

Jornal Oficial

das Comunidades Europeias

ISSN 0257-7771

C 266

45.º ano

31 de Outubro de 2002

Edição
em língua portuguesa

Comunicações e Informações

Número de informação

Índice

Página

I Comunicações

ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

Órgão de Fiscalização da EFTA

2002/C 266/01

Orientações sobre a aplicação do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de
cooperação horizontal

1

PT

2

I

(Comunicações)

ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

ORIENTAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 53.º DO ACORDO EEE AOS ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL

(2002/C 266/01)

- 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 publicou uma comunicação intitulada «Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal»⁽¹⁾. Este acto não vinculativo estabelece os princípios que a Comissão Europeia segue para a apreciação dos acordos horizontais nos termos do artigo 81.º do Tratado CE.
- C. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera o acto acima referido relevante para efeitos do EEE. A fim de garantir condições equitativas de concorrência e de assegurar 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 ao abrigo dos poderes que lhe são conferidos pelo n.º 2, alínea b), do artigo 5.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal. O Órgão de Fiscalização tenciona seguir os princípios e regras definidos na presente comunicação aquando da aplicação das regras relevantes do EEE aos casos individuais.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Objectivo

1. As presentes orientações estabelecem os princípios utilizados na apreciação dos acordos de cooperação horizontal nos termos do artigo 53.º do Acordo EEE⁽²⁾. Uma cooperação é de «natureza horizontal» quando existe um

acordo ou práticas concertadas entre empresas que se situam ao(s) mesmo(s) nível(eis) do mercado. Trata-se, a maior parte das vezes, de cooperação entre concorrentes, que diz respeito, por exemplo, a domínios como a Investigação e o Desenvolvimento (I & D), a produção, as compras ou a comercialização.

⁽¹⁾ JO C 3 de 6.1.2001, p. 2.

⁽²⁾ A competência para tratar casos individuais abrangidos pelo artigo 53.º do Acordo EEE encontra-se dividida entre o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Comissão Europeia nos termos do disposto no artigo 56.º do Acordo EEE. Apenas uma autoridade é competente para tratar de um determinado caso.

2. A cooperação horizontal pode dar origem a problemas de concorrência. É o que acontece, por exemplo, se as partes numa cooperação acordam em fixar preços ou o nível da produção, ou em partilhar mercados, ou ainda se a cooperação permitir às partes manterem, obterem ou aumentarem poder de mercado, causando desta

forma efeitos negativos no mercado no que se refere aos preços, à produção, à inovação ou à diversidade e qualidade dos produtos.

3. Por outro lado, a cooperação horizontal pode dar origem a vantagens económicas significativas. As empresas devem adaptar-se a pressões concorrenciais crescentes, a um mercado em evolução influenciado pela globalização, ao ritmo da evolução tecnológica e ao maior dinamismo dos mercados em geral. A cooperação pode constituir um meio de partilhar riscos, realizar economias, agrupar saber-fazer e lançar inovações no mercado de forma mais rápida. Para as pequenas e médias empresas, em especial, a cooperação constitui uma importante forma de adaptação à evolução dos mercados.
4. Embora reconhecendo as vantagens económicas que podem decorrer da cooperação, o Órgão de Fiscalização da EFTA deve no entanto velar pela manutenção de uma concorrência efectiva. O artigo 53.º proporciona o enquadramento jurídico para uma apreciação equilibrada, que toma em consideração tanto os efeitos anticoncorrenciais como as vantagens económicas.
5. No passado, a apreciação da cooperação horizontal nos termos do artigo 53.º era orientada por duas comunicações e duas isenções por categoria do Órgão de Fiscalização da EFTA. O acto anteriormente referido no ponto 6 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CEE) n.º 417/85⁽³⁾], com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97⁽⁴⁾ e o acto anteriormente referido no ponto 7 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CEE) n.º 418/85⁽⁵⁾], com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97] previam a isenção de determinadas formas de acordos de especialização e de acordos de investigação e desenvolvimento (I & D), respectivamente. Estas duas isenções por categoria foram substituídas pelo acto agora referido no ponto 6 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CE) n.º 2658/2000⁽⁶⁾] relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE a certas categorias de acordos de especialização («isenção por

categoria relativa à especialização») e pelo acto agora referido no ponto 7 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CE) n.º 2659/2000⁽⁷⁾] relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento («isenção por categoria relativa à I & D»). As duas comunicações fornecem orientações relativamente a certos tipos de acordos de cooperação não abrangidos pelo artigo 53.º⁽⁸⁾ e à apreciação de empresas comuns com carácter de cooperação⁽⁹⁾.

6. A evolução constante dos mercados conduziu a uma diversificação crescente das formas de cooperação horizontal e a um maior recurso a este tipo de cooperação. Por conseguinte, impõem-se actualmente orientações mais completas e actualizadas para que as condições de aplicação do artigo 53.º neste domínio sejam mais claras e mais transparentes. No que se refere à apreciação da cooperação horizontal, devem ser mais realçados os critérios económicos, de forma a melhor ter em conta as alterações ocorridas recentemente na aplicação das regras de concorrência e na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância⁽¹⁰⁾.
7. O objectivo das presentes orientações consiste em fornecer um quadro analítico para os tipos de cooperação horizontal mais correntes. Este quadro baseia-se principalmente em critérios que ajudam a analisar o contexto económico em que se insere um determinado acordo de cooperação. Critérios económicos como o poder de mercado das partes, bem como outros factores associados à estrutura dos mercados, constituem um elemento-chave da apreciação dos efeitos que a cooperação é susceptível de produzir no mercado e, por conseguinte, para a sua apreciação nos termos do artigo 53.º Dada a enorme diversidade dos tipos de cooperação horizontal e das suas combinações, bem como das condições de mercado em que se inserem, é impossível dar respostas adaptadas a cada cenário possível. O presente quadro analítico, baseado em critérios económicos, ajudará contudo as empresas a avaliarem a compatibilidade dos seus acordos de cooperação com o artigo 53.º
8. As presentes orientações não só substituem as comunicações referidas no ponto 5, mas abrangem também um leque mais amplo dos tipos de acordos horizontais mais correntes. Vêm complementar a isenção por categoria relativa à I & D e a isenção por categoria relativa à especialização.

⁽³⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 1.

⁽⁴⁾ JO L 306 de 11.11.1997, p. 12.

⁽⁵⁾ JO L 53 de 22.2.1985, p. 5.

⁽⁶⁾ JO L 304 de 5.12.2000, p. 3, incorporado no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 113/2000 de 22.12.2000 (JO L 52 de 22.2.2001, p. 38 e Suplemento EEE do JO 9 de 22.2.2001, p. 5), e.i.f. 1.1.2001.

⁽⁷⁾ JO L 304 de 5.12.2000, p. 7, incorporado no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 113/2000 de 22.12.2000 (JO L 52 de 22.2.2001, p. 38 e Suplemento EEE do JO 9 de 22.2.2001, p. 5), e.i.f. 1.1.2001.

⁽⁸⁾ JO L 153 de 18.6.1994, p. 48 e Suplemento EEE ao JO 15 de 18.6.1994, p. 24.

⁽⁹⁾ JO L 186 de 21.7.1994, p. 58 e Suplemento EEE ao JO 22 de 21.7.1994, p. 4.

⁽¹⁰⁾ Os acórdãos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância são relevantes para a prática do Órgão de Fiscalização nos termos do disposto no artigo 6.º do Acordo EEE e no artigo 3.º do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal.

1.2. Âmbito de aplicação das presentes orientações

9. As presentes orientações abrangem os acordos ou práticas concertadas (seguidamente designados por «acordos») entre duas ou mais empresas que operam no(s) mesmo(s) nível(eis) do mercado, por exemplo, no mesmo nível da produção ou da distribuição. Neste contexto, a tónica é colocada na cooperação entre concorrentes. Para efeitos das presentes orientações, entende-se por «concorrentes» tanto os concorrentes efectivos⁽¹¹⁾ como os concorrentes potenciais⁽¹²⁾.
10. No entanto, as presentes orientações não abrangem todos os acordos horizontais possíveis. Dizem apenas respeito aos tipos de cooperação que dão potencialmente origem a ganhos de eficiência, isto é, acordos de I & D, de produção, de compra, de comercialização, de

normalização e acordos em matéria ambiental. Serão abordados separadamente outros tipos de acordos horizontais entre concorrentes, por exemplo, relativos ao intercâmbio de informações ou a participações minoritárias.

11. Os acordos celebrados entre empresas que funcionam a níveis diferentes da cadeia de produção ou distribuição, ou seja, os acordos verticais, estão em princípio excluídos das presentes orientações e são abordados no acto referido no ponto 2 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CE) n.º 2790/1999⁽¹³⁾] relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas («isenção por categoria relativa às restrições verticais») e às orientações do Órgão de Fiscalização relativas às restrições verticais⁽¹⁴⁾. Todavia, na medida em que os acordos verticais, por exemplo, acordos de distribuição, forem concluídos entre concorrentes, os efeitos do acordo no mercado e os eventuais problemas em matéria de concorrência podem ser semelhantes aos dos acordos horizontais. Por conseguinte, estes acordos devem ser apreciados segundo os princípios estabelecidos nas presentes orientações. Tal não exclui a aplicação adicional das orientações relativas aos acordos verticais a estes acordos a fim de analisar as restrições verticais incluídas nos mesmos⁽¹⁵⁾.
12. Os acordos podem combinar diferentes fases de cooperação, como por exemplo as actividades de I & D e o fabrico de produtos resultantes dessas actividades. A não ser que sejam abrangidos pelo artigo 57.º do Acordo EEE, relativo ao controlo das concentrações entre empresas, estes acordos são abrangidos pelas presentes orientações. É a vertente principal da cooperação que determina qual a secção das presentes orientações que é aplicável ao acordo em causa. Para definir esta vertente principal devem ser especialmente tomados em consideração dois factores: em primeiro lugar, o ponto de partida da cooperação e, em segundo, o grau de integração das diferentes funções que são combinadas. Um acordo de cooperação que implique I & D conjunta e o fabrico em comum dos produtos resultantes dessas actividades será por conseguinte, normalmente, regido pela secção consagrada aos «acordos de I & D», na medida em que a produção conjunta só pode realizar-se se a I & D conjunta tiver êxito. Tal significa que os resultados da I & D são determinantes para a produção. O acordo de I & D pode por conseguinte ser considerado o ponto de partida da cooperação. A conclusão seria diferente se o acordo previsse uma integração total das

