

ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA sobre a cooperação entre as autoridades de concorrência dos Estados da EFTA e o Órgão de Fiscalização da EFTA no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE

(2000/C 307/06)

- A. A presente comunicação obedece ao disposto no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (Acordo EEE) e no Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça («Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal»).
- B. A Comissão Europeia emitiu uma comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 85.º e 86.º (actuais artigos 81.º e 82.º) do Tratado CE ⁽¹⁾. Este acto não vinculativo inclui os princípios e as regras adoptados pela Comissão Europeia no domínio da concorrência. Expõe igualmente a forma como a Comissão tenciona cooperar com as autoridades de concorrência dos Estados-Membros.
- C. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera o acto acima referido relevante para efeitos do EEE. De modo a manter condições de concorrência análogas e garantir uma aplicação uniforme das regras de concorrência do EEE em todo o Espaço Económico Europeu, o Órgão de Fiscalização da EFTA adopta a presente comunicação no exercício dos poderes conferidos pela alínea b), do n.º 2, do artigo 5.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal. É sua intenção respeitar os princípios e as regras estabelecidos na presente comunicação na aplicação das regras EEE em causa aos casos concretos.
- D. Em especial, a presente comunicação tem por objectivo expor a forma como o Órgão de Fiscalização da EFTA tenciona cooperar com as autoridades de concorrência dos Estados da EFTA no âmbito da aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE no que respeita ao tratamento de processos individuais.

I. PAPEL DOS ESTADOS DA EFTA E DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

1. No domínio da política de concorrência, o Órgão de Fiscalização da EFTA e os Estados da EFTA assumem funções diferentes. Enquanto o Órgão de Fiscalização da EFTA, juntamente com a Comissão Europeia (a seguir designada a «Comissão»), apenas tem competência para aplicar as regras de concorrência do EEE, os Estados da EFTA não só aplicam a sua legislação como também participam na aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE.

2. Esta implicação dos Estados da EFTA na política de concorrência no EEE permite que as decisões possam ser tomadas ao nível mais próximo dos interessados. A aplicação descentralizada das regras EEE em matéria de concorrência permite igualmente uma repartição mais adequada das tarefas. Se, devido às suas proporções ou aos seus efeitos, a acção prevista pode ser realizada de forma mais eficaz a nível do EEE, é o Órgão de Fiscalização da EFTA, sempre que seja competente nos termos do artigo 56.º do Acordo EEE ⁽²⁾, que deve actuar. Nos outros casos, é a autoridade nacional em causa que deve intervir.

3. A aplicação da legislação do EEE é assegurada, por um lado, pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pelas autoridades nacionais responsáveis pela concorrência e, por outro, pelos tribunais nacionais de acordo com os princípios constantes da legislação do EEE e da jurisprudência do Tribunal da EFTA, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.

Os tribunais nacionais têm como vocação salvaguardar os direitos subjectivos dos particulares nas suas relações recíprocas ⁽³⁾. Em conformidade com o direito comunitário, estes direitos subjectivos decorrem do efeito directo reconhecido pelo Tribunal de Justiça às proibições previstas no n.º 1 do artigo 81.º e no artigo 82.º do Tratado CE ⁽⁴⁾, bem como aos regulamentos de isenção ⁽⁵⁾. No que respeita à legislação do EEE e

⁽¹⁾ JO C 313, 15.10.1997, p. 3.

⁽²⁾ A competência para tratar de processos individuais no âmbito dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE é repartida entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão Europeia em conformidade com as regras estabelecidas no artigo 56.º do Acordo EEE. Só uma das autoridades é competente para proceder ao tratamento de um determinado caso.

⁽³⁾ Processo T-24/90, Automec/Comissão, (Automec II), fundamento 85, Colectânea 1992, p. II-2223. O artigo 6.º do Acordo EEE prevê que, sem prejuízo da jurisprudência futura, as disposições do presente Acordo, na medida em que sejam idênticas, quanto ao conteúdo, às normas correspondentes do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e aos actos adoptados em aplicação destes dois Tratados, serão, no que respeita à sua execução e aplicação, interpretadas em conformidade com a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias anterior à data de assinatura do Acordo EEE. No que respeita às decisões pertinentes proferidas após a data de assinatura do Acordo EEE o Órgão de Fiscalização da EFTA e o Tribunal da EFTA, em aplicação do n.º 2 do artigo 3.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, terão em devida consideração os princípios nelas estabelecidos.

⁽⁴⁾ Processo 127/73, BRT/SABAM, fundamento 16, Recueil 1974, p. 51.

⁽⁵⁾ Processo 63/75, Fonderies de Roubaix, Recueil 1976, p. 111.

aos Estados da EFTA, o Órgão de Fiscalização da EFTA considera que o efeito interno da legislação do EEE nos Estados da EFTA é regido pelo direito constitucional nacional, sujeito ao Protocolo n.º 34 do Acordo EEE. Em conformidade com este protocolo, os Estados da EFTA têm a obrigação de assegurar, se necessário mediante uma disposição legislativa separada, que em caso de conflito entre as regras aplicadas no EEE e as outras disposições regulamentares prevalecerão as regras do EEE. Além disso, em conformidade com o Tribunal da EFTA, é inerente à natureza de tal disposição que, em caso de conflito entre as regras aplicadas no EEE e as disposições regulamentares nacionais, os particulares e os operadores económicos devem poder invocar e reivindicar a nível nacional qualquer direito que possa resultar das disposições do Acordo EEE como fazendo parte integrante das respectivas ordens jurídicas nacionais, sempre esse direito seja incondicional e suficientemente preciso ⁽⁶⁾. As relações entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE foram esclarecidas numa comunicação publicada pelo Órgão de Fiscalização da EFTA em 1995 ⁽⁷⁾. A presente comunicação corresponde, no que se refere às relações com as autoridades nacionais, à que foi adoptada em 1995 sobre a cooperação com os tribunais nacionais.

4. O Órgão de Fiscalização da EFTA e as autoridades nacionais de concorrência têm em comum, enquanto autoridades administrativas, agir no interesse público, no quadro das suas atribuições gerais de prevenção e de fiscalização no domínio da concorrência ⁽⁸⁾. As suas relações são determinadas sobretudo por este papel comum de defesa do interesse geral. É por esta razão que, embora idêntica à comunicação sobre a cooperação com os tribunais nacionais, a presente comunicação tem em conta esta especificidade.

