

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO**Quadro temporário para a análise de práticas anti-trust na cooperação entre empresas em resposta a situações de emergência decorrentes do atual surto de COVID-19**

(2020/C 116 I/02)

1. O surto de COVID-19, as suas repercussões na economia e as eventuais implicações no domínio anti-trust

- (1) O surto de COVID-19 representa uma grave emergência de saúde pública para os cidadãos e as sociedades. Está a abalar as economias da União e do resto do mundo com uma intensidade sem precedentes.
- (2) Afeta toda a economia em várias frentes e de diferentes modos. O problema geral do lado da oferta, resultante da perturbação das cadeias de aprovisionamento, é acompanhado pelas assimetrias do lado da procura, causadas quer pela queda abrupta da procura de determinados produtos e serviços pelos consumidores quer pelo aumento acentuado da procura de outros produtos e serviços, em especial os relacionados com o setor da saúde (no qual se incluem as empresas farmacêuticas, os produtores de equipamento médico e os seus distribuidores). Nesta fase, há ainda incertezas quanto à duração e à intensidade desta perturbação, que dependem em grande medida de fatores que nem sempre as empresas podem controlar e são determinadas sobretudo pelas decisões das autoridades públicas com base, nomeadamente, em considerações de saúde pública.
- (3) As empresas, que estão, assim, a enfrentar desafios sem precedentes devido à crise da COVID-19, podem desempenhar um papel fundamental para superar os efeitos desta crise. As presentes circunstâncias excecionais e os desafios que lhe estão associados podem tornar necessária a cooperação entre empresas, a fim de superar ou, pelo menos, atenuar as consequências da crise e, em última análise, beneficiar os cidadãos. Tendo em conta a natureza multifacetada e assimétrica da crise, as empresas poderão enfrentar diferentes desafios e, por conseguinte, ter de recorrer a diferentes formas de cooperação.
- (4) A presente comunicação abrange as possíveis formas de cooperação entre empresas, a fim de assegurar o fornecimento e a distribuição adequada de produtos e serviços essenciais escassos durante o surto de COVID-19 e dar assim resposta à escassez desses produtos e serviços essenciais, que resulta, acima de tudo, do crescimento rápido e exponencial da procura ⁽¹⁾. Estes produtos e serviços são, nomeadamente, os medicamentos e o equipamento médico ⁽²⁾ utilizados para testar e tratar os doentes com COVID-19 ou que são de outro modo necessários para atenuar e eventualmente debelar o surto. Esta cooperação pode realizar-se entre empresas ativas no setor em causa para resolver este problema de escassez, bem como entre empresas ativas noutros setores (por exemplo, determinadas empresas que estão a converter uma parte das suas linhas de produção para começar a produzir produtos escassos). Em função da evolução desta crise, a Comissão poderá alterar ou complementar a presente comunicação, a fim de contemplar outras formas de cooperação.
- (5) A presente comunicação tem como objetivo explicar:
 - a. os principais critérios que a Comissão irá adotar para avaliar estes possíveis projetos de cooperação destinados a dar resposta à escassez de produtos e serviços essenciais durante o surto de COVID-19 e para definir as suas prioridades em matéria de aplicação da legislação durante esta crise; e
 - b. um processo temporário criado excepcionalmente pela Comissão para enviar, se for caso disso, cartas de conforto *ad hoc* às empresas em relação a determinados projetos de cooperação específicos e bem definidos neste contexto.

⁽¹⁾ Entre outros fatores que agravam a situação de escassez contam-se a acumulação em grande escala de existências, a título preventivo, em toda a cadeia de aprovisionamento, o encerramento das fábricas devido a medidas de quarentena ou de confinamento, as questões de logística provocadas pelos encerramentos das fronteiras, as proibições de exportação e as medidas de confinamento em países terceiros que são fornecedores da UE.

⁽²⁾ Salvo indicação em contrário, as referências a medicamentos na presente comunicação incluem também o equipamento médico.

