecedor, enviando o formulário eletrónico de requerimento previsto no anexo 1 do contrato, preenchido com toda a informação possível e disponível incluída no anexo 1. No caso de potenciais transações registadas, será dada prioridade ao sócio que tenha registado anteriormente a operação para concluir o processo de venda com o utilizador final em causa, a menos que o consumidor final se oponha. Esta vantagem manter-se-á durante 6 (seis) meses a contar da data do registo da operação potencial.»

- 4 Por decisão de 9 de dezembro de 2013 (a seguir «decisão impugnada»), o Conselho declarou que a cláusula controvertida violava a proibição prevista no artigo 11.º, n.º 1, da Lei da concorrência e que, por conseguinte, os contratos controvertidos deviam ser qualificados como práticas colusórias que restringiam a concorrência entre distribuidores. Pela mesma decisão, foi aplicada à recorrente uma coima de 64 029,23 EUR (45 000 LVL). O Conselho não considerou oportuno nem necessário imputar a responsabilidade dos distribuidores enquanto coparticipantes na prática colusória. O Conselho salientou igualmente que a infração tinha durado mais de cinco anos e tinha terminado por iniciativa da recorrente.
- 5 A recorrente interpôs recurso da decisão impugnada para o órgão jurisdicional de reenvio. Por decisão de 8 de maio de 2015, o órgão jurisdicional de reenvio julgou parcialmente procedente o pedido da recorrente no que respeita à aplicação solidária de uma coima às duas entidades (as duas sociedades cuja fusão esteve na base da constituição da recorrente), mas negou provimento ao recurso quanto ao restante.
- 6 Após conhecer dos recursos de cassação interpostos por ambas as partes, o Senāta Administratīvo lietu departaments (Supremo Tribunal, Secção de Contencioso Administrativo; a seguir «Senāts»), por acórdão de 16 de junho de 2017, anulou a decisão do órgão jurisdicional de reenvio de 8 de maio de 2015 e remeteu o processo a este último para nova apreciação. Por decisão de 13 de setembro de 2018, o órgão jurisdicional de reenvio negou novamente provimento ao recurso, considerando que a decisão impugnada era legal e fundada. Depois de ouvido o subsequente recurso de cassação da recorrente, o Senāts anulou igualmente, por acórdão de 26 de novembro de 2019, a decisão do órgão jurisdicional de reenvio de 13 de setembro de 2018, salientando que esta decisão não tinha examinado adequadamente os argumentos da recorrente relativos à natureza do acordo, ao seu contexto jurídico e económico nem tido em conta as provas da sua aplicação efetiva.

- 7 Entre outras considerações, o Senāts considerou que o órgão jurisdicional de reenvio tinha erradamente concluído que a reserva «a menos que o utilizador final a isso se oponha» constante da cláusula controvertida não era pertinente. Com efeito, em seu entender, para determinar a natureza, o alcance e os limites do acordo, importa averiguar de que modo os participantes neste tinham querido dar-lhe execução, nomeadamente como seriam tratados as eventuais oposições dos clientes e quais seriam os limites da ação do vendedor em função da oposição manifestada pelo cliente. Além disso, em seu entender, não importava se o cliente conhecia ou não a existência dessa reserva e que tivesse ou não conhecimento do conteúdo do acordo em geral. O que importa era como se previa que os vendedores atuassem, no processo de venda, se essas objeções fossem recebidas. O Senāts acrescentou que o conteúdo do acordo devia ser apreciado em função tanto da sua redação como dos elementos de prova apresentados por ambas as partes no processo suscetíveis de demonstrar a verdadeira natureza do acordo.

Principais argumentos das partes no processo principal

Quanto à existência de uma infração

- 8 Segundo o **Conselho**, o regime previsto pela cláusula controvertida, segundo o qual o distribuidor obtém, ao registar uma potencial transação numa base de dados de clientes da recorrente, «prioridade para concluir o processo de venda» e esta vantagem permanece durante um certo período, ou seja, seis meses, reduz a concorrência entre os distribuidores e a sua pressão concorrencial recíproca. Na medida em que se trata unicamente de clientes potenciais, os distribuidores não têm a possibilidade de concorrer entre si para oferecer os produtos em causa em condições mais favoráveis. A concessão dessa vantagem equivale a uma repartição coordenada dos clientes entre distribuidores pela recorrente, que restringe a concorrência entre eles. Segundo o Conselho, uma vez que a cláusula controvertida tem por objeto restringir a concorrência, o contrato controvertido constitui uma restrição por objeto, pelo que não há que analisar a aplicação de facto ou os efeitos da cláusula controvertida. Segundo o Conselho, a menção «[...] a menos que o consumidor final a isso se oponha», contida na cláusula controvertida, não é pertinente para a apreciação do nível de prova aplicável a uma restrição da concorrência. Se esta condição devesse ser tida em conta na determinação do nível de prova exigido no caso em apreço, a restrição da concorrência dependeria da execução prática do acordo para cada distribuidor em particular. Ora, a restrição particularmente grave da concorrência existe independentemente do comportamento do cliente.
- 9 **A recorrente** contesta que as suas ações tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência. O contrato controvertido não prevê um sistema em que o registo de uma potencial transação elimina ou restrinja a concorrência, uma vez que não foi celebrado um acordo mútuo segundo o qual os distribuidores não submeterão as suas ofertas a um cliente registado (reservado) por outro distribuidor e a recorrente não prometeu não consultar outro distribuidor em