5. A especificidade do papel do Órgão de Fiscalização da EFTA e das autoridades de concorrência dos Estados da EFTA caracteriza-se, pelas competências que lhes são conferidas no quadro do Acordo EEE e do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal. Assim, o n.º 1 do artigo 9.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal ⁽⁹⁾ estabelece o seguinte: «Sem prejuízo do controlo da decisão pelo Tribunal da EFTA em conformidade com o n.º 2 do artigo 108.º do Acordo EEE e com todas as suas disposições pertinentes, o Órgão de Fiscalização da EFTA tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto no n.º 1 do artigo 53.º, nos termos do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, nas condições estabelecidas no artigo 56.º do Acordo EEE». Do mesmo modo, o n.º 3 do artigo 9.º do mesmo capítulo dispõe que «enquanto o Órgão de Fiscalização da EFTA não der início a qualquer processo nos termos dos arti-

gos 2.º ⁽¹⁰⁾, 3.º ⁽¹¹⁾ ou 6.º ⁽¹²⁾, as autoridades dos Estados da EFTA têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 53.º e no artigo 54.º».

Daqui resulta que, desde que o respectivo direito nacional lhes tenha conferido os poderes necessários para o efeito, as autoridades nacionais de concorrência têm competência para aplicar as proibições previstas no n.º 1 do artigo 53.º e o artigo 54.º do Acordo EEE. Pelo contrário, no que diz respeito à aplicação do n.º 3 do artigo 53.º, as autoridades nacionais de concorrência não têm competência para conceder isenções em casos individuais; devem ter em devida consideração quaisquer decisões ou outras medidas adoptadas pelo Órgão de Fiscalização da EFTA nos termos dessa disposição. Estas autoridades podem igualmente ter em conta como elementos de facto outras medidas tomadas pelo Órgão de Fiscalização nestes casos, em particular ofícios de arquivamento no âmbito do processo.

6. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera que um reforço do papel das autoridades nacionais de concorrência aumentará a eficácia dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE e, de um modo geral, reforçará a aplicação das regras EEE de concorrência no EEE no seu conjunto. Para salvaguardar e desenvolver o EEE, o Órgão de Fiscalização entende que estas regras deverão ser aplicadas o mais amplamente possível. As autoridades nacionais, pela sua proximidade em relação às actividades e às empresas a controlar, estão frequentemente melhor colocadas do que o Órgão de Fiscalização para proteger a concorrência.

7. É igualmente conveniente proceder a uma organização da cooperação entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e estas autoridades. Para poder produzir plenamente os seus resultados, esta cooperação implica uma ligação estreita e constante entre si.

8. Com a presente comunicação, o Órgão de Fiscalização da EFTA pretende expor os princípios de acção que seguirá futuramente no tratamento dos processos nela descritos. A comunicação destina-se igualmente a convidar as empresas a dirigirem-se mais às autoridades de concorrência dos Estados-Membros.

9. A presente comunicação descreve as modalidades práticas de cooperação desejáveis entre as autoridades dos Estados da EFTA e o Órgão de Fiscalização da EFTA. Não tem qualquer influência sobre o âmbito das competências conferidas ao Órgão de Fiscalização e às autoridades nacionais pelo direito do EEE relativamente ao tratamento dos processos individuais.

10. No que diz respeito aos processos abrangidos pelo direito do EEE, por forma a evitar controlos múltiplos do respeito das regras de concorrência que lhes são aplicáveis, onerosos para as empresas abrangidas pelas regras, é conveniente, dentro do possível, que o controlo seja exercido por uma única autoridade, (quer uma autoridade de concorrência de um Estado da EFTA, quer o Órgão de Fiscalização da EFTA). Este controlo único é vantajoso para as empresas.

⁽⁶⁾ Ver processo E-1/94, Restamark, Acórdão de 16.12.1994. Relatório do Tribunal da EFTA, 1994, 20 de Junho de 1995, p. 15, fundamento 77.

⁽⁷⁾ Comunicação sobre a cooperação entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e os tribunais nacionais no diz respeito à aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE (Secção EEE e Suplemento EEE do Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º 16 de 4.5.1995).

⁽⁸⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 85.

⁽⁹⁾ Corresponde ao n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho de 6 de Fevereiro de 1962.

⁽¹⁰⁾ Certificados negativos.

⁽¹¹⁾ Cessação das infracções - decisões de proibição.

⁽¹²⁾ Decisões de aplicação do n.º 3 do artigo 53.º.

A instrução de processos paralelos pelo Órgão de Fiscalização da EFTA, por um lado, e por uma autoridade nacional de concorrência, por outro, é oneroso para as empresas cujas actividades são abrangidas pelo direito do EEE e pelos direitos de concorrência dos Estados da EFTA. Os processos podem dar origem a controlos múltiplos de uma mesma actividade, pela Órgão de Fiscalização, por um lado, e pelas autoridades de concorrência dos Estados da EFTA em questão, por outro.

As empresas, objecto do direito EEE da concorrência, podem, por conseguinte, em determinados casos ter vantagem em que certos processos no âmbito deste direito sejam tratados apenas pelas autoridades nacionais. Para que esta vantagem seja plenamente alcançada, o Órgão de Fiscalização da EFTA entende ser desejável que as próprias autoridades nacionais apliquem directamente o direito do EEE ou, se tal não for possível, que obtenham, em aplicação do seu direito nacional, um resultado idêntico ao que seria obtido com a aplicação do direito EEE.

11. Por outro lado, para além das vantagens que daí advêm para as autoridades de concorrência em termos de mobilização dos seus recursos, a cooperação entre autoridades reduz o risco de decisões contraditórias e, portanto, a possibilidade para aqueles que a isso fossem tentados de procurar a competência da autoridade que lhes parecesse a mais favorável aos seus interesses.

12. De facto, as autoridades de concorrência dos Estados da EFTA têm muitas vezes um conhecimento mais profundo e mais preciso do que o Órgão de Fiscalização da EFTA dos mercados (nomeadamente daqueles que apresentam importantes especificidades nacionais) e das empresas em questão. Podem, nomeadamente, estar melhor colocadas do que o Órgão de Fiscalização para detectar acordos ou decisões de empresas não notificados ou abusos de posição dominante cujos efeitos se produzem essencialmente no seu território.

13. Finalmente, em muitos processos tratados pelas autoridades nacionais, são invocados simultaneamente argumentos baseados no direito nacional e argumentos com base no direito EEE da concorrência. Por uma questão de economia do processo, o Órgão de Fiscalização da EFTA entende que é preferível que estas autoridades apliquem directamente o direito EEE, em vez de obrigar as empresas a dirigir-se ao Órgão de Fiscalização para tratar dos aspectos dos seus processos que relevam desse direito.