⁽¹¹⁾ Uma empresa é considerada um concorrente efectivo se se encontra presente no mesmo mercado relevante ou se, na ausência de acordo, é capaz de mudar a sua produção para o fabrico e comercialização dos produtos relevantes a curto prazo, sem incorrer em custos ou riscos suplementares elevados em resposta a variações ligeiras, mas permanentes, dos preços relativos (substituibilidade imediata do lado da oferta). O mesmo raciocínio pode conduzir ao agrupamento de diferentes áreas geográficas. Por outro lado, quando a substituibilidade do lado da oferta conduz à necessidade de introduzir importantes alterações nos seus activos corpóreos e incorpóreos existentes a fim de os adaptar, realizar investimentos suplementares, adoptar decisões estratégicas ou quando se verificam atrasos importantes, uma empresa não será considerada um concorrente efectivo, mas sim um concorrente potencial (ver *infra*). Ver a comunicação do Órgão de Fiscalização relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência no EEE (JO L 200 de 16.7.1998, p. 48 e Suplemento EEE ao JO 28 de 16.7.1998, p. 3).

⁽¹²⁾ Uma empresa é considerada um concorrente potencial se determinados elementos indiciam que, na ausência de acordo, essa empresa poderia e seria susceptível de realizar os investimentos suplementares ou outros custos de mudança necessários para poder entrar no mercado relevante, em resposta a um ligeiro e permanente aumento dos preços relativos. Esta apreciação deve basear-se numa abordagem realista, não sendo suficiente a possibilidade puramente teórica de uma entrada no mercado [ver a comunicação do Órgão de Fiscalização relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência no EEE (ponto 24); ver igualmente o XIII Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão Europeia, ponto 55 e a Decisão 90/410/CEE da Comissão no processo Elopak/Metal Box-Odin (JO L 209 de 8.8.1990, p. 15)]. A entrada no mercado deve realizar-se de forma suficientemente rápida para que esta ameaça constitua uma restrição ao comportamento dos participantes no mercado. Normalmente, isto significa que a entrada deve ocorrer num prazo curto. As orientações relativas às restrições verticais do Órgão de Fiscalização (decisão do Órgão de Fiscalização n.º 250/01/COL de 25 de Julho de 2001, ainda não publicada, ponto 26) consideram um período máximo de um ano para efeitos de aplicação da isenção por categoria relativa às restrições verticais (ver nota 14). Contudo, em casos individuais podem ser tomados em consideração prazos mais longos. O prazo necessário às empresas já presentes no mercado para ajustarem as suas capacidades pode ser utilizado como referência para determinar este período.

⁽¹³⁾ JO L 336 de 29.12.1999, p. 21.

⁽¹⁴⁾ Decisão do Órgão de Fiscalização n.º 250/01/COL, de 25 de Julho, ainda não publicada.

⁽¹⁵⁾ A delimitação entre acordos horizontais e acordos verticais será mais aprofundada nos capítulos relativos às compras em comum (capítulo 4) e comercialização em comum (capítulo 5). Ver igualmente as orientações relativas aos acordos verticais, pontos 26 e 29.

actividades de produção e uma integração apenas parcial de certas actividades de I & D. Nesse caso, os eventuais efeitos anticoncorrenciais e as vantagens económicas da cooperação estariam estreitamente associadas à produção conjunta, e assim o acordo seria examinado à luz dos princípios expostos na secção relativa aos «acordos de produção». Os acordos mais complexos, como as alianças estratégicas que combinam, de diversas formas, um certo número de domínios e de instrumentos de cooperação diferentes, não são abrangidos pelas presentes orientações. Para a apreciação de cada domínio de cooperação no âmbito de uma aliança pode remeter-se para a secção correspondente das presentes orientações. Os acordos complexos devem contudo ser analisados no seu conjunto. Dada a diversidade dos domínios que podem ser combinados no âmbito de uma aliança, é impossível dar indicações gerais para a apreciação global desses acordos. É impossível apreciar a compatibilidade com as regras de concorrência das alianças ou de outras formas de cooperação que são essencialmente declarações de intenções, enquanto o seu âmbito de aplicação não estiver definido com precisão.

13. Os critérios apresentados nas presentes orientações aplicam-se à cooperação relativa a bens e serviços abrangida pelo âmbito de aplicação do Acordo EEE ⁽¹⁶⁾, referidos colectivamente como «produtos». Contudo, as orientações não são aplicáveis quando existe já regulamentação sectorial, como acontece nos transportes ou nos seguros ⁽¹⁷⁾. As operações abrangidas pelo

artigo 57.º do Acordo EEE também não são objecto das presentes orientações.

14. O artigo 53.º aplica-se apenas aos acordos de cooperação horizontal susceptíveis de afectar o comércio entre as partes contratantes no Acordo EEE. As presentes orientações não dizem respeito à análise da possibilidade de um determinado acordo afectar o comércio. Os princípios que se seguem relativos à aplicabilidade do artigo 53.º baseiam-se, por conseguinte, no pressuposto de que o comércio entre as partes contratantes no Acordo EEE é afectado. Na prática, contudo, esta questão deve ser examinada numa base casuística.
15. O artigo 53.º não é aplicável a acordos de pequena importância, uma vez que em termos de objecto ou efeito não podem restringir significativamente a concorrência. As presentes orientações não prejudicam a aplicação da actual ou de qualquer futura comunicação «*de minimis*» ⁽¹⁸⁾.
16. A apreciação efectuada nos termos do artigo 53.º, tal como descrita nas presentes orientações, não prejudica a eventual aplicação paralela do artigo 54.º do Acordo EEE aos acordos de cooperação horizontal. Além disso, as presentes orientações não prejudicam a interpretação susceptível de ser dada pelo Tribunal da EFTA, pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em relação à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE a acordos de cooperação horizontal.

⁽¹⁶⁾ Convém salientar que o Acordo EEE é de âmbito limitado quando comparado com o Tratado CE, nomeadamente a ausência de uma união aduaneira e a aplicação limitada a certos produtos, por força do artigo 8.º do Acordo EEE.

⁽¹⁷⁾ Ponto 10 do anexo XIV do Acordo EEE e capítulo VI do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal [Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho, JO L 175 de 23.7.1968, p. 1] (transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável); ponto 11 do anexo XIV do Acordo EEE e capítulo IX do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal [Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho, JO L 378 de 31.12.1986, p. 4] (transportes marítimos); capítulo XI do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de fiscalização e o Tribunal [Regulamento (CEE) n.º 3975/87 do Conselho, JO L 374 de 31.12.1987, p. 1] (transportes aéreos); ponto 11b) do anexo XIV do Acordo EEE e capítulo IX do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal [Regulamento (CEE) n.º 1617/93 da Comissão, JO L 155 de 26.6.1993, p. 18] (isenção por categoria relativa ao planeamento e coordenação conjuntos dos horários, às operações conjuntas, às consultas sobre as tarifas de passageiros e de frete dos serviços aéreos regulares e a atribuição das faixas horárias nos aeroportos); ponto 11c) do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CE) n.º 823/2000 da Comissão, JO L 100 de 20.4.2000, p. 24] (isenção por categoria relativa a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares); ponto 15a) do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CEE) n.º 3932/92 da Comissão, JO L 398 de 31.12.1992, p. 7] (isenção por categoria relativa a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos seguros).

1.3. Princípios fundamentais para a apreciação nos termos do artigo 53.º

1.3.1. N.º 1 do artigo 53.º

17. O n.º 1 do artigo 53.º é aplicável aos acordos de cooperação horizontal que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (a seguir denominados «restrições da concorrência»).
18. Em alguns casos, a natureza da cooperação indica desde o início a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 53.º É o que acontece com os acordos que têm por objecto uma restrição da concorrência através da fixação dos preços, da limitação da produção ou da partilha dos mercados

⁽¹⁸⁾ Ver comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, JO L 200 de 16.7.1998, p. 55 e Suplemento EEE ao JO 28 de 16.7.1998, p. 13.

ou dos clientes. Presume-se que estes acordos têm efeitos negativos sobre o mercado. Por conseguinte, não se afigura necessário apreciar os seus efeitos reais na concorrência e no mercado a fim de estabelecer que são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 53.º

19. No entanto, muitos acordos de cooperação horizontal não têm por objecto uma restrição da concorrência. É por conseguinte necessária uma análise dos efeitos do acordo. Para esta análise não é suficiente que o acordo limite a concorrência entre as partes. É necessário igualmente que seja susceptível de afectar a concorrência no mercado a um ponto tal que se possam prever efeitos negativos no mercado a nível dos preços, da produção, da inovação ou da diversidade ou qualidade dos produtos ou serviços.
20. A possibilidade de o acordo em questão causar ou não efeitos negativos deste tipo depende do contexto económico, tendo em conta a natureza do acordo e o poder de mercado cumulado das partes, que determina, conjuntamente com outros factores estruturais, a possibilidade de a cooperação afectar de forma significativa a concorrência global.