2. Principais critérios para a avaliação anti-trust dos projetos de cooperação entre empresas destinados a dar resposta à escassez de produtos e serviços essenciais durante o surto de COVID-19

- (6) Desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho ⁽³⁾, as empresas deixaram de poder comunicar os seus acordos à Comissão para poderem beneficiar de uma isenção individual do artigo 101.º do TFUE, sendo elas próprias responsáveis pela avaliação da legalidade dos seus acordos e práticas. Este sistema de autoavaliação enquadrado pelas orientações alargadas ⁽⁴⁾ disponibilizadas pela Comissão está já consolidado.
- (7) A Comissão entende que a cooperação entre empresas poderá contribuir para responder de forma mais eficiente à escassez de produtos e serviços essenciais durante o surto de COVID-19 e, neste contexto, as empresas poderão necessitar de orientações específicas para as suas iniciativas de cooperação, a fim de facilitar a respetiva autoavaliação. Pode mesmo revelar-se adequado facultar às empresas informações ou cartas de conforto *ad hoc* quanto à legalidade de iniciativas de cooperação específicas. A Comissão está, assim, disposta a prestar essas orientações e enviar cartas de conforto às empresas ou associações de empresas, no intuito de facilitar as iniciativas que devem ser rapidamente aplicadas para combater eficazmente o surto de COVID-19, nomeadamente nos casos em que subsistam incertezas quanto à compatibilidade dessas iniciativas com o direito da concorrência da UE ⁽⁵⁾. A Direção-Geral da Concorrência da Comissão criou especialmente para o efeito uma página Web (<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>) e uma caixa de correio específica (COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu) a que se poderá recorrer para obter orientações informais sobre determinadas iniciativas.
- (8) Muitos Estados-Membros da UE assinalaram que têm já falta de medicamentos utilizados no tratamento de doentes com COVID-19 ou preveem que estes venham a faltar muito em breve ⁽⁶⁾. Nestas últimas semanas, a Comissão tem sido contactada por várias empresas e associações comerciais que solicitam orientações para a cooperação que pretendem encetar, nomeadamente no setor da saúde e tendo em conta o risco de escassez de medicamentos de uso hospitalar críticos utilizados no tratamento dos doentes com COVID-19.
- (9) Estes pedidos são um bom exemplo dos tipos de cooperação que se poderão revelar necessários para dar resposta a situações de emergência relacionadas com o atual surto de COVID-19 e de como se efetuará a sua avaliação nos termos do artigo 101.º do TFUE, nos moldes a seguir descritos.
- (10) Existem, de facto, diferentes medidas que podem contribuir para reduzir o desfasamento entre a oferta e a procura. Para tal, poderá ser necessário aumentar rapidamente e de forma muito considerável a produção de produtos que são necessários mas que, de momento, escasseiam. Esta ação poderá ter como consequência a redução da produção de outros produtos. Poderá também implicar a reafetação das existências, o que exigirá que as empresas acordem em trocar/transmitir informações sobre vendas e existências. Para aumentar a produção, as empresas poderão ter de converter as suas linhas de produção de alguns medicamentos (ou de outros produtos) que não sejam essenciais ou não escasseiem, a fim de produzir medicamentos (ou outros produtos) necessários para combater o surto. Por outro lado, poderá intensificar-se ainda mais a produção, e de uma forma mais eficiente, se, numa determinada instalação de produção se produzir apenas um único medicamento (em vez de se optar pela conversão de linhas de produção, já que esta exige uma operação morosa de limpeza das máquinas, etc.), equilibrando as economias de escala com a necessidade de não depender excessivamente de uma instalação de produção específica.

⁽³⁾ 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 (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

⁽⁴⁾ A Comissão publicou igualmente diversas orientações que auxiliarão as empresas a avaliar a compatibilidade das suas atividades comerciais com o direito da concorrência da UE [ver, nomeadamente, a Comunicação da Comissão - Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97) («orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3»), a Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO C 11 de 14.1.2011, p. 1) («orientações horizontais») e o Aviso da Comissão – Orientações relativas às restrições verticais (JO C 130 de 19.5.2010, p. 1) («orientações relativas às restrições verticais»)]. Ver ainda o Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento (JO L 335 de 18.12.2010, p. 36) («Regulamento de isenção por categoria no domínio da investigação e desenvolvimento»), o Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização (JO L 335 de 18.12.2010, p. 43) («Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização»), o Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 93 de 28.3.2014, p. 17) («Regulamento de isenção por categoria no domínio da transferência de tecnologia») e o 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, p. 1) («Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais»).