14. De resto, nos últimos 30 anos, tem sido cada vez maior o número de questões importantes do direito comunitário e do direito EEE da concorrência solucionadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e pelo Tribunal da EFTA, bem como por decisões de princípio adoptadas pela Comissão e pelo Órgão de Fiscalização da EFTA, por regulamentos de isenção adoptados pela Comissão e actos correspondentes aos regulamentos de isenção por categoria da Comissão referidos no Anexo XIV do Acordo EEE. A aplicação deste direito por parte das autoridades nacionais fica, deste modo, facilitada.

15. O Órgão de Fiscalização da EFTA tenciona promover esta cooperação com as autoridades de concorrência de todos os Estados da EFTA. Porém, os Estados da EFTA não dispõem de legislação que lhes garanta os meios processuais necessários para aplicar o n.º 1 do artigo 53.º e o artigo 54.º do Acordo

EEE. Nestas circunstâncias, as práticas visadas pelas disposições EEE só podem ser efectivamente tratadas pelas autoridades nacionais com base no direito nacional.

O Órgão de Fiscalização da EFTA entende que é desejável que as autoridades nacionais apliquem os artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE, eventualmente em conjugação com as suas regras internas de concorrência, aos processos abrangidos pelo âmbito de aplicação destas disposições.

16. Quando as referidas autoridades não tiverem esta possibilidade e, por conseguinte, só puderem aplicar a estes processos o seu direito nacional, é conveniente que a aplicação deste direito não prejudique a aplicação uniforme, em todo o EEE, das regras EEE em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, bem como o pleno efeito dos actos adoptados em aplicação dessas regras⁽¹³⁾. Em todo o caso, a solução dada a um processo abrangido pelo âmbito de aplicação do direito do EEE deve ser compatível com este, dado que para resolver quaisquer conflitos que possam surgir na aplicação simultânea das legislações nacionais e do direito do EEE em matéria de concorrência, o Acordo EEE prevê que o direito do EEE prima sobre o direito nacional. O objectivo deste princípio consiste em excluir qualquer medida nacional que possa comprometer a plena eficácia das disposições do Acordo EEE⁽¹⁴⁾. Além disso, o artigo 3.º do Acordo EEE e o artigo 2.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal prevêem que os Estados da EFTA cooperarão de boa fé e não adoptarão qualquer medida que possa comprometer a realização dos objectivos do Acordo EEE.

17. Existem maiores riscos de decisões divergentes quando a autoridade nacional aplica o seu direito em vez do direito do EEE. Quando uma autoridade de concorrência de um Estado da EFTA aplica o direito da EFTA, de facto, a autoridade nacional é obrigada a respeitar as decisões tomadas anteriormente pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pela Comissão no mesmo processo. Se o processo apenas foi objecto de um ofício de arquivamento, saliente-se que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e nos termos do artigo 6.º do Acordo EEE, se este tipo de ofícios não vincula os tribunais nacionais, a opinião expressa pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pela Comissão⁽¹⁵⁾ constitui um elemento de facto que os tribunais podem tomar em consideração na sua apreciação da conformidade dos acordos ou dos comportamentos em causa com o disposto no artigo 53.º⁽¹⁶⁾. O Órgão de Fiscalização da EFTA que o mesmo é válido relativamente às autoridades nacionais.

⁽¹³⁾ Processo 14/68 Walt Wilhelm e outros/Bundeskartellamt, fundamento 4, Recueil I, 1969.

⁽¹⁴⁾ Ver o ponto 14 da Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA sobre a cooperação entre os tribunais nacionais e o Órgão de Fiscalização da EFTA para a aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE.

⁽¹⁵⁾ Ver nota de pé-de-página 2.

⁽¹⁶⁾ Processo 99/79, Lancôme/Etos, (Recueil 1980, p. 2511, fundamento 11), referido no ponto 18 da comunicação, já referida, sobre a cooperação entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 53.º e 54.º do Tratado CE.

18. Quando uma infracção ao artigo 53.º ou 54.º é declarada mediante decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA ou da Comissão, esta decisão pode dificultar certamente a aplicação do direito nacional que permitiria o que o Órgão de Fiscalização da EFTA ou a Comissão proibiram. O objectivo das proibições previstas no n.º 1 do artigo 53.º e no artigo 54.º consiste em salvaguardar a igualdade das condições de concorrência num EEE homogéneo. Devem ser plenamente respeitadas para não pôr em perigo a eficácia e a uniformidade das regras de concorrência EEE, bem como as suas medidas de aplicação⁽¹⁷⁾.

19. A situação jurídica é menos clara quanto à questão de saber se as autoridades nacionais podem aplicar o respectivo direito nacional de concorrência mais estrito quando a situação em apreço tenha sido anteriormente objecto de uma decisão individual de isenção do Órgão de Fiscalização da EFTA ou da Comissão ou for abrangida por um regulamento de isenção por categoria. O Tribunal de Justiça afirmou, no acórdão *Walt Wilhelm*, que o Tratado «permite às autoridades comunitárias exercerem uma determinada acção positiva, embora indirecta, com vista à promoção de um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas na Comunidade no seu conjunto» (fundamento 5, Colectânea p. 14). No processo *Bundeskartellamt/Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*⁽¹⁸⁾, a Comissão defendeu já a tese de que as autoridades nacionais não podem proibir os acordos que beneficiam de uma isenção. De facto, a aplicação uniforme do direito comunitário seria vã de cada vez que a isenção que esse direito concede a um acordo viesse a ficar dependente das normas nacionais nessa matéria. De outro modo, não só um mesmo acordo seria tratado diferentemente segundo o direito de cada Estado-Membro, prejudicando assim a aplicação uniforme do direito comunitário, mas seria igualmente ignorada a plena eficácia de um acto de execução do Tratado, a saber, de uma decisão, nos termos do n.º 3 do artigo 81.º. No processo referido, o Tribunal de Justiça não teve, no entanto, de tomar uma decisão nesta matéria. Tal como já referido, a aplicação simultânea de legislação nacional nos Estados da EFTA só é compatível com o direito do EEE se não puser em causa a eficácia e a uniformidade das regras de concorrência EEE, bem como as suas medidas de aplicação.

20. Se a Direcção da Concorrência e Auxílios Estatais do Órgão de Fiscalização da EFTA envia um ofício formulando o parecer de que um acordo ou prática é incompatível com o artigo 53.º do Acordo EEE, mas declara que, por razões de prioridade administrativa, não proporá ao Órgão de Fiscalização que tome sobre ela uma decisão segundo os procedimentos formais previstos no Capítulo II do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, é evidente que as autoridades nacionais do território em que o acordo ou prática produz os seus efeitos podem intervir sobre este acordo ou prática.