Natureza do acordo

21. A natureza de um acordo é definida por elementos como o domínio e o objectivo da cooperação, as relações de concorrência entre as partes e o grau de combinação das suas actividades. Estes elementos indicam a probabilidade de uma coordenação do comportamento das partes no mercado.
22. Certos tipos de acordos, como a maior parte dos acordos de I & D ou a maior parte da cooperação em matéria de normalização ou de melhoria das condições de protecção do ambiente, são menos susceptíveis de incluir restrições relativas aos preços ou à produção. Os eventuais efeitos negativos destes tipos de acordos dizem mais respeito à inovação ou à diversidade dos produtos. Podem igualmente criar problemas de encerramento dos mercados.
23. Outros tipos de cooperação, como os acordos de produção ou de compras, incluem geralmente um certo nível de partilha dos custos (totais). Se os custos partilhados são importantes, é mais fácil às partes coordenarem os preços e a produção no mercado. Para que os custos comuns sejam importantes, devem estar reunidas determinadas condições: por um lado, o domínio de cooperação, por exemplo, a produção ou as compras, deve representar uma parte importante dos

custos totais num determinado mercado. Em segundo lugar, as partes devem combinar significativamente as suas actividades no domínio abrangido pela cooperação. É nomeadamente o que acontece quando fabricam ou compram em comum um produto intermédio importante ou uma parte significativa da sua produção total de um produto final.

Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

24. Por natureza, certas categorias de acordos não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 53.º É o que acontece normalmente no caso de cooperação que não implica uma coordenação do comportamento concorrencial das partes no mercado, como
- cooperação entre empresas não concorrentes,
 - cooperação entre empresas concorrentes que não podem de modo independente realizar o projecto ou a actividade abrangida pela cooperação,
 - cooperação que incide sobre uma actividade que não influencia os parâmetros relevantes da concorrência.

Estes tipos de cooperação só podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º quando os participantes são empresas com poder de mercado significativo⁽¹⁹⁾ e quando a cooperação é susceptível de dar origem a um encerramento do mercado relativamente a terceiros.

Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

25. Considera-se que uma outra categoria de acordos é, à partida, normalmente abrangida pelo n.º 1 do artigo 53.º Trata-se de acordos de cooperação que têm por objecto restringir a concorrência, fixando os preços, limitando a produção ou repartindo os mercados ou os clientes. Estas restrições são consideradas as mais prejudiciais, uma vez que interferem directamente com o resultado do processo concorrencial. A fixação de preços e a limitação da produção conduzem directamente a preços mais elevados para os clientes ou à não disponibilização das quantidades pretendidas. A repartição de mercados ou de clientes reduz a escolha de que os clientes dispõem e, por conseguinte, traduz-se também em preços mais elevados ou numa redução da produção. Pode assim

⁽¹⁹⁾ As empresas podem ter um poder de mercado significativo abaixo do nível de posição dominante no mercado, que é o limiar para aplicação do artigo 54.º

presumir-se que estas restrições produzem efeitos negativos nos mercados, sendo por conseguinte quase sempre proibidas ⁽²⁰⁾.

Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

26. Os acordos que não são abrangidos pelas categorias anteriormente referidas devem ser objecto de uma análise complementar a fim de determinar se são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º A análise deve utilizar critérios ligados ao mercado, tais como a posição das partes nos mercados e outros factores estruturais.

Poder de mercado e estrutura do mercado

27. O ponto de partida da análise é a posição das partes nos mercados afectados pela cooperação. Tal permite determinar se as partes podem, graças a esta cooperação, manter, adquirir, ou reforçar o poder de mercado já existente, isto é, ter a possibilidade de causar efeitos negativos no mercado no que diz respeito aos preços, à produção, à inovação ou à variedade ou qualidade dos bens e serviços. Para realizar esta análise é necessário definir o mercado ou os mercados relevantes, utilizando o método descrito na comunicação do Órgão de Fiscalização relativa à definição de mercado relevante ⁽²¹⁾. Relativamente a certos tipos de mercados relevantes, como os das aquisições ou das tecnologias, estas orientações fornecem indicações complementares.

28. Se, em conjunto, as partes tiverem uma quota de mercado reduzida ⁽²²⁾, é pouco provável que a coope-

ração produza efeitos restritivos, de forma que normalmente não se impõe qualquer análise complementar. Se uma de apenas duas partes tiver uma quota de mercado insignificante e se não possuir recursos importantes, considera-se que mesmo uma elevada quota de mercado combinada não é indiciadora de um efeito restritivo sobre a concorrência no mercado ⁽²³⁾. Dada a diversidade das formas de cooperação e dos efeitos que podem produzir nos mercados em função das condições que neles existem, é impossível definir um limiar de quota de mercado geral acima do qual se poderá presumir que o poder de mercado é suficiente para causar efeitos restritivos.

29. Para além da posição das partes no mercado e da acumulação das quotas de mercado, pode revelar-se necessário tomar em consideração, enquanto elemento suplementar para a apreciação dos efeitos da cooperação sobre a concorrência no mercado, a concentração do mercado, ou seja, a posição e o número de concorrentes. Pode utilizar-se como indicador o índice Herfindahl-Hirshman («IHH»), que é igual à soma dos quadrados das quotas de mercado individuais de todos os concorrentes ⁽²⁴⁾: para um IHH inferior a 1 000, o grau de concentração do mercado é considerado reduzido, para um IHH entre 1 000 e 1 800 o grau de concentração é moderado e para um IHH superior a 1 800 o grau de concentração é elevado. Um outro indicador eventual seria o rácio de concentração da empresa líder, que resume as quotas de mercado individuais dos principais concorrentes ⁽²⁵⁾.

30. Em função da posição das partes no mercado e do índice de concentração desse mesmo mercado, será igualmente necessário ter em conta outros factores, como a estabilidade das quotas de mercado ao longo do tempo, os obstáculos à entrada, a probabilidade de entradas no mercado, o poder de negociação dos compradores/fornecedores ou a natureza dos produtos (por exemplo, homogeneidade e maturidade). Quando os efeitos sobre a concorrência em matéria de inovação são prováveis, mas não podem ser avaliados de forma apropriada com base nos mercados existentes, pode revelar-se necessário ter em conta factores específicos para poder analisar esses efeitos (ver capítulo 2, acordos de I & D).

⁽²⁰⁾ Contudo, excepcionalmente, este princípio não se aplica a uma empresa comum de produção. É inerente ao funcionamento deste tipo de empresa comum que as decisões relativas à produção sejam tomadas conjuntamente pelas partes. Se a empresa comum comercializar também os produtos manufacturados conjuntamente, as decisões relativas aos preços devem ser tomadas conjuntamente pelas partes nesse acordo. Neste caso, a inclusão de disposições relativas aos preços ou à produção não faz com que o acordo seja automaticamente abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º As disposições em matéria de preços ou de produção terão de ser apreciadas juntamente com os restantes efeitos da empresa comum sobre o mercado a fim de determinar a aplicação do n.º 1 do artigo 53.º (ver ponto 90).

⁽²¹⁾ Ver a comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência no EEE, JO L 200 de 16.7.1998, p. 48 e Suplemento EEE ao JO 28 de 16.7.1998, p. 3.

⁽²²⁾ As quotas de mercado devem normalmente ser calculadas com base no valor das vendas no mercado (ver artigo 6.º da isenção por categoria relativa à I & D e o artigo 6.º da isenção por categoria relativa à especialização). Para determinar a quota de uma parte num determinado mercado, é necessário ter em conta as empresas que estão ligadas às partes (ver ponto 2 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa à I & D e ponto 2 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa à especialização).

⁽²³⁾ Se existirem mais de duas partes, a quota colectiva de todos os concorrentes na cooperação tem de ser significativamente maior do que a quota do maior concorrente participante individual.

⁽²⁴⁾ Um mercado composto por quatro empresas cujas quotas de mercado são respectivamente de 30 %, 25 %, 25 % e 20 %, tem um IHH de 2 550 (900+625+625+400) antes da cooperação. Se as duas principais empresas do mercado iniciam uma cooperação, o IHH passa para 4 050 (3 025+625+400) após a cooperação. É este IHH resultante da cooperação que é relevante para a apreciação dos eventuais efeitos da cooperação no mercado.

⁽²⁵⁾ Por exemplo, o rácio de concentração de três empresas, RC3, é a soma das quotas de mercado dos três principais concorrentes num mercado.

1.3.2. N.º 3 do artigo 53.º

31. Os acordos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º podem beneficiar de uma isenção desde que estejam preenchidas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. É o que acontece quando o acordo:

- contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico,
- reserva aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante, e não
- impõe às empresas interessadas restrições que não são indispensáveis para atingir estes objectivos,
- dá a essas empresas a possibilidade, relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, de eliminar a concorrência.

Vantagens económicas

32. A primeira condição exige que o acordo contribua para melhorar a produção ou a distribuição de produtos ou promover o progresso técnico ou económico. Uma vez que estas vantagens se referem a eficiências estáticas ou dinâmicas, podem ser denominadas «vantagens económicas». Estas podem compensar os efeitos restritivos sobre a concorrência. Por exemplo, a cooperação pode permitir às empresas oferecerem bens ou serviços a preços inferiores e de melhor qualidade ou lançarem inovações no mercado de uma forma mais rápida. A maior parte dos ganhos de eficiência decorre da combinação e da integração de diferentes competências ou recursos. As partes devem demonstrar que a cooperação é susceptível de proporcionar tais eficiências, que não podem ser alcançadas através de meios menos restritivos (ver também *infra*). As alegações de ganhos de eficiência devem ser fundamentadas, não sendo suficientes meras especulações ou declarações gerais sobre economias de custos.

33. O Órgão de Fiscalização não tem em conta economias realizadas graças a uma redução da produção, à repartição dos mercados ou ao simples exercício de poder de mercado.

Parte equitativa para os consumidores

34. As vantagens económicas devem beneficiar não apenas as partes no acordo, mas igualmente os utilizadores. Geralmente, a repercussão das vantagens nos consumidores dependerá da intensidade da concorrência no

mercado relevante. As pressões concorrenciais garantirão normalmente que as poupanças em termos de custos se repercutirão através de preços mais baixos ou que as empresas têm um incentivo para introduzir novos produtos no mercado tão rapidamente quanto possível. Por conseguinte, se for mantida no mercado uma concorrência suficiente, que efectivamente restrinja as partes no acordo, o processo concorrencial garantirá normalmente que os consumidores obterão uma parte equitativa das vantagens económicas.