⁽⁵⁾ Ver ainda a declaração comum relativa à aplicação das regras anti-trust durante a crise da COVID-19, publicada conjuntamente pela Comissão Europeia, o Órgão de Fiscalização da EFTA e as autoridades nacionais competentes na matéria que, em conjunto, formam a Rede Europeia da Concorrência (https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf).

⁽⁶⁾ Ver ainda as orientações da Comissão para o abastecimento otimizado e racional de medicamentos, a fim de evitar situações de escassez durante o surto de COVID-19, adotadas em 8 de abril de 2020.

- (11) Por aqui se vê que a resposta às situações de emergência relacionadas com o surto de COVID-19 pode exigir diferentes graus de cooperação e suscitar problemas de maior ou menor gravidade no domínio anti-*trust*.
- (12) Com base na experiência recente, a Comissão entende que a cooperação no setor da saúde pode, por exemplo, limitar-se a confiar a uma associação comercial (ou a um consultor independente, um prestador de serviços independente ou um organismo público) determinadas tarefas como, por exemplo:
- coordenar o transporte comum de matérias-primas;
 - contribuir para a identificação dos medicamentos essenciais que, tendo em conta a produção prevista, estão sujeitos a riscos de escassez;
 - agregar informações sobre produção e capacidade, sem partilhar informações específicas das empresas;
 - desenvolver um modelo para prever a procura a nível dos Estados-Membros e identificar os défices de aprovisionamento;
 - partilhar informações agregadas sobre os défices de aprovisionamento e solicitar às empresas participantes, numa base individual e sem partilhar essas informações com os concorrentes, que indiquem se podem colmatar os défices de aprovisionamento para satisfazer a procura (por meio das existências ou do aumento da produção).
- (13) Estas atividades não representam problemas de um ponto de vista anti-*trust*, desde que sejam objeto de garantias suficientes (por exemplo, de que não haja nenhuma transmissão de informações específicas das empresas aos concorrentes), como indicado nas orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (7).
- (14) A cooperação no setor da saúde poderá mesmo ter de ir mais longe para ultrapassar as situações de escassez críticas. Pode, por exemplo, ser necessário alargar a cooperação para coordenar a reorganização da produção, ou a fim de a intensificar ou otimizar, de forma a que nem todas as empresas se concentrem num único ou em poucos medicamentos, nem outras continuem com uma produção deficitária de outros medicamentos, nos casos em que uma tal reorganização permita que os produtores satisfaçam a procura dos medicamentos de que urge dispor em todos os Estados-Membros.
- (15) As medidas de adaptação da produção, de gestão das existências e da sua potencial distribuição na indústria podem exigir a troca de informações sensíveis do ponto de vista comercial e uma certa coordenação entre as instalações que produzem os medicamentos, para que nem todas as empresas se concentrem num único ou em poucos medicamentos, nem outras continuem com uma produção deficitária. Em tempos normais, esse tipo de trocas de informação e de coordenação entre empresas pode revelar-se problemático ao abrigo das regras de concorrência da UE. No entanto, nas atuais circunstâncias excecionais, tais medidas não deverão ser problemáticas ao abrigo do direito da concorrência da UE nem, tendo em conta a situação de emergência e o caráter temporário, constituir uma prioridade para a Comissão em matéria de aplicação da legislação, na medida em que: i) sejam concebidas e objetivamente necessárias para aumentar efetivamente a produção da forma mais eficiente possível para suprir ou evitar uma escassez de produtos ou serviços essenciais, como os que são utilizados no tratamento dos doentes com COVID-19; ii) tenham caráter temporário (ou seja, sejam aplicáveis apenas enquanto subsistir um risco de escassez ou, em todo o caso, durante o surto de COVID-19); e iii) não ultrapassem o estritamente necessário para alcançar o objetivo de suprir ou evitar a escassez no aprovisionamento. As empresas devem documentar todos os intercâmbios de informação realizados e todos os acordos celebrados entre si e disponibilizá-los à Comissão, mediante pedido. O facto de uma cooperação ser incentivada e/ou coordenada por uma autoridade pública (ou realizada no âmbito de um quadro instituído por esta última) constitui também um elemento pertinente para concluir que tal cooperação não é problemática na aceção do direito da concorrência da UE nem representa uma prioridade para a Comissão em matéria de aplicação da legislação.

(7) Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO C11 de 14.1.2011, p. 1).