⁽¹⁷⁾ Ver nota de pé-de-página 14.

⁽¹⁸⁾ Ver processo C-266/93, Col. 1993, p. I-3477, ver igualmente as conclusões do advogado-geral Tesouro no mesmo processo, ponto 51.

21. Em presença de um ofício em que a Direcção da Concorrência e Auxílios Estatais formula o parecer de que um acordo restringe a concorrência para efeitos do n.º 1 do artigo 53.º, mas preenche as condições para beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 53.º, as autoridades nacionais consultarão o Órgão de Fiscalização da EFTA antes de decidirem se é necessário tomar uma decisão, baseada no direito do EEE ou no direito nacional, que aponta num sentido diferente.

22. Em conformidade com o Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo *Procureur de la République v. Giry e Guerlain*⁽¹⁹⁾, no que diz respeito aos ofícios em que a Comissão formula o parecer de que, em função dos elementos de que dispõe, não é necessária a sua intervenção ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 81.º ou no artigo 82.º do Tratado, «esta circunstância não poderá por si só impedir as autoridades nacionais de aplicarem a esses acordos» ou práticas «disposições do direito interno da concorrência eventualmente mais restritas que o direito comunitário na matéria». O facto de a Comissão ter considerado que uma prática não é abrangida pelo âmbito de aplicação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 85.º (actual artigo 81.º) ou do artigo 82.º «cujo âmbito é limitado aos acordos, decisões ou práticas concertadas» ou às posições dominantes «que são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, não impede de modo nenhum que esta prática seja considerada pelas autoridades nacionais sob o ponto de vista dos efeitos restritivos que a mesma pode produzir no âmbito interno». O Órgão de Fiscalização da EFTA considera que devem ser aplicados os mesmos princípios aos ofícios de conteúdo equivalente enviados pelo Órgão de Fiscalização às autoridades nacionais dos Estados da EFTA.

II. ORIENTAÇÕES PARA A REPARTIÇÃO DAS TAREFAS

23. A cooperação entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e as autoridades nacionais de concorrência efectua-se no respeito do quadro jurídico em vigor. Em primeiro lugar, para ser abrangido pelo direito do EEE e não apenas pelo direito nacional da concorrência, é necessário que o comportamento em questão seja susceptível de afectar sensivelmente o comércio entre as Partes Contratantes no Acordo EEE. Em segundo lugar, o Órgão de Fiscalização da EFTA tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE em conformidade com o n.º 3 do artigo 53.º do Acordo.

24. Além disso, na prática, as decisões de uma autoridade nacional só se podem aplicar eficazmente às restrições de concorrência cujos efeitos se produzem essencialmente no território do Estado-Membro dessa autoridade. Este é o caso, em particular, das restrições a que se refere o n.º 2, alínea a), do artigo 4.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, a saber, os acordos, deci-

⁽¹⁹⁾ Processos apensos 253/78 e 1 a 3/79, Procurador da República/Giry et Guerlain, Recueil 1980, p. 2327, fundamento 18.

sões e práticas concertadas nos quais apenas participem empresas de um único Estado da EFTA ou de um único Estado-Membro e que, embora não digam respeito à importação nem à exportação entre as Partes Contratantes no Acordo EEE, podem afectar o comércio no EEE⁽²⁰⁾. As investigações por parte de uma autoridade para além das fronteiras nacionais, nomeadamente quando é necessário proceder a verificações nas empresas, bem como a execução extraterritorial das decisões dessa autoridade, deparam, de facto, com grandes dificuldades de ordem jurídica. Por conseguinte, a maior parte das vezes é o próprio Órgão de Fiscalização da EFTA que tem de tratar os processos que envolvem empresas cujas actividades pertinentes são exercidas em diferentes Estados da EFTA.

25. É ainda necessário que uma autoridade nacional, possuindo recursos humanos e materiais adequados e dotada dos poderes necessários, possa instruir os processos no âmbito das regras do EEE que tenciona tratar. A eficácia da acção da autoridade nacional depende, por conseguinte, dos poderes de investigação desta autoridade, mas também dos meios jurídicos de que dispõe para decidir sobre um processo, nomeadamente do seu poder de tomar decisões provisórias em caso de urgência e das sanções que pode aplicar contra empresas reconhecidas culpadas de infracção às regras de concorrência. O Órgão de Fiscalização da EFTA deseja que as diferenças a nível das regras processuais aplicáveis nos diferentes Estados da EFTA não conduzam a soluções de eficácia diferenciadas no que se refere ao tratamento de processos similares.

26. Para determinar quais os processos a serem tratados por si, o Órgão de Fiscalização da EFTA toma em conta os efeitos do acordo, decisão ou prática concertada ou do abuso de posição dominante e a natureza da infracção.

Em princípio, serão tratados pelas autoridades nacionais os processos que produzem essencialmente os seus efeitos no respectivo território, relativamente aos quais um exame prévio revela que não podem em princípio beneficiar de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE. Porém, o Órgão de Fiscalização reserva-se o direito de tratar certos processos que apresentem um interesse particular no quadro do Acordo EEE.

Efeitos essencialmente nacionais

27. A título preliminar, recorde-se que os únicos processos aqui em questão são os abrangidos pelo âmbito dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE.

Nestes termos, pode-se considerar que os efeitos reais e previsíveis de um acordo, decisão e prática concertada ou de um abuso de posição dominante se encontram estreitamente ligados ao território em que o acordo ou a prática é aplicado, bem como ao mercado geográfico em causa para os produtos ou serviços relevantes.

⁽²⁰⁾ O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias estabeleceu que é possível que um acordo, embora não dizendo respeito nem à importação nem à exportação entre Estados-Membros para efeitos do artigo 4.º do Regulamento n.º 17, afecte o comércio entre Estados-Membros, nos termos do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 1970, Bilger/Jehle, processo 43/69, fundamento 5, Recueil 1970, p. 136).

28. Sempre que o mercado geográfico em causa é um mercado limitado ao território de um Estado da EFTA e o acordo ou a prática é aplicado apenas nesse Estado, dever-se-á considerar que os seus efeitos se produzem essencialmente nesse Estado, mesmo que, por hipótese, esse acordo ou essa prática seja susceptível de afectar o comércio entre Estados no território abrangido pelo Acordo EEE.