Carácter indispensável

35. As restrições de concorrência devem ser necessárias à realização das vantagens económicas. Se existirem meios menos restritivos para obter vantagens comparáveis, os alegados ganhos de eficiência não podem servir para justificar as restrições de concorrência. O carácter indispensável de cada restrição depende da situação do mercado e da duração do acordo. Por exemplo, os acordos de exclusividade podem impedir uma das partes no acordo de praticar o parasitismo, podendo por conseguinte ser aceitáveis. Em certos casos, por outro lado, podem não ser necessários e mesmo agravar os efeitos restritivos.

Não eliminação da concorrência

36. O último critério de eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão diz respeito à questão do domínio. Se uma empresa for dominante ou se tornar dominante em consequência de um acordo horizontal, um acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 53.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção.

Isenções por categoria em matéria de I & D e de especialização

37. Sob certas condições, pode presumir-se que os critérios enunciados no n.º 3 do artigo 53.º estão satisfeitos em relação a determinadas categorias de acordos. É normalmente o que acontece com os acordos de I & D e de produção em que a conjugação de competências ou de activos complementares pode dar origem a ganhos de eficiência importantes. As presentes orientações devem ser consideradas complementares das isenções por categoria em matéria de I & D e de especialização. Estas isenções por categoria isentam as categorias de acordos mais correntes nos domínios da produção/especialização até um limiar de quota de mercado de 20 % e da I & D até um limiar de 25 %, desde que os acordos satisfaçam as condições de aplicação da isenção

por categoria e não incluem restrições graves («cláusulas proibidas») que impossibilitariam a aplicação da isenção por categoria. Os regulamentos de isenção por categoria não prevêem a divisibilidade para as restrições graves. Se existir uma ou mais restrições graves, a isenção por categoria deixa de poder ser aplicada à totalidade do acordo.

1.4. Estrutura dos capítulos seguintes relativos aos tipos de cooperação

38. As orientações estão divididas em capítulos relativos a determinados tipos de acordos. Cada capítulo é estruturado de acordo com o quadro analítico descrito no ponto 1.3. Se necessário, serão fornecidas indicações específicas sobre a definição dos mercados relevantes (por exemplo, em matéria de I & D ou no que diz respeito aos mercados de compra de produtos).

2. ACORDOS DE INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

2.1. Definições

39. Os acordos de I & D podem variar, tanto pela sua forma como pelo seu âmbito de aplicação. Vão desde a subcontratação de determinadas actividades de I & D até ao aperfeiçoamento em comum de tecnologias existentes ou à cooperação em matéria de investigação, desenvolvimento e comercialização de produtos totalmente novos. Podem assumir a forma de acordos de cooperação ou de empresas controladas em comum. O presente capítulo é aplicável a todas as formas de acordos de I & D, incluindo os acordos conexos relativos ao fabrico ou à comercialização de produtos resultantes da I & D, desde que a vertente principal da cooperação seja I & D, à excepção das operações de concentração e das empresas comuns abrangidas pelo artigo 57.º do Acordo EEE.

40. A cooperação em matéria de I & D pode reduzir os custos duplos e desnecessários, permitir uma troca mutuamente frutuosa e intensa de ideias e experiências e, por conseguinte, o desenvolvimento mais rápido de produtos e de tecnologias. Regra geral, a cooperação em matéria de I & D tende a aumentar as actividades de I & D no seu conjunto.

41. As pequenas e médias empresas (PME) constituem uma comunidade dinâmica e heterogénea, que tem de fazer face a inúmeros desafios, nomeadamente as crescentes exigências das grandes empresas de que são frequentemente subcontratantes. Nos sectores com um elevado coeficiente de I & D, as PME de crescimento rápido, mais

frequentemente denominadas «start-up companies», procuram também ser líderes nos segmentos de mercado em rápida evolução. Para poder dar resposta a esses desafios e continuar a ser competitivas, as PME devem constantemente inovar. Graças à cooperação em matéria de I & D, pode esperar-se um aumento do conjunto das actividades de I & D das PME, prevendo-se que estas empresas serão capazes de concorrer mais fortemente com empresas mais poderosas.

42. Em certos casos, contudo, os acordos de I & D podem dar origem a problemas de concorrência, como efeitos restritivos sobre os preços, produção, inovação, diversidade ou qualidade dos produtos.

2.2. Mercados relevantes

43. Para a definição do mercado relevante, tendo em vista a apreciação dos efeitos de um acordo de I & D, é fundamental identificar os produtos, as tecnologias ou as actividades de I & D que exercerão uma restrição concorrencial sobre as partes. Entre as diferentes situações previsíveis encontramos, num extremo, as inovações que podem dar origem a um produto (ou uma tecnologia) que vai entrar em concorrência num mercado de produtos (ou de tecnologias) existente. É o caso das actividades de I & D centradas em ligeiras melhorias ou alterações, como por exemplo, novos modelos de um produto. Neste cenário, os efeitos potenciais dizem respeito ao mercado dos produtos existentes. No outro extremo, situam-se as inovações que podem dar origem a um produto completamente novo, que criará o seu próprio mercado (por exemplo, uma nova vacina para uma doença até então incurável). Neste caso, os mercados existentes só constituem mercados relevantes se tiverem qualquer ligação com a inovação em questão. Por esta razão, os efeitos da cooperação em matéria de inovação devem ser na medida do possível apreciados. Contudo, o mais provável é que a maior parte dos casos se situe entre estes dois extremos, ou seja, situações em que os esforços de inovação são susceptíveis de dar origem à criação de produtos (ou de tecnologias) que substituirão, a prazo, produtos (ou tecnologias) existentes (por exemplo, os discos compactos, que substituíram os discos de vinil). Uma análise aprofundada destas situações poderá abranger o estudo dos mercados existentes e do impacto do acordo sobre a inovação.

Mercados existentes

a) *Mercados do produto*

44. Se a cooperação diz respeito a actividades de I & D orientadas para a melhoria de produtos existentes, estes últimos, incluindo os seus produtos de substituição próximos, constituem o mercado relevante objecto da cooperação ⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Para a definição do mercado, ver a comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à definição do mercado relevante.

45. Se os esforços em matéria de I & D têm por objectivo alterar profundamente um produto existente, ou mesmo lançar um novo produto que irá substituir produtos existentes, a substituição do produto existente pode ser imperfeita ou efectuar-se apenas a longo prazo. Consequentemente, os antigos produtos e os novos produtos potenciais não pertencerão provavelmente ao mesmo mercado relevante. O mercado dos produtos existentes pode contudo ser um mercado relevante, se a reunião dos esforços de I & D for susceptível de dar origem a uma coordenação do comportamento das partes enquanto fornecedoras dos produtos existentes. A exploração do poder no mercado existente só é contudo possível se as partes detiverem em conjunto uma forte posição, tanto no mercado dos produtos existentes como nas actividades de I & D.

46. Se a I & D disser respeito a uma componente importante de um produto final, não só o mercado desta componente pode ser relevante em termos de apreciação, mas o mesmo pode acontecer com o mercado existente do produto final. A título de exemplo, se construtores de automóveis cooperam em termos de investigação e desenvolvimento relativamente a um novo tipo de motor, o mercado automóvel pode ser afectado por essa cooperação. No entanto, o mercado dos produtos finais só é um mercado relevante para efeitos da apreciação se a componente em causa nessas actividades de I & D for tecnológica ou economicamente uma componente essencial desses produtos finais e se as partes no acordo de I & D forem grandes concorrentes no mercado desses produtos finais.

b) Mercados das tecnologias

47. A cooperação em matéria de I & D pode igualmente incidir sobre a tecnologia. Quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, o mercado da tecnologia relevante deve ser igualmente definido. Os mercados de tecnologias são compostos pelos direitos de propriedade intelectual que são concedidos sob licença, bem como pelos seus substitutos próximos, ou seja, outras tecnologias que os clientes poderiam utilizar em substituição.

48. O método para definir os mercados das tecnologias segue os mesmos princípios que o utilizado para a definição dos mercados do produto⁽²⁷⁾. A partir da tecnologia comercializada pelas partes, é necessário identificar as outras tecnologias para as quais os clientes poderiam mudar em resposta a aumentos pequenos mas duradouros dos preços relativos. Após a identificação

destas tecnologias, podem calcular-se as quotas de mercado dividindo as receitas provenientes da concessão de licenças geradas pelas partes pelo conjunto das receitas resultantes da concessão de licenças de todos os vendedores de tecnologias de substituição.

49. A posição das partes no mercado da tecnologia existente constitui um critério de avaliação relevante nos casos em que a cooperação em matéria de I & D diz respeito à melhoria significativa da tecnologia existente ou a uma nova tecnologia susceptível de substituir a tecnologia existente. Contudo, a quota de mercado das partes apenas pode ser tomada como ponto de partida para esta análise. Em mercados de tecnologias, deve ser colocada uma tónica especial na concorrência potencial. Se as empresas que, num dado momento, não concedem licenças da sua tecnologia são participantes potenciais no mercado da tecnologia, poderiam limitar a capacidade de as partes aumentarem os preços da sua tecnologia (ver exemplo 3 *infra*).

Concorrência na inovação (actividades de I & D)

50. A cooperação em matéria de I & D pode não afectar — ou não afectar apenas — a concorrência nos mercados existentes, mas afectar a concorrência em matéria de inovação. É o que acontece quando a cooperação diz respeito ao desenvolvimento de novos produtos ou de novas tecnologias que podem — se vierem a concretizar-se — substituir um dia produtos ou tecnologias existentes, que se destinam a uma nova utilização e que, por conseguinte, não substituirão produtos existentes, mas criarão uma procura totalmente nova. Os efeitos sobre a concorrência a nível da inovação são importantes nestas situações, mas pode acontecer que a sua avaliação seja insuficiente se a análise se limitar à concorrência efectiva ou potencial nos mercados do produto ou das tecnologias existentes. Relativamente a este aspecto, podem distinguir-se dois cenários, em função da natureza do processo de inovação num determinado sector de actividade.