(16) Essa cooperação é autorizada no contexto de um pedido imperativo das autoridades públicas às empresas para que cooperem temporariamente, a fim de dar resposta a situações de emergência relacionadas com o atual surto de COVID-19 (por exemplo, para organizar a produção e a entrega, a fim de responder a uma necessidade urgente de manter operacionais os cuidados de saúde para os doentes com COVID-19).

3. Um procedimento excecional para fornecer orientações *ad hoc* sobre projetos de cooperação específicos entre empresas que visem dar resposta à escassez de produtos e serviços essenciais durante o surto de COVID-19

(17) A Comissão, através da Direção-Geral da Concorrência, continuará a prestar orientações às empresas e associações de empresas relativamente às iniciativas de cooperação específicas com uma dimensão europeia, que devem ser rapidamente postas em prática para combater eficazmente o surto de COVID-19, nomeadamente nos casos em que subsistam incertezas quanto à compatibilidade dessas iniciativas com o direito da concorrência da UE.

(18) Com vista a aumentar o grau de segurança jurídica no que diz respeito às orientações anti-*trust* num prazo compatível com a urgência de determinadas situações relacionadas com o atual surto de COVID-19, a Comissão, através da Direção-Geral da Concorrência, está pronta a fornecer essas orientações, a título excecional e inteiramente ao seu critério, através de uma carta de conforto *ad hoc*.

4. Conclusão

(19) A Comissão está ciente dos desafios sem precedentes com que as empresas se estão a deparar devido ao surto de COVID-19 e do papel fundamental que estas podem desempenhar para superar os efeitos de uma crise desta natureza. A Comissão incentiva a cooperação na ótica da concorrência para enfrentar estes desafios, sobretudo em resposta a situações urgentes relacionadas com o atual surto de COVID-19, e está empenhada em fornecer orientações e apoio no domínio anti-*trust* com vista a facilitar a aplicação rápida e adequada da cooperação necessária para superar a crise em benefício dos cidadãos.

(20) A Comissão sublinha igualmente que, nestas circunstâncias excecionais, é mais importante do que nunca que as empresas e os consumidores beneficiem de proteção ao abrigo do direito da concorrência. Por conseguinte, continuará a acompanhar de perto e ativamente as evoluções pertinentes do mercado, a fim de identificar casos de empresas que tirem partido da situação atual para violar o direito anti-*trust* da UE através de acordos anticoncorrenciais ou do abuso da sua posição dominante. Concretamente, a Comissão não tolerará o comportamento das empresas que, de forma oportunista e a coberto da crise, prossigam práticas colusórias anticoncorrenciais ou cometam abusos da sua posição dominante (incluindo as posições dominantes conferidas pelas circunstâncias específicas desta crise), por exemplo, explorando os clientes e os consumidores (cobrando preços acima dos níveis concorrenciais normais) ou limitando a produção (por exemplo, obstruindo as tentativas de aumentar a produção para enfrentar situações de escassez no aprovisionamento), o que, em última análise, prejudicará os consumidores. A Comissão incentiva assim as empresas e os cidadãos a continuar a assinalar eventuais cartéis e outras violações das regras anti-*trust*, incluindo abusos de posição dominante, de que possam ter conhecimento através dos meios habituais à sua disposição ⁽⁸⁾.

(21) A Comissão aplicará a presente comunicação a partir de 8 de abril, tendo em conta as repercussões do surto de COVID-19, que exigem uma ação imediata. A Comissão pode rever a presente comunicação com base na evolução do surto de COVID-19. A comunicação continua a ser aplicável até que a Comissão a retire (quando considerar que as circunstâncias excecionais subjacentes deixaram de existir).

⁽⁸⁾ Para além dos canais utilizados habitualmente para contactar a Comissão Europeia ou apresentar uma denúncia em matéria anti-*trust* (https://ec.europa.eu/competition/contacts/electronic_documents_en.html), os cidadãos podem contribuir de forma anónima para a luta contra os cartéis e outras práticas anticoncorrenciais através do instrumento da Comissão de denúncia de irregularidades (<https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>). O programa de clemência da Comissão, que dá às empresas a possibilidade de comunicar a sua própria participação num cartel em troca de uma redução da coima que lhes foi aplicada, continua a ser plenamente aplicável neste período excecional (<https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>).