A natureza da infracção: processos não susceptíveis de isenção

29. Os aspectos a seguir referidos são válidos para os casos apresentados ao Órgão de Fiscalização da EFTA e para os casos apresentados a uma autoridade nacional de concorrência, bem como para os casos que possam vir a ser apreciados por uma ou outra destas autoridades.

E necessário estabelecer uma distinção entre as infracções ao artigo 53.º do Acordo EEE e as infracções ao artigo 54.º.

30. O Órgão de Fiscalização da EFTA tem competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE em conformidade com o n.º 3 do artigo 53.º do Acordo. Qualquer acordo notificado susceptível de beneficiar *a priori* de uma isenção deve, por conseguinte, ser examinado pelo Órgão de Fiscalização que terá em conta os critérios desenvolvidos sobre esta matéria pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e pelo Tribunal da EFTA, mas também pela sua própria prática de decisão e pelos regulamentos do EEE aplicáveis.

31. O papel do Órgão de Fiscalização da EFTA impõe-se igualmente no que se refere às denúncias cujo objecto seja da sua competência exclusiva, como a revogação de uma isenção previamente concedida ao abrigo do n.º 3 do artigo 53.º⁽²¹⁾.

32. Em contrapartida, essa limitação não existe em matéria de aplicação do artigo 54.º do Acordo EEE. O Órgão de Fiscalização da EFTA e os Estados da EFTA dispõem de competência paralela para instruir as denúncias e aplicar sanções às práticas de abuso de posição dominante.

Casos que se revestem de importância especial para o Acordo EEE

33. Certos casos que, no entender do Órgão de Fiscalização da EFTA, apresentem um interesse particular para o Acordo EEE serão, a maior parte das vezes, tratados pelo Órgão de Fiscalização, mesmo que preencham as condições acima referidas (pontos 27 e 28 e 29 a 32) que lhes permitiriam ser tratados por uma autoridade nacional.

34. São abrangidos por esta categoria os processos que coloquem um problema jurídico novo, isto é, que ainda não tenham sido objecto de uma decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA ou da Comissão ou de um acórdão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instância ou do Tribunal da EFTA.

⁽²¹⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 75.

35. A importância económica de um processo não justifica em si mesma o seu tratamento por parte do Órgão de Fiscalização da EFTA. O mesmo poderá não acontecer se o acesso de operadores de outros Estados ao mercado em causa no território abrangido pelo Acordo EEE for entravado significativamente.

36. Podem igualmente assumir uma importância especial para o Acordo EEE, as práticas anticoncorrenciais imputadas a empresas públicas, a empresas a que um Estado da EFTA tenha concedido direitos especiais ou exclusivos nos termos do n.º 1 do artigo 59.º do Acordo EEE ou ainda a empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal nos termos do n.º 2 do artigo 59.º do Acordo EEE.

III. COOPERAÇÃO RELATIVAMENTE AOS PROCESSOS APRESENTADOS EM PRIMEIRO LUGAR AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

37. Os processos tratados pelo Órgão de Fiscalização da EFTA têm três origens possíveis: processos oficiosos, notificações e denúncias. Pela sua natureza, os processos oficiosos não se prestam a um tratamento descentralizado por parte das autoridades nacionais de concorrência.

38. A competência exclusiva do Órgão de Fiscalização da EFTA para a aplicação do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE nos casos individuais exclui que os processos notificados ao Órgão de Fiscalização, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, por interessados que desejem invocar o disposto no n.º 3 do artigo 53.º, sejam tratados por uma autoridade nacional de concorrência por iniciativa do Órgão de Fiscalização da EFTA. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e nos termos do artigo 6.º do Acordo EEE, resulta com efeito da competência exclusiva que o autor de um pedido de isenção tem o direito de obter do Órgão de Fiscalização uma decisão de mérito quanto ao pedido ⁽²²⁾.

39. As autoridades de concorrência dos Estados da EFTA podem tratar, a pedido do Órgão de Fiscalização da EFTA, as denúncias que não envolvem a aplicação do n.º 3 do artigo 53.º, a saber, as que dizem respeito a acordos sujeitos a notificação nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal e do n.º 1 do artigo 1.º do Anexo XIV do Acordo EEE, mas não notificados ao Órgão de Fiscalização, bem como as denúncias baseadas em alegada violação do artigo 54.º do Acordo EEE. Pelo contrário, as denúncias cujo objecto integre a competência exclusiva do Órgão de Fiscalização da EFTA, como em caso de revogação de uma isenção, não podem ser

adequadamente tratadas por uma autoridade nacional de concorrência ⁽²³⁾.

40. Os elementos de apreciação referidos nos pontos 23 a 26 para o tratamento de um processo pelo Órgão de Fiscalização da EFTA ou por uma autoridade nacional, nomeadamente quanto ao âmbito territorial dos efeitos do acordo, decisão ou prática concertada ou da posição dominante (pontos 27 e 28), deverão ser tomados em conta.

Direito do Órgão de Fiscalização da EFTA de rejeitar uma denúncia

41. Da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias resulta que, mediante certas condições, a Comissão pode rejeitar uma denúncia que não apresente interesse comunitário de natureza a justificar o prosseguimento do seu exame ⁽²⁴⁾. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera que, no quadro do Acordo EEE, pode aplicar um princípio similar baseado na existência de um interesse suficiente para o Acordo EEE.

42. O direito assim reconhecido ao Órgão de Fiscalização da EFTA explica-se pela competência paralela do Órgão de Fiscalização, dos tribunais dos nacionais e, quando tiverem poderes para o efeito, das suas autoridades nacionais de concorrência para a aplicação do n.º 1 do artigo 53.º e do artigo 54.º do Acordo EEE e pela protecção que daí resulta para os autores das denúncias perante as instâncias judiciais e administrativas. Face a esta competência paralela, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias declararam, em jurisprudência constante, que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 (fundamento jurídico do direito de apresentação de uma denúncia à Comissão por alegada violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado), que corresponde ao artigo 3.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, não confere ao autor de um pedido apresentado em virtude deste artigo o direito de obter uma decisão da Comissão, na acepção do artigo 249.º do Tratado, quanto à existência ou não da infracção alegada ⁽²⁵⁾. Nos termos do artigo 3.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, o Órgão de Fiscalização considera que o mesmo se aplica ao próprio Órgão.

Condições para a rejeição de uma denúncia

43. O exame de uma denúncia por parte de uma autoridade nacional supõe que estejam preenchidas as condições específicas a seguir indicadas, estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.

⁽²²⁾ Processo T-23/90, Peugeot/Comissão, fundamento 47, Colectânea 1991, p. II-653.