51. No primeiro cenário, aplicável por exemplo à indústria farmacêutica, o processo de inovação é estruturado de tal forma que é possível determinar muito cedo pólos de I & D. Estes pólos são actividades de I & D centradas num novo produto ou numa nova tecnologia, bem como as actividades de I & D de substituição, isto é, a I & D destinada a desenvolver produtos ou tecnologias substituíveis pelos que são objecto da cooperação em causa e que tem um acesso comparável aos recursos e segue um calendário semelhante. Neste caso, pode analisar-se, se após o acordo, existirá ainda um número suficiente de pólos de I & D. O ponto de partida da

(27) Ver comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à definição de mercado relevante; ver igualmente, por exemplo, a Decisão 94/811/CE da Comissão de 8 de Junho de 1994, no processo IV/M.269, Shell/Montecatini (JO L 332 de 22.12.1994, p. 48).

análise é o esforço de I & D desenvolvido pelas partes. Seguidamente, é necessário definir pólos de I & D concorrentes e credíveis. Para avaliar a credibilidade de pólos concorrentes, devem ser tomados em consideração os seguintes aspectos: a natureza, o âmbito e a importância de outras eventuais actividades de I & D, o seu acesso a recursos financeiros e humanos, o saber-fazer e as patentes ou outros activos específicos, o seu calendário e capacidade para explorar os eventuais resultados. Um pólo de I & D não é um concorrente credível se não puder ser considerado um substituto próximo da actividade de I & D das partes, na perspectiva, por exemplo, do acesso aos recursos ou do calendário.

52. No segundo cenário, as actividades de inovação num sector não são estruturadas de forma suficientemente clara para permitir a definição de pólos de I & D. Perante um tal cenário, o Órgão de Fiscalização da EFTA não procurará, excepto em circunstâncias excepcionais, avaliar os efeitos sobre a inovação de uma determinada cooperação em matéria de I & D e limitará a sua apreciação aos mercados do produto e/ou das tecnologias relacionados com a cooperação em questão em matéria de I & D.

Cálculo das quotas de mercado

53. O cálculo das quotas de mercado, tanto para efeitos da isenção por categoria relativa à I & D como das presentes orientações, deve reflectir a distinção entre os mercados existentes e a concorrência na inovação. No início de uma cooperação, o ponto de referência é o mercado dos produtos susceptíveis de serem melhorados ou substituídos pelos produtos em desenvolvimento. Se o acordo de I & D se destinar apenas a melhorar ou aperfeiçoar produtos existentes, este mercado inclui os produtos directamente abrangidos pela I & D. As quotas de mercado podem assim ser calculadas na base do valor de vendas dos produtos existentes. Se a I & D se destinar a substituir um produto já existente, o novo produto, se tiver êxito, tornar-se-á um substituto dos produtos existentes. Para apreciar a posição competitiva das partes, é uma vez mais possível calcular as quotas de mercado com base no valor das vendas dos produtos existentes. Por conseguinte, a isenção por categoria relativa à I & D baseia a sua isenção destas situações na quota de mercado no «mercado relevante dos produtos susceptíveis de serem melhorados ou substituídos pelos produtos contratuais». Para uma isenção automática, esta quota de mercado não pode exceder 25 % ⁽²⁸⁾.

54. Se a I & D se destinar a desenvolver um produto que criará uma procura completamente nova, não podem ser calculadas as quotas de mercado baseadas em vendas. Só é possível uma análise dos efeitos do acordo na concorrência a nível da inovação. Por conseguinte, a isenção por categoria relativa à I & D isenta estes acordos, independentemente da quota de mercado, por um período de sete anos a contar da data de comercialização dos produtos no mercado ⁽²⁹⁾. Contudo, pode ser retirado o benefício da isenção por categoria se o acordo eliminar a concorrência efectiva em matéria de inovação ⁽³⁰⁾. Após o período de sete anos, podem ser calculadas as quotas de mercado baseadas no valor das vendas, aplicando-se o limite máximo em termos de quota de mercado de 25 % ⁽³¹⁾.

2.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

2.3.1. Natureza do acordo

2.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

55. A maior parte dos acordos de I & D não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º É o que acontece em relação aos acordos que prevêem uma cooperação em matéria de I & D numa fase bastante teórica, muito afastada da exploração dos eventuais resultados.
56. Para além disso, a cooperação em matéria de I & D entre empresas não concorrentes não restringe geralmente a concorrência ⁽³²⁾. As relações de concorrência entre as partes devem ser analisadas no contexto dos mercados existentes e/ou da inovação afectados. Se as partes não estão em condições de efectuar independentemente os trabalhos de I & D necessários, não existe concorrência susceptível de ser restringida. Esta observação pode aplicar-se, por exemplo, às empresas que agrupam competências, tecnologias e outros recursos complementares. A questão da concorrência potencial deve ser examinada de forma realista. Assim, as partes não podem ser consideradas concorrentes potenciais simplesmente porque a cooperação lhes permite realizar actividades de I & D. A questão determinante consiste em saber se cada parte dispõe, independentemente, dos meios necessários em termos de activos, de saber-fazer e de outros recursos.

⁽²⁹⁾ N.º 1 do artigo 4.º da isenção por categoria relativa à I & D.

⁽³⁰⁾ Artigo 7.º, alínea e), da isenção por categoria relativa à I & D.

⁽³¹⁾ N.º 3 do artigo 4.º da isenção por categoria relativa à I & D.

⁽³²⁾ Uma cooperação em matéria de I & D entre não concorrentes pode contudo dar origem a efeitos de encerramento dos mercados, na acepção do n.º 1 do artigo 53.º, se implicar a exploração exclusiva dos resultados e se uma das empresas detiver um poder de mercado significativo no que se refere a tecnologias fundamentais.

⁽²⁸⁾ N.º 2 do artigo 4.º da isenção por categoria relativa à I & D.

57. A cooperação em matéria de I & D, através da subcontratação de actividades de I & D anteriormente cativas é frequentemente realizada por empresas especializadas, institutos de investigação ou organismos académicos que não participam na exploração dos resultados. Trata-se geralmente de acordos acompanhados de uma transferência de saber-fazer e/ou de uma cláusula de fornecimento exclusivo no que se refere aos resultados eventuais. Dado o carácter complementar dos participantes na cooperação nestes cenários, não lhes é aplicável o n.º 1 do artigo 53.º
58. Uma cooperação em matéria de I & D que não inclua a exploração em comum dos eventuais resultados através da concessão de licenças, da produção e/ou da comercialização, raramente é abrangida pelo n.º 1 do artigo 53.º Estes acordos de I & D «puros» apenas podem causar problemas de concorrência se a concorrência efectiva em matéria de inovação for reduzida de forma significativa.
- 2.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º
59. Se o verdadeiro objectivo de um acordo não for I & D mas a criação de um cartel disfarçado, ou seja, uma fixação dos preços, uma limitação da produção ou uma repartição dos mercados que de outra forma são proibidos, tal acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º No entanto, um acordo de I & D que inclua a exploração em comum dos eventuais resultados futuros não é necessariamente restritivo da concorrência.
- 2.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º
60. Os acordos de I & D que não podem ser, à partida, considerados como manifestamente não restritivos podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º⁽³³⁾ e devem ser analisados no seu contexto económico. Esta observação é válida para qualquer cooperação em matéria de I & D que seja estabelecida numa fase bastante próxima da comercialização e que seja concluída por empresas concorrentes, quer nos mercados do produto ou das tecnologias existentes, quer nos mercados da inovação.
- 2.3.2. *Poder de mercado e estrutura dos mercados*
61. A cooperação em matéria de I & D pode produzir três tipos de efeitos negativos nos mercados: em primeiro lugar, pode restringir a inovação, em segundo lugar, pode dar origem à coordenação do comportamento das
- partes nos mercados existentes e, em terceiro lugar, pode provocar problemas de encerramento no estágio da exploração dos resultados eventuais. Contudo, só é provável que surjam estes tipos de efeitos negativos nos mercados quando os participantes na cooperação dispõem de um poder significativo nos mercados existentes e/ou quando a concorrência em matéria de inovação é muito reduzida. Na ausência de poder de mercado, as empresas não têm incentivos para coordenar o seu comportamento nos mercados existentes, nem para reduzir ou abrandar a inovação. Os problemas de encerramento só podem colocar-se no âmbito de uma cooperação em que participa pelo menos uma empresa com um poder de mercado significativo a nível de uma tecnologia-chave e da exploração exclusiva dos resultados.
62. Não existe qualquer limiar absoluto de quota de mercado que indique que um acordo de I & D cria um certo grau de poder de mercado, sendo por conseguinte abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 53.º Todavia, os acordos de I & D são isentos desde que sejam concluídos entre partes com uma quota de mercado cumulada que não ultrapasse 25 % e desde que estejam preenchidas as outras condições de aplicação da isenção por categoria relativa à I & D. Por conseguinte, no que diz respeito à maior parte dos acordos de I & D, os efeitos restritivos só têm de ser analisados se as quotas de mercado cumuladas das partes excederem 25 %.
63. Os acordos que, devido ao elevado poder de mercado das partes, não podem beneficiar da isenção por categoria relativa à I & D, não restringem necessariamente a concorrência. No entanto, quanto mais forte for a posição cumulada das partes nos mercados existentes e/ou quanto mais restringida for a concorrência a nível da inovação, mais provável é a aplicação do n.º 1 do artigo 53.º e a apreciação do acordo em questão exige uma análise mais aprofundada.
64. Se a I & D se destina a melhorar ou a aperfeiçoar produtos ou tecnologias existentes, os efeitos eventuais dizem respeito ao ou aos mercados relevantes desses produtos ou tecnologias existentes. Os efeitos sobre os preços, a produção e/ou a inovação nos mercados existentes só são contudo prováveis se as partes tiverem em conjunto uma forte posição, se a entrada nesses mercados for difícil e se as outras actividades de inovação forem reduzidas. Além disso, se as actividades de I & D disserem apenas respeito a um produto intermédio relativamente secundário, que entra na composição de um produto final, os efeitos sobre a concorrência em relação a esse produto final serão, caso existam, muito limitados. Regra geral, deve estabelecer-se uma distinção entre os acordos de I & D puros e uma cooperação mais ampla que se estenderá a diferentes fases da exploração dos resultados (ou seja, a concessão de licenças, a produção e a comercialização). Tal como já referido anteriormente, os acordos puros de I & D só raramente são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º É o que acontece em especial em relação às actividades de I & D que têm por objecto uma melhoria limitada dos produtos/tecnologias existentes. Se, num tal cenário, a cooperação