relação ao cliente em causa. Segundo a recorrente, o registo não impede de modo algum que outros distribuidores negociem ativamente com clientes que já foram servidos por um dos distribuidores ou pela própria recorrente, mesmo em relação a períodos posteriores. O cliente tem, portanto, o direito de escolher qualquer distribuidor, de modo que a possibilidade de uma repartição do mercado está excluída. Não existem outras circunstâncias (para além do contrato controvertido) que atestem o objetivo comum das partes de repartirem entre si o mercado no que respeita aos clientes. Se um distribuidor não tiver sido informado de uma reserva precisa efetuada por outro distribuidor, não sofre qualquer restrição de facto nem é incitado a abster-se de fazer uma oferta ao cliente. A concorrência entre os distribuidores não é, portanto, reduzida de modo algum. O contrato controvertido também não prevê um mecanismo coercivo ou sanções. A recorrente acrescenta que, embora o Tribunal de Justiça da União Europeia tenha examinado as condições de repartição do mercado no âmbito de um sistema de distribuição seletiva baseado na distribuição dos produtos de luxo, as suas conclusões quanto à licitude das condições de repartição do mercado são aplicáveis a todos os sistemas de distribuição legalmente justificados (seletivos e exclusivos).

Quanto à justificação da cláusula controvertida (objetivo legítimo)

- 10 **A recorrente** considera que, embora um acordo que limita as possibilidades de venda do revendedor, incluindo a certos clientes, tenha um objetivo legítimo e seja aplicado de forma proporcionada, esse acordo não pode ser considerado proibido por força do artigo 11.º, n.º 1, da Lei da concorrência. Alega que a vantagem conferida pela cláusula controvertida incitava os distribuidores a operar ativamente na distribuição dos produtos em causa, isto é, que os distribuidores negociavam ativamente, em concorrência entre si. A recorrente afirma ter agido numa base igualitária com todos os distribuidores, ao impor as mesmas condições de venda a todos os seus distribuidores autorizados, que foram servidos por ordem de chegada. O caráter necessário da cláusula controvertida era ditado pelas particularidades do setor e do produto em causa. Com efeito, no seu entender, os produtos em causa são programas de contabilidade complexos, que devem ser regularmente atualizados e que, em determinadas circunstâncias, devem ser adaptados às necessidades específicas do cliente em causa. Para garantir que o cliente receba um produto de qualidade e eficaz (questão relativa à reputação do produto) são necessários tanto o controlo do trabalho dos distribuidores pela recorrente como a consulta regular entre a recorrente e os distribuidores sobre a instalação do produto em causa e sobre a proposta de soluções específicas. Além disso, a cláusula controvertida permitia à recorrente, enquanto produtor, planificar as suas receitas, identificar uma clientela potencial, decidir sobre os investimentos no desenvolvimento do seu produto, utilizar eficazmente os recursos e fixar condições equivalentes de colaboração com os distribuidores, bem como conceder ao cliente um desconto do produtor solicitado pelo distribuidor.
- 11 Segundo o **Conselho**, deve considerar-se que o acordo controvertido restringe a concorrência pelo seu objeto, tendo em conta, nomeadamente, o facto de a recorrente não ter fornecido uma explicação racional e economicamente razoável

para justificar a necessidade de limitar o direito de um distribuidor propor os seus serviços a um cliente do qual a recorrente tenha sido previamente informada por outro distribuidor que tenha, portanto, reservado para si esse cliente. Para identificar a clientela potencial e decidir os investimentos no desenvolvimento do seu produto, não é indispensável reservar clientes, uma vez que, por exemplo, a informação histórica pode ser utilizada.