⁽²³⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 75.

⁽²⁴⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 85; reiterado no processo T-114/92, BEMIM/Comissão, fundamento 80, Colectânea 1995, p. II-147, e no processo T-77/95, SFEI e outros/Comissão, fundamentos 29 e 55, Colectânea 1997, p. II-1.

⁽²⁵⁾ Ver nomeadamente processo 125/78 GEMA/Comissão, fundamento 17, Recueil 1979, p. 3173; processo T-16/91, Rendo e outros/Comissão, fundamento 98, Colectânea 1992, p. II-2417.

44. A primeira destas condições é que, para poder apreciar em cada caso a existência ou não de interesse suficientemente forte no quadro do Acordo EEE que justifique a prossecução do seu exame, o Órgão de Fiscalização da EFTA é obrigado a proceder a um exame diligente dos elementos de facto e de direito apresentados na denúncia ⁽²⁶⁾. Em virtude da exigência de fundamentação, estabelecida no artigo 16.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, o Órgão de Fiscalização é obrigado a indicar ao autor da denúncia as considerações de direito e de facto que o levaram a concluir que não existia interesse no quadro do Acordo EEE suficiente para prosseguir o exame da denúncia. O Órgão de Fiscalização da EFTA não pode, portanto, limitar-se a fazer uma abstracta referência ao interesse comunitário ⁽²⁷⁾.

45. Para apreciar se pode rejeitar a denúncia por falta de interesse no quadro do Acordo EEE, cabe ao Órgão de Fiscalização da EFTA, designadamente, ponderar a importância da infracção alegada para o funcionamento do Acordo EEE, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de instrução necessárias para preencher, nas melhores condições, as suas atribuições de velar pelo cumprimento dos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE ⁽²⁸⁾. Em particular, como o Tribunal decidiu no processo BEMIM ⁽²⁹⁾, sempre que os efeitos das infracções alegadas numa denúncia se produzam essencialmente apenas num Estado-Membro da CE e sempre que o caso tenha sido apresentado aos tribunais e autoridades administrativas competentes desse Estado-Membro da CE, nos diferendos que opõem o autor da denúncia à entidade visada pela denúncia, a Comissão pode rejeitar a denúncia com base na falta de interesse comunitário suficiente para prosseguir o exame do processo, desde que, no entanto, sejam salvaguardados de modo satisfatório os direitos do autor da denúncia. Em circunstâncias similares num Estado da EFTA, o Órgão de Fiscalização pode rejeitar uma denúncia por não existir interesse suficiente no quadro do Acordo EEE em prosseguir a investigação do processo, desde que os direitos do autor da denúncia possam ser salvaguardados de forma adequada. Quanto à localização dos efeitos do acordo, decisão ou prática concertada, trata-se, em especial, dos casos em que não participam empresas de um só Estado-Membro da CE ou Estado da EFTA e que, embora não digam respeito nem à importação nem à exportação entre Partes Contratantes no Acordo EEE, nos termos do n.º 2, alínea a), do artigo 4.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal ⁽³⁰⁾, são susceptíveis de afectar o comércio intracomunitário. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera necessário que a apresentação do caso à autoridade nacional em causa assegure, de forma plenamente satisfatória, a salvaguarda dos direitos do denunciante. No que diz respeito a este ponto, o Órgão de Fiscalização considera que a eficácia da intervenção da autoridade nacional depende nomeadamente da possibilidade de ela tomar, se o considerar necessário, medidas provisórias sem prejuízo da possibilidade, prevista no direito de

alguns Estados da EFTA, de tais medidas serem tomadas com a eficácia exigida por instância jurisdicional.

Procedimento

46. Se o Órgão de Fiscalização da EFTA considerar que estas condições se encontram preenchidas, dirigir-se-á à autoridade de concorrência do Estado da EFTA em que o acordo ou a prática denunciada produz essencialmente os seus efeitos para saber se esta pode instruir a denúncia e tomar sobre ela uma decisão. Em caso afirmativo, o Órgão de Fiscalização rejeitará a denúncia que lhe foi apresentada por falta de interesse comunitário suficiente no quadro do Acordo EEE, invocando o tratamento do caso, oficiosamente ou a pedido dos denunciantes, pela autoridade nacional de concorrência. O Órgão de Fiscalização da EFTA colocará à disposição da autoridade nacional os documentos pertinentes em sua posse ⁽³¹⁾.

47. No que diz respeito à instrução da denúncia, é necessário precisar que, em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo C-67/91 ⁽³²⁾, dito dos «bancos espanhóis», as autoridades nacionais de concorrência, para a aplicação tanto das regras nacionais como das regras EEE da concorrência, não podem utilizar como meios de prova, nem as informações não publicadas contidas nas respostas aos pedidos de informação dirigidos às empresas nos termos do artigo 11.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, nem as informações obtidas na sequência das verificações efectuadas por força do artigo 14.º deste Capítulo. Porém, estas informações constituem indícios que podem, eventualmente, ser tidos em conta para justificar a abertura de um processo nacional ⁽³³⁾.

IV. COOPERAÇÃO RELATIVAMENTE AOS PROCESSOS APRESENTADOS EM PRIMEIRO LUGAR AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

Introdução

48. Incluem-se neste caso os processos abrangidos pelo direito do EEE em matéria de concorrência instruídos por iniciativa de uma autoridade nacional de concorrência, para efeitos do n.º 1 do artigo 53.º ou 54.º do Acordo EEE, isoladamente

⁽²⁶⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 82.

⁽²⁷⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 85.

⁽²⁸⁾ Automec II, ver nota de pé-de-página 3; fundamento 86, citado em BEMIM, fundamento 80.

⁽²⁹⁾ Ver nota de pé-de-página 24; fundamento 86.

⁽³⁰⁾ Ver nota de pé-de-página 20.

⁽³¹⁾ No entanto, no caso de informações objecto de pedido de confidencialidade com vista a proteger o anonimato do informador, a instituição que aceitar receber estas informações é obrigada, por força do artigo 122.º do Acordo EEE, a respeitar essa condição (Processo 145/83 Adams v. Comissão, fundamento 34, Recueil 1985, p. 3539). Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização da EFTA não divulgará às autoridades nacionais o nome dos seus informadores anónimos, salvo se estes, a pedido do Órgão de Fiscalização, retirarem a exigência de anonimato relativamente à autoridade nacional susceptível de dar seguimento à sua denúncia.

⁽³²⁾ Processo C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e outros, dispositivo, Colectânea 1992, p. I-4785.