⁽³³⁾ Nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º do capítulo II do Protocolo 4 do Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, os acordos que têm exclusivamente por objecto a investigação e o desenvolvimento conjuntos não necessitam, mas podem ser notificados ao Órgão de Fiscalização da EFTA.

em matéria de I & D incluir uma exploração conjunta limitada à concessão de licenças, são pouco prováveis os efeitos restritivos como o encerramento do mercado. Em primeiro lugar, se a cooperação se alarga à produção e/ou à comercialização em comum dos produtos ou das tecnologias em que são introduzidas essas ligeiras melhorias, a cooperação deve ser objecto de uma análise mais aprofundada. Por um lado, são mais prováveis efeitos negativos sobre os preços e a produção nos mercados existentes se a cooperação associar grandes concorrentes. Em segundo lugar, a cooperação pode equiparar-se mais a um acordo de produção na medida em que as actividades de I & D podem não constituir, na realidade, a vertente principal de tal colaboração.

65. Se as actividades de I & D são consagradas à criação de um produto completamente novo (ou de uma tecnologia nova) que criará o seu próprio novo mercado, os efeitos sobre os preços e a produção nos mercados existentes são relativamente improváveis. A análise deve centrar-se nas eventuais restrições da inovação que digam respeito, por exemplo, à qualidade e à diversidade dos futuros produtos ou tecnologias potenciais ou ainda ao ritmo da inovação. Estes efeitos restritivos podem produzir-se quando duas ou mais do número reduzido de empresas que desenvolvem um novo produto começam a cooperar num estágio em que, cada uma delas, está em vias de lançar o produto de forma independente. Pode então verificar-se uma restrição da inovação, mesmo em presença de um acordo puro de I & D. Todavia, a cooperação em matéria de I & D para a criação de um produto totalmente novo tem, em geral, efeitos positivos sobre a concorrência. Este princípio não se altera significativamente se a cooperação se estender à exploração em comum dos resultados ou mesmo à sua comercialização em comum. Com efeito, a exploração em comum só coloca problemas nos casos em que o acesso a tecnologias-chave for vedado às empresas. Todavia, este tipo de problemas não se verifica, se as partes concederem licenças a terceiros.

66. A maior parte dos acordos de I & D situam-se mais ou menos a meio caminho entre as duas situações extremas acima referidas. Podem, por conseguinte, produzir efeitos na inovação e ter repercussões nos mercados existentes. Consequentemente, pode ser relevante analisar o mercado existente e o efeito na inovação a fim de apreciar as posições cumuladas das partes, o grau de concentração dos mercados, o número de empresas, nomeadamente inovadoras, e as condições de entrada nos mercados. Notam-se por vezes efeitos restritivos sobre os preços ou a produção nos mercados existentes e efeitos negativos sobre a inovação devido a um abrandamento do desenvolvimento. Por exemplo, se concorrentes importantes num mercado de tecnologia existente cooperam no sentido de desenvolver uma nova tecnologia que poderá no futuro substituir produtos existentes, esta cooperação é susceptível de produzir efeitos restritivos se as partes dispuserem de um poder

de mercado significativo no mercado existente (o que constituiria um incentivo para o explorar) e se ocuparem igualmente uma forte posição relativamente à I & D. Pode ocorrer um efeito semelhante se o principal interveniente num mercado existente cooperar com um concorrente muito mais pequeno ou mesmo potencial que se prepara para surgir no mercado com um novo produto/tecnologia que poderá pôr em risco a posição da empresa estabelecida.

67. Certos acordos podem igualmente não beneficiar da isenção por categoria, independentemente do poder de mercado das partes. É nomeadamente o que acontece em relação a acordos que limitam o acesso de uma parte aos resultados das actividades, na medida em que, geralmente, não favorecem o progresso económico e técnico através de uma maior divulgação dos conhecimentos técnicos entre as partes⁽³⁴⁾. A isenção por categoria prevê uma excepção específica a esta regra geral no que diz respeito a organismos académicos, institutos de investigação ou empresas especializadas que fornecem I & D enquanto prestação de um serviço e que não desenvolvem actividades na exploração industrial dos resultados da investigação e desenvolvimento⁽³⁵⁾. Todavia, é conveniente notar que os acordos que prevêem direitos de acesso exclusivos podem, quando são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, satisfazer os critérios de isenção enunciados no n.º 3 do mesmo artigo, em especial quando esses direitos são economicamente indispensáveis tendo em conta o mercado, os riscos e os pesados investimentos necessários para explorar os resultados da I & D.

2.4. **Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º**

2.4.1. *Vantagens económicas*

68. A maior parte dos acordos de I & D, independentemente de preverem ou não a exploração em comum dos resultados, produzem vantagens económicas devido às economias de custos e à troca frutuosa de ideias e de experiências, o que permite o desenvolvimento mais rápido de produtos ou tecnologias novos ou melhorados. Nestas circunstâncias, afigura-se razoável prever a isenção dos acordos que dão origem a uma restrição da concorrência até um limiar de quota de mercado, abaixo do qual se pode, para efeitos de aplicação do n.º 3 do artigo 53.º, em geral presumir que os efeitos positivos dos acordos de investigação e desenvolvimento compensam quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência. Por conseguinte, a isenção por categoria relativa à I & D isenta os acordos de I & D que satisfaçam certas

⁽³⁴⁾ Ver o n.º 2 do artigo 3.º da isenção por categoria relativa à I & D.

⁽³⁵⁾ Ver o n.º 2 do artigo 3.º da isenção por categoria relativa à I & D.

condições (ver artigo 3.º) e que não incluam restrições graves (ver artigo 5.º), desde que a quota de mercado cumulada das partes no(s) mercado(s) relevante(s) existente(s) não exceda 25 %.

69. Se a cooperação criar ou aumentar um poder de mercado considerável, as partes têm de demonstrar vantagens significativas decorrentes da realização da I & D, um lançamento mais rápido dos novos produtos/da nova tecnologia ou outras eficiências.

2.4.2. *Carácter indispensável*

70. Um acordo de I & D não poderá ser isento se impuser restrições que não sejam indispensáveis para atingir as vantagens acima referidas. A maior parte das vezes, as cláusulas individuais enunciadas no artigo 5.º da isenção por categoria relativa à I & D impossibilitam a isenção, mesmo após análise do acordo, podendo, por conseguinte, ser consideradas como um bom exemplo das restrições que não são indispensáveis à cooperação.

2.4.3. *Não eliminação da concorrência*

71. Não será concedida qualquer isenção se for dada a possibilidade às partes de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos (ou das tecnologias) em causa. Se, em consequência de um acordo de I & D, uma empresa for dominante ou se tornar dominante, quer num mercado existente, quer no domínio da inovação, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 53.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção. É o que acontece, por exemplo, a nível da inovação se o acordo combinar os dois únicos pólos de investigação existentes.

desenvolvimento, prorrogada por um período suplementar, se a cooperação se estende à produção e à comercialização em comum dos resultados, a fim de ter em conta um possível lançamento e colocação no mercado. Esta prorrogação justifica-se pelo facto de as primeiras empresas a penetrarem no mercado com um novo produto ou uma nova tecnologia adquirirem frequentemente, numa primeira fase, quotas de mercado muito elevadas e o êxito das actividades de I & D é frequentemente recompensado pela protecção dos direitos de propriedade intelectual. Normalmente, uma forte posição de mercado devida a esta «vantagem do primeiro» não pode ser interpretada como uma eliminação da concorrência. A isenção por categoria abrange por conseguinte os acordos de I & D durante um período suplementar de sete anos (por outras palavras, para além da fase de I & D propriamente dita), independentemente de, durante este período, as partes conseguirem obter uma elevada quota de mercado graças ao seu novo produto ou à sua nova tecnologia. Este princípio é igualmente válido para a análise individual dos casos de cooperação não abrangidos pela isenção por categoria, desde que estejam preenchidos os critérios enunciados no n.º 3 do artigo 53.º, relativamente aos outros aspectos do acordo. Tal não exclui a possibilidade de um período superior a sete anos satisfazer igualmente os critérios previstos no n.º 3 do artigo 53.º, se se demonstrar que é o período mínimo necessário para garantir um rendimento adequado do capital investido.

74. Se um acordo de cooperação em matéria de I & D for objecto de uma nova análise no final deste período — por exemplo, na sequência de uma denúncia — a análise deve basear-se na situação dos mercados existentes (nesta nova data). A isenção por categoria continua aplicável se a quota das partes no mercado relevante (nesta data) não ultrapassar 25 %. Da mesma forma, o n.º 3 do artigo 53.º continua a ser aplicável aos acordos de I & D não abrangidos pela isenção por categoria desde que os respectivos critérios sejam preenchidos.