Quanto à eventual isenção da proibição

- 12 **A recorrente** considera que o contrato controvertido está isento (exceção à proibição) nos termos do ponto 8.2.1 do Decreto n.º 797.
- 13 **O Conselho** opõe-se a isso alegando que o contrato controvertido restringe a clientela com a qual os distribuidores estão autorizados a comercializar os produtos em causa. Salienta, além disso, que o ponto 8.2.1 do Decreto n.º 797 permite, em casos excepcionais, restringir as vendas ativas (o comportamento dos distribuidores que consiste em procurar clientes de maneira ativa quer no interior de um território não restrito, quer para uma clientela não restrita), mas proíbe restringir as vendas passivas (hipótese em que o distribuidor se dirige a um cliente que não pertence ao território ou à clientela atribuídos em exclusividade ao distribuidor). A hipótese de uma exceção só se aplica às situações em que exista um sistema de distribuição exclusivo. Esta disposição não pode ser objeto de uma interpretação ampla, que contemple qualquer situação em que tenha sido celebrado um «acordo exclusivo», vendendo uma única vez um produto a um determinado cliente. Portanto, de acordo com o Conselho, a cláusula controvertida não prevê um sistema de distribuição exclusiva. No seu entender, o sistema controvertido não pode ser considerado como exclusivo porque não é predefinido e a sua exclusividade é determinada seletivamente pelos próprios distribuidores. Por conseguinte, também não há que apreciar as eventuais restrições das vendas passivas. Um distribuidor não pode ser impedido de concorrer por um determinado cliente quando esse distribuidor está em condições de oferecer um melhor preço e um serviço de melhor qualidade. A reserva em causa no presente processo restringe a possibilidade de os outros distribuidores oferecerem preços mais baixos e uma qualidade superior, pelo que impõe uma restrição da concorrência pelo seu objeto.

Quanto ao número de infratores

- 14 **A recorrente** alega que, para declarar a infração, a decisão impugnada devia ter especificado o número de agentes implicados na infração. Uma vez que a decisão impugnada não considerou os distribuidores culpados de uma infração, apenas declarou um único agente da infração. Ora, para declarar a existência de uma prática colusória, o Conselho devia ter identificado dois ou mais agentes da infração. O Conselho não dispõe de margem de apreciação para declarar a responsabilidade por atos ilícitos. Além disso, a cláusula controvertida não foi

imposta aos distribuidores, tendo em conta, nomeadamente, o facto de estes terem mais interesse nessa cláusula do que a recorrente.

- 15 **O Conselho** considera que tinha o direito de não imputar aos distribuidores a responsabilidade de prática colusória, na medida em que estes não participaram ativamente na celebração do contrato controvertido e em que o seu poder de negociação com a recorrente era insignificante. No seu entender, para declarar uma infração ao artigo 11.º, n.º 1, da Lei da concorrência no caso de uma prática colusória, não é necessário imputar a responsabilidade a todos os participantes na mesma. O Conselho encerrou o processo contra os distribuidores não porque o seu comportamento não tenha revelado uma violação desta disposição, mas por razões de oportunidade.

Quanto à definição do mercado relevante e à quota de mercado

- 16 **A recorrente** alega que o Conselho, contrariamente à regulamentação, à lógica e às suas próprias conclusões sobre os acordos verticais, definiu um mercado único no qual operam tanto a recorrente (nível grossista) como os seus distribuidores (nível retalhista). Trata-se, no seu entender, de um erro fundamental na definição do mercado do produto relevante. O mercado relevante reveste uma importância essencial, na medida em que o Conselho devia apreciar a aplicabilidade das isenções previstas pelo Decreto n.º 797.
- 17 **O Conselho** alega que a definição do mercado relevante não era pertinente para efeitos da legalidade da decisão impugnada, uma vez que a prática colusória em causa não estava isenta por força do Decreto n.º 797, não porque os limiares de quota de mercado fixados pelas suas disposições tinham sido ultrapassados, mas devido ao facto de implicar uma restrição da concorrência por objeto.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 18 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o acordo controvertido no processo principal não é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Todavia, uma vez que a disposição nacional aplicável, ou seja, o artigo 11.º, n.º 1, da Lei da concorrência, estabelece o mesmo quadro jurídico que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, é essencial evitar que seja adotado na Letónia um critério diferente em matéria de constatação de práticas colusórias verticais.
- 19 Portanto, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial o Acórdão Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160), n.º 20, o órgão jurisdicional de reenvio conclui que existe base legal para submeter as questões prejudiciais, a fim de verificar se a natureza de um acordo como o que está em causa no processo principal (que prevê que, no caso de potenciais transações registadas, o distribuidor que registou a transação anteriormente tem prioridade na conclusão do processo de venda com o consumidor final em causa, a menos que este último se oponha a isso, e esta vantagem mantém-se por um

período de seis meses a contar do registo da potencial transação) leva a concluir que tal acordo, objetivamente, se destina a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado.

DOCUMENTO DE TRABALHO