⁽³³⁾ Ver nota de pé-de-página 32; fundamentos 39 e 43.

ou em conjugação com as suas regras nacionais de concorrência, ou, se tal não for possível, nos termos apenas das suas regras nacionais de concorrência. Deste modo, são visados todos os processos abrangidos por este âmbito que uma autoridade nacional instrui eventualmente antes de o Órgão de Fiscalização da EFTA e independentemente da origem processual (processo oficioso, notificação, denúncia, etc.). Estes processos são portanto os que satisfazem as condições expostas na parte II (orientações para a repartição das tarefas) da presente comunicação.

49. No que diz respeito aos processos tratados pelas autoridades nacionais nos termos do direito EEE, é desejável que informem de forma sistemática o Órgão de Fiscalização da EFTA dos processos por si iniciados; o Órgão de Fiscalização da EFTA dará conhecimento desse facto às outras autoridades nacionais.

50. Esta cooperação é particularmente necessária para os processos que assumem um interesse especial para o EEE, nos termos dos pontos 33 a 36. Estes processos são todos os que apresentam um problema jurídico novo, por forma a evitar decisões, com base no direito nacional ou no direito EEE, incompatíveis com este último; (b) dos processos que assumem grande importância do ponto de vista económico, apenas aqueles em que o acesso de operadores de outros Estados-Membros ou de outros Estados da EFTA ao mercado nacional é entravado significativamente e (c) certos processos em que uma empresa pública ou equiparada (nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 59.º do Acordo EEE) é suspeita de práticas anticoncorrenciais. Cada uma das autoridades nacionais examina, se necessário após consulta ao Órgão de Fiscalização da EFTA, se um determinado processo é abrangido por uma dessas categorias.

51. A instrução do processo é conduzida pelas autoridades nacionais de concorrência em conformidade com o seu regime processual nacional, independentemente de o seu objectivo ser a aplicação do direito do EEE ou do direito nacional em matéria de concorrência ⁽³⁴⁾.

52. Além disso, o Órgão de Fiscalização da EFTA entende que, tal como os tribunais nacionais a quem são submetidos processos de concorrência que envolvem a aplicação dos artigos 53.º ou 54.º, as autoridades nacionais de concorrência, ao aplicarem estas disposições, têm a possibilidade, nos limites do direito processual interno aplicável e sem prejuízo do disposto no artigo 122.º do Acordo EEE, de se informar junto do Órgão de Fiscalização sobre a situação do processo a que essa instituição tenha eventualmente dado início e sobre a probabilidade de esta vir a pronunciar-se nos termos do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o

Tribunal sobre os processos tratados por estas autoridades nacionais por iniciativa própria. Nas mesmas condições, as autoridades nacionais de concorrência podem contactar o Órgão de Fiscalização quando a aplicação concreta do n.º 1 do artigo 53.º ou do artigo 54.º suscite especiais dificuldades, a fim de obter os dados económicos e jurídicos que o Órgão de Fiscalização esteja em condições de lhe fornecer ⁽³⁵⁾.

53. O Órgão de Fiscalização da EFTA está convencido de que uma cooperação estreita com as autoridades é de natureza a evitar decisões contraditórias. Porém, se durante processo nacional se considerar possível que a decisão do Órgão de Fiscalização de resolução de um processo em curso relativamente ao mesmo caso venha a opor-se aos efeitos da decisão das autoridades nacionais, compete a estas tomar as medidas adequadas (Walt Wilhelm), a fim de garantir o pleno efeito dos actos de execução do direito do EEE em matéria de concorrência. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera que estas medidas poderão consistir, regra geral, na suspensão da decisão das autoridades nacionais enquanto aguarda a conclusão do processo que corre perante o Órgão de Fiscalização. Quando a autoridade nacional aplica o seu direito, a suspensão será fundamentada nos princípios de que a aplicação simultânea do direito nacional e do direito do EEE em matéria de concorrência não prejudica a eficácia e a uniformidade das regras de concorrência EEE e das suas medidas de aplicação, bem como nos princípios do primado do direito do EEE ⁽³⁶⁾ e de segurança jurídica. Pela parte que lhe toca, o Órgão de Fiscalização procurará tratar prioritariamente dos processos que sejam objecto de um procedimento nacional assim suspenso com base nestes princípios. Porém, pode ser encarada uma segunda possibilidade consistindo na consulta do Órgão de Fiscalização da EFTA antes da adopção da decisão nacional. A consulta consistirá, no respeito do acórdão referido no processo dito dos «bancos espanhóis», na troca de documentos preparatórios das decisões previstas, por forma a criar condições para que as autoridades dos Estados da EFTA tomem em conta a posição do Órgão de Fiscalização na sua própria decisão, sem que esta deva ser diferida até à tomada da decisão do Órgão de Fiscalização.

Procedimento

Em matéria de denúncias

54. Devido ao facto de os autores da denúncia não poderem obrigar o Órgão de Fiscalização da EFTA a tomar uma decisão quanto à existência ou não da infracção alegada e de o Órgão de Fiscalização poder legitimamente rejeitar uma denúncia por falta de interesse suficiente no quadro do Acordo EEE, não se levantam dificuldades especiais para as autoridades nacionais de concorrência instruírem as denúncias no âmbito do direito do EEE em matéria de concorrência que lhe sejam apresentadas em primeiro lugar.

⁽³⁵⁾ Processo C-234/89, *Delimitis v. Henninger Bräu*, fundamento 53, *Colectânea* 1991, p. I-935.

⁽³⁶⁾ Ver nota de pé-de-página 14 e 16 da presente comunicação.

⁽³⁴⁾ Ver nota de pé-de-página 32; fundamento 32.

Em matéria de notificações

55. Embora constituam uma percentagem muito reduzida do número total das notificações ao Órgão de Fiscalização da EFTA, é conveniente tomar especialmente em consideração as notificações de acordos que estão a ser examinados por uma autoridade nacional, efectuadas para fins delatatórios. Por notificação delatatória entende-se o caso em que uma empresa, ameaçada por uma proibição de um acordo na sequência de um processo iniciado por uma autoridade nacional para efeitos do n.º 1 do artigo 53.º ou do direito nacional, notifica o acordo incriminado ao Órgão de Fiscalização, solicitando-lhe uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE. Essa notificação é efectuada a fim de induzir o Órgão de Fiscalização da EFTA a dar início a um processo nos termos dos artigos 2.º, 3.º ou 6.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal e, em consequência, por força do n.º 3 do artigo 9.º deste capítulo, a retirar às autoridades dos Estados da EFTA o poder de aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE. O Órgão de Fiscalização da EFTA só considera delatatória uma notificação depois de ter contactado a autoridade nacional em causa e verificado que esta concorda com esta apreciação. O Órgão de Fiscalização da EFTA convida, além disso, as autoridades nacionais a transmitirem-lhe espontaneamente as notificações que lhes sejam enviadas e que, em sua opinião, assumem carácter delatatório.