Momento da análise do acordo e duração da isenção

72. Os acordos de I & D que englobam o fabrico e a comercialização em comum de novos produtos ou de novas tecnologias exigem uma atenção especial no que diz respeito ao momento em que a análise é efectuada.
73. No início de uma cooperação em matéria de I & D, é frequente desconhecer-se se a cooperação terá êxito, qual será a posição futura das partes no mercado ou a evolução dos futuros mercados do produto ou das tecnologias. Por conseguinte, a análise da cooperação no momento da sua criação limita-se aos mercados do produto ou das tecnologias (então) existentes e/ou aos mercados da inovação, tal como se descreve no presente capítulo. Se resultar desta análise que a concorrência não é susceptível de ser eliminada, o acordo de I & D pode beneficiar de uma isenção. Esta última é normalmente concedida em relação a toda a fase de investigação e

2.5. Exemplos

75. Exemplo n.º 1:

Hipótese: imaginemos duas grandes empresas presentes no mercado do EEE do fabrico de componentes electrónicas existentes, que detêm as seguintes quotas de mercado: empresa A (30 %) e empresa B (30 %). Realizaram ambas importantes investimentos nas actividades de I & D necessárias à criação de componentes electrónicos miniaturizados e desenvolveram os primeiros protótipos. Acordam agora em agrupar as suas actividades de I & D, criando uma empresa comum que realizará essas actividades de I & D e produzirá os componentes para os revender seguidamente às empresas-mãe, que os comercializarão separadamente. As outras empresas do mercado são pequenas empresas que não dispõem de recursos suficientes para proceder aos investimentos necessários.

Análise: os componentes electrónicos miniaturizados, ainda que susceptíveis de fazer concorrência aos componentes existentes em certos domínios, constituem essencialmente uma nova tecnologia, de forma que é necessário analisar os pólos de investigação consagrados a este mercado futuro. Se for criada a empresa comum, passará a existir apenas uma única via de acesso às tecnologias de fabrico necessárias, embora parecesse provável que as empresas A e B conseguiram entrar neste mercado separadamente, com o seu próprio produto. Ainda que o acordo possa apresentar vantagens, permitindo o lançamento mais rápido de uma nova tecnologia, é também um facto que reduz a diversidade e provoca uma partilha de certos custos entre as partes. Para além disso, há que ter em conta o risco de as partes explorarem a sua forte posição no mercado existente. Na medida em que passariam a não ter concorrência a nível da I & D, o incentivo para prosseguirem esta nova tecnologia a um ritmo acelerado poderia ser fortemente reduzido. Ainda que alguns desses problemas possam ser resolvidos impondo às partes a concessão, a terceiros e em condições razoáveis, de licenças do seu saber-fazer relativo ao fabrico dos componentes miniaturizados, poderia revelar-se impossível solucionar a totalidade dos problemas colocados e satisfazer as condições exigidas para beneficiar de uma isenção.

76. Exemplo n.º 2:

Hipótese: uma pequena empresa de investigação A, que não dispõe de qualquer organização comercial própria, descobriu uma substância farmacêutica para a qual obteve uma patente, baseada numa nova tecnologia que revolucionará o tratamento de uma determinada doença. A empresa A conclui um acordo de I & D com uma importante sociedade farmacêutica B, que fabrica produtos que serviam até então para tratar a doença em questão. A empresa B não realiza qualquer programa de I & D semelhante. No mercado dos produtos existentes, a empresa B dispõe de uma quota de mercado de aproximadamente 75 % em todos os Estados do EEE, mas as patentes de que é titular terminarão durante os cinco próximos anos. Existem dois outros pólos de investigação que se encontram mais ou menos no mesmo estágio de desenvolvimento e utilizam as mesmas novas tecnologias de base. A empresa B disponibilizará recursos financeiros e um saber-fazer consideráveis para o desenvolvimento do produto e assegurará o acesso futuro ao mercado. É-lhe concedida uma licença para a produção e distribuição exclusivas do produto resultante da investigação durante todo o período de validade da patente. Prevê-se que as partes possam em conjunto colocar o produto no mercado dentro de cinco a sete anos.

Análise: o produto pertence provavelmente a um novo mercado relevante. As partes reúnem recursos e competências complementares no quadro da sua cooperação e as probabilidades de colocação do produto no mercado

umentam consideravelmente. Ainda que a empresa B possa ser muito forte no mercado existente, este poder não tardará a diminuir e é provável que a existência de outros pólos de investigação elimine os incentivos no sentido de reduzir as actividades de I & D. É provável que os direitos de exploração sejam necessários à empresa B durante o período remanescente de validade da patente, a fim de realizar os esforços de investimento necessários. Para além disso, a empresa A não dispõe de qualquer estrutura comercial própria. Por conseguinte, o acordo não ameaça restringir a concorrência.

77. Exemplo n.º 3:

Hipótese: duas empresas que fabricam componentes para veículos automóveis acordam em criar uma empresa comum a fim de reunir os seus esforços em matéria de I & D, de forma a melhorar a produção e os resultados de uma componente existente. Agrupam igualmente as suas actividades existentes de concessão de licenças de tecnologias neste domínio, mas continuarão as suas actividades de fabrico separadamente. As duas empresas têm no EEE quotas de 15 % e 20 % no mercado dos fabricantes de equipamentos. Dois outros grandes concorrentes encontram-se igualmente presentes, bem como grandes construtores automóveis que realizam internamente vários programas de investigação. No mercado mundial das concessões de licenças de tecnologia para o fabrico destes produtos, as suas quotas, em termos das receitas geradas, atingem 20 % e 25 %. Para além disso, existem duas outras grandes tecnologias. O ciclo de vida da componente é normalmente de dois a três anos. Durante os últimos cinco anos, foi lançada cada ano no mercado uma nova versão ou uma versão melhorada, por uma das grandes empresas do sector.

Análise: uma vez que nenhuma das empresas procura, através das suas actividades de I & D, desenvolver um produto completamente novo, os mercados a tomar em consideração são os das componentes existentes e o da concessão das respectivas licenças de tecnologias. Ainda que os seus programas de I & D existentes se sobreponham em grande medida, a redução da duplicação dos esforços decorrente da cooperação poderia permitir-lhes afectar mais recursos à investigação e desenvolvimento do que aconteceria individualmente. Existem várias outras tecnologias e a quota cumulada das partes no mercado dos fabricantes de equipamentos não lhes confere uma posição dominante. Ainda que a sua quota no mercado das tecnologias, a um nível de 45 %, seja muito elevada, encontram-se no mercado tecnologias concorrentes. Para além disso, os construtores de automóveis, que não concedem actualmente quaisquer licenças relativas às suas tecnologias, são também participantes potenciais neste mercado, o que limita a capacidade das partes de aumentarem os preços. Tal como referido, a empresa comum poderá provavelmente beneficiar de uma isenção.

3. ACORDOS DE PRODUÇÃO (INCLUINDO OS ACORDOS DE ESPECIALIZAÇÃO)

3.1. Definições

78. Os acordos de produção podem variar quanto à forma e quanto ao âmbito. Podem assumir a forma de produção conjunta através de uma empresa comum⁽³⁶⁾, ou seja, através de uma empresa controlada conjuntamente que explore uma ou várias instalações de produção, ou através de acordos de especialização ou de subcontratação, através dos quais uma parte acorda em realizar a produção de um determinado produto.
79. Em geral, podem distinguir-se três categorias de acordos de produção: acordos de produção conjunta, através dos quais as partes acordam em produzir determinados produtos em conjunto (unilaterais ou recíprocos); acordos de especialização, através dos quais as partes acordam, unilateral ou reciprocamente, em cessar a produção de um produto e comprá-lo à outra parte; e acordos de subcontratação, através dos quais uma parte (o «contratante») confia a uma outra parte (o «contratado») o fabrico de um produto.
80. Os acordos de subcontratação são acordos verticais. Por conseguinte, na medida em que incluam restrições da concorrência, são abrangidos pela isenção por categoria e pelas orientações relativas às restrições verticais. Existem contudo duas excepções a esta regra: os acordos de subcontratação entre concorrentes⁽³⁷⁾ e os acordos de subcontratação entre não concorrentes que envolvam a transferência de saber-fazer para o contratado⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Tal como referido anteriormente, as empresas comuns abrangidas pelo artigo 57.º do Acordo EEE não são objecto das presentes orientações. As empresas comuns de pleno exercício que não atinjam uma dimensão comunitária ou uma dimensão EFTA são normalmente tratadas pelas autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados do EEE. A aplicação do capítulo II do Protocolo 4 ao Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal apenas poderia ser relevante se essa empresa comum de pleno exercício provocasse uma restrição da concorrência resultante da coordenação das empresas-mãe fora da empresa comum («efeitos secundários»). Relativamente a este aspecto, a Comissão Europeia declarou que deixará tanto quanto possível a apreciação dessas operações aos Estados-Membros da União Europeia [ver Declaração para a Acta do Conselho relativa ao Regulamento (CE) n.º 1310/97, ponto 4]. O Órgão de Fiscalização da EFTA aplicará os mesmos princípios relativamente aos Estados da EFTA.

⁽³⁷⁾ N.º 4 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa às restrições verticais.

⁽³⁸⁾ N.º 3 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa às restrições verticais. Ver igualmente as orientações relativas às restrições verticais, ponto 33, que refere que os acordos de subcontratação entre não concorrentes, segundo os quais o comprador fornece apenas ao fornecedor especificações que descrevem os bens ou serviços a fornecer, são abrangidos pela isenção por categoria relativa às restrições verticais.

81. Os acordos de subcontratação entre concorrentes são abrangidos pelas presentes orientações⁽³⁹⁾. São fornecidas directrizes, numa comunicação separada, para a apreciação dos acordos de subcontratação entre não concorrentes que envolvam a transferência de saber-fazer para o contratado⁽⁴⁰⁾.

3.2. Mercados relevantes

82. Para poder avaliar as relações de concorrência entre os participantes na cooperação, há em primeiro lugar que definir o(s) mercado(s) do produto e geográfico relevante(s) directamente em causa na cooperação [isto é, o(s) mercado(s) a que pertencem os produtos abrangidos pelo acordo]. Por outro lado, um acordo de produção num mercado pode também afectar o comportamento concorrencial das partes num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado, ou num mercado vizinho estreitamente ligado ao mercado directamente em causa na cooperação⁽⁴¹⁾ (é o que se entende por «mercados secundários»). Todavia, só podem existir efeitos secundários se a cooperação num mercado der inevitavelmente origem à coordenação do comportamento concorrencial num outro mercado, por outras palavras, se os mercados forem interdependentes e se as partes detiverem uma forte posição no mercado secundário.

3.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

3.3.1. Natureza do acordo

83. A principal fonte dos problemas de concorrência que podem resultar de acordos de produção é a coordenação do comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores. Este tipo de problema de concorrência coloca-se quando os participantes na cooperação são concorrentes efectivos ou potenciais em pelo menos um dos mercados relevantes, ou seja, nos mercados directamente em causa na cooperação e/ou nos eventuais mercados secundários.

⁽³⁹⁾ Se um acordo de subcontratação entre concorrentes determinar que o contratante cessará a produção do produto a que o acordo diz respeito, o acordo constitui um acordo de especialização unilateral abrangido, mediante certas condições, pela isenção por categoria relativa à especialização.

⁽⁴⁰⁾ Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE, JO L 153 de 18.6.1994, p. 30 e Suplemento EEE ao JO 15 de 18.6.1994, p. 29.

⁽⁴¹⁾ Também referido no n.º 4 do artigo 2.º do acto referido no ponto 1 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (JO L 395 de 30.12.1989, p. 1. Versão corrigida no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 (JO L 180 de 9.7.1997, p. 1), o Regulamento das Concentrações].

84. O facto de as partes serem concorrentes não conduz automaticamente a uma coordenação do seu comportamento. Para além disso, é necessário que a cooperação entre as partes diga respeito a uma grande parte das suas actividades para que a partilha dos custos atinja proporções importantes. Quanto mais importante for a parte dos custos em comum, maior é o risco de limitação da concorrência através dos preços, em especial no caso de produtos homogéneos.
85. Além dos problemas de coordenação, os acordos de produção podem criar também problemas de exclusão e outros efeitos negativos a terceiros. Não são provocados por uma relação de concorrência entre as partes, mas por uma posição de mercado forte de pelo menos uma das partes (por exemplo, num mercado a montante de uma componente-chave, que permite às partes aumentarem os custos dos seus concorrentes num mercado a jusante), no contexto de uma relação mais vertical ou complementar entre as partes cooperantes. Por conseguinte, a possibilidade de exclusão necessita de ser principalmente analisada no caso de produção conjunta de uma importante componente e no caso de acordos de subcontratação (ver *infra*).
- 3.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º
86. A não ser que surjam problemas de exclusão, os acordos de produção entre empresas não concorrentes não são normalmente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º Esta observação é igualmente válida para os acordos que prevêem que bens intermédios ou componentes, que eram até então fabricados tendo em vista o autoconsumo (produção cativa), passam a ser comprados a um terceiro através de subcontratação ou de especialização unilateral, a menos que certos elementos indiquem que a empresa que até então produzia apenas para consumo próprio tenha podido penetrar no mercado das vendas a terceiros sem suportar qualquer custo ou risco suplementar elevado, em resposta a variações reduzidas, mas permanentes, dos preços relativos.
87. Mesmo os acordos de produção entre concorrentes não são necessariamente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º Por um lado, com efeito, a cooperação entre empresas concorrentes em mercados estreitamente associados ao mercado directamente em causa nessa cooperação não poderá ser acusada de restringir a concorrência se constituir a única forma possível, em termos comerciais, de entrar num novo mercado, lançar um novo produto ou serviço ou realizar um determinado projecto.
88. Em segundo lugar, é muito improvável que esta cooperação afecte o comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores no mercado, se apenas partilharem uma pequena parte dos seus custos totais. Pode por exemplo pressupor-se que os custos totais partilhados são limitados se duas ou várias empresas acordarem na especialização ou produção em comum de um produto intermédio que representa apenas uma parte reduzida dos custos de produção do produto final e, por conseguinte, dos custos totais. O mesmo se aplica a um acordo de subcontratação entre concorrentes, em que o factor de produção que um concorrente adquire ao outro representa apenas uma pequena parte dos custos de produção do produto final. Os custos totais partilhados serão também limitados quando as partes fabricam em comum um produto final, mas esta produção conjunta constitui apenas uma parte reduzida da produção total desse produto final. Ainda que a parte da produção conjunta seja elevada, a proporção dos custos totais partilhados pode ser reduzida ou moderada se a cooperação incidir sobre produtos heterogéneos que exigem acções comerciais dispendiosas.
89. Em terceiro lugar, os acordos de subcontratação entre concorrentes não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, se se limitarem a vendas e compras individuais no mercado comercial, sem quaisquer outras obrigações e sem fazer parte de uma relação comercial mais vasta entre as partes ⁽⁴²⁾.
- 3.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º
90. Os acordos que fixam os preços dos fornecimentos das partes no mercado, limitam a produção ou repartem os mercados ou grupos de clientes têm por objecto restringir a concorrência e são quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º Tal não é contudo aplicável aos casos:
- em que as partes fixam a produção directamente abrangida pelo acordo de produção (por exemplo, a capacidade e o volume de produção de uma empresa comum, ou um volume acordado de produtos subcontratados), ou
 - em que uma empresa comum de produção, que também procede à distribuição dos produtos transformados, fixa os preços de venda destes produtos, desde que a fixação dos preços pela empresa comum resulte da integração dessas diversas funções ⁽⁴³⁾.
- ⁽⁴²⁾ Tal como qualquer acordo de subcontratação, esse acordo pode contudo ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, fixação do preço de revenda, etc.
- ⁽⁴³⁾ Uma empresa comum de produção que assegura igualmente a distribuição comum é contudo, a maior parte das vezes, uma empresa comum de pleno exercício.

Nestes dois cenários, o acordo relativo à produção ou aos preços não será apreciado separadamente, mas à luz dos efeitos globais da empresa comum no mercado a fim de determinar a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 53.º

3.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

91. Os acordos de produção que não podem ser considerados acordos manifestamente restritivos ou não restritivos com base nos critérios enunciados anteriormente, podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º⁽⁴⁴⁾ e devem ser analisados no seu contexto económico. Esta observação é aplicável aos acordos de cooperação entre concorrentes que dão origem a uma partilha dos custos importante, mas não implicam qualquer das restrições graves mencionadas *supra*.

3.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

92. O ponto de partida da análise é a posição das partes no ou nos mercados em causa. Tal deve-se ao facto de, na ausência de poder de mercado, as partes num acordo de produção não terem incentivo para coordenar o seu comportamento concorrencial enquanto fornecedores. Por outro lado, não existem efeitos sobre a concorrência no mercado se as partes não dispuserem de qualquer poder de mercado, ainda que coordenem o seu comportamento.

93. Não existe qualquer limiar absoluto de quota de mercado que indique que um acordo de produção gera um certo grau de poder de mercado, sendo por conseguinte abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 53.º Contudo, os acordos que prevêem uma especialização unilateral ou recíproca, bem como os acordos de produção conjunta, estão isentos por categoria, desde que sejam concluídos entre partes cuja quota de mercado cumulada não seja superior a 20 % no(s) mercado(s) relevante(s) e desde que estejam preenchidas as outras condições de aplicação da isenção por categoria relativa à especialização. Por conseguinte, no que diz respeito a acordos abrangidos pela isenção por categoria relativa à especialização, os efeitos restritivos só têm de ser analisados se a quota de mercado cumulada das partes ultrapassar 20 %.

94. Os acordos não abrangidos pela isenção por categoria relativa à especialização exigem uma análise mais aprofundada. O ponto de partida da análise é a posição das partes no mercado, antes de passar ao cálculo do índice de concentração e do número de empresas existentes no mercado, bem como à análise dos outros factores referidos no capítulo 1.

⁽⁴⁴⁾ Nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º do capítulo II do Protocolo 4 ao Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, os acordos que têm exclusivamente por objecto a especialização no fabrico de produtos não necessitam, em certas condições, de ser notificados ao Órgão de Fiscalização EFTA. Podem, contudo, ser notificados.

95. Habitualmente, a análise envolverá apenas o ou os mercados relevantes directamente objecto da cooperação. Em certas circunstâncias, por exemplo se a posição cumulada das partes é muito forte nos mercados a montante ou a jusante ou nos mercados estreitamente associados, através de outros aspectos, aos mercados directamente abrangidos pela cooperação, esses mercados secundários poderão contudo ter de ser igualmente analisados. Tal é válido em particular para uma cooperação em mercados a montante entre empresas que dispõem já, em conjunto, de uma forte posição em mercados a jusante. Do mesmo modo, poderá ser necessário analisar os problemas de exclusão se as partes individualmente tiverem uma posição forte, enquanto fornecedores ou compradores de um factor de produção.

Posição das partes no mercado, índice de concentração, número de empresas e outros factores estruturais

96. Se a quota de mercado cumulada das partes ultrapassar 20 %, devem ser avaliados os efeitos prováveis do acordo de produção no mercado. Quanto a este aspecto, o índice de concentração no mercado, bem como as quotas de mercado, constituem elementos importantes. Quanto mais elevada for a quota de mercado cumulada das partes mais concentrado é o mercado em causa. Contudo, uma quota de mercado ligeiramente superior ao limiar autorizado pela isenção por categoria relativa à especialização não implica necessariamente que o índice de concentração seja elevado. Por exemplo, uma quota de mercado cumulada das partes ligeiramente superior a 20 % pode ocorrer num mercado moderadamente concentrado [IHH inferior a 1 800⁽⁴⁵⁾]. Num tal cenário, os efeitos restritivos são improváveis. Num mercado mais concentrado, em contrapartida, uma quota de mercado que ultrapassasse 20 % será susceptível, juntamente