56. A esta hipótese é conveniente equiparar a situação em que a notificação ao Órgão de Fiscalização da EFTA foi efectuada para evitar o início iminente de um processo nacional que pode levar a uma proibição ⁽³⁷⁾.

57. Obviamente que o Órgão de Fiscalização da EFTA não ignora que o autor de um pedido de isenção tem o direito de obter da sua parte uma decisão de mérito (ver ponto 38). Porém, se o Órgão de Fiscalização entender que o principal objectivo da notificação é bloquear o processo nacional em razão da sua competência exclusiva em matéria de isenções, a Comissão considera ter justificação para não proceder ao seu exame prioritariamente.

58. A autoridade nacional que procede à instrução do processo e que deu, consequentemente, início ao procedimento correspondente, deve em princípio solicitar ao Órgão de Fiscalização da EFTA que se pronuncie a título provisório sobre a probabilidade de concessão de uma isenção ao acordo que acaba de lhe ser notificado. No que respeita aos tribunais nacionais, o Órgão de Fiscalização indicou na sua comunicação relativa à cooperação com os tribunais nacionais que este pedido de parecer será desnecessário quando, «tendo em conta os critérios desenvolvidos na matéria pela jurisprudência do Tribunal da EFTA, do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, bem como pela prática

regulamentar e decisional do Órgão de Fiscalização e da Comissão e por actos correspondentes aos regulamentos de isenção por categoria da Comissão referidos no Anexo XIV do Acordo EEE», a autoridade nacional «chegar à conclusão de que o acordo, decisão ou prática concertada em causa não pode ser objecto de uma isenção individual» ⁽³⁸⁾. O mesmo se aplica às autoridades nacionais.

59. O Órgão de Fiscalização da EFTA pronunciar-se-á a título provisório sobre a probabilidade de uma isenção, na sequência de um exame preliminar das condições de direito e de facto do acordo, o mais brevemente possível, após a notificação completa deste. Se o exame da notificação revelar, por um lado, que o acordo em causa não poderá provavelmente beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE e, por outro, que os efeitos deste acordo se localizem essencialmente num Estado da EFTA, o Órgão de Fiscalização da EFTA concluirá que não é prioritário o tratamento desta notificação.

60. O Órgão de Fiscalização da EFTA dará conhecimento por escrito desta posição à autoridade nacional que instrui o processo, bem como aos notificantes. No seu ofício informará ser muito improvável a tomada de uma decisão sobre o acordo que lhe foi notificado antes da adopção de uma decisão definitiva sobre a matéria por parte da autoridade nacional.

61. Na sua resposta, a autoridade nacional, após ter registado a posição do Órgão de Fiscalização da EFTA, deve comprometer-se a contactar oficialmente esta última sem demora, se a instrução do processo a levar a uma conclusão diferente da posição do Órgão de Fiscalização. É o que acontece se, na sequência da instrução, a autoridade nacional concluir que o acordo em causa não deverá ser proibido nos termos do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ou, não sendo o caso, do direito nacional aplicável. A autoridade nacional deve comprometer-se enfim a transmitir ao Órgão de Fiscalização da EFTA cópia da sua decisão final sobre este processo. As autoridades de concorrência dos outros Estados da EFTA receberão cópia do ofício para efeitos de informação.

62. O Órgão de Fiscalização da EFTA só em casos muito excepcionais é que dará início a um processo relativamente ao mesmo caso, antes do encerramento do procedimento em curso perante a autoridade nacional, nos termos do n.º 3 do artigo 9.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, com o consequente afastamento da referida autoridade. Estes casos serão aqueles em que, contra todas as expectativas, a autoridade nacional chegue à conclusão de que não há violação do artigo 53.º ou do artigo 54.º do Acordo EEE, ou das disposições do seu direito nacional de concorrência, bem como nos casos em que o processo nacional se arrasta indevidamente no tempo.

⁽³⁷⁾ No que diz respeito aos acordos não sujeitos a notificação em conformidade com o ponto 1 do n.º 2 do artigo 4.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, os pontos 56 e 57 da presente comunicação valem igualmente *mutatis mutandis* para o pedido expresso de benefício de uma isenção.

⁽³⁸⁾ Comunicação sobre a cooperação entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e os Tribunais nacionais, pontos 27 e 28.

63. Antes de dar início ao processo, o Órgão de Fiscalização da EFTA consultará a autoridade nacional a fim de conhecer as razões, de facto e de direito, que fundamentam a decisão favorável por ela prevista ou as causas do atraso do processo.

V. OBSERVAÇÕES FINAIS

64. A presente comunicação não prejudica a interpretação do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e pelo Tribunal da EFTA.

65. No interesse da eficácia e da uniformidade de aplicação do direito do EEE no território do EEE no seu conjunto, bem como da simplificação e da segurança jurídica para as empresas, o Órgão de Fiscalização da EFTA convida os Estados da EFTA que ainda o não tenham feito a adoptarem legislação que permita à sua autoridade de concorrência aplicar eficazmente o n.º 1 do artigo 53.º e o artigo 54.º do Acordo EEE.

66. Na aplicação da presente comunicação, o Órgão de Fiscalização da EFTA e as autoridades competentes dos Estados da

EFTA, bem como os seus funcionários e outros agentes, devem respeitar o segredo profissional, em conformidade com o disposto no artigo 20.º do Capítulo III do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal.

67. A presente comunicação não se aplica às regras de concorrência relativas ao sector dos transportes devido à importância das especificidades do tratamento processual dos processos respeitantes a este sector ⁽³⁹⁾.

68. A aplicação concreta da presente comunicação, nomeadamente do ponto de vista das medidas consideradas desejáveis para facilitar a sua aplicação, será objecto de um exame anual realizado em comum pelas autoridades dos Estados da EFTA e pelo Órgão de Fiscalização da EFTA.

69. A presente comunicação será reexaminada o mais tardar quatro anos após a sua adopção.

⁽³⁹⁾ Ver as disposições pertinentes relativas à aplicação das regras EEE em matéria de concorrência ao sector dos transportes no artigo 3.º do Protocolo n.º 21 do Acordo EEE e nos capítulos pertinentes do Protocolo n.º 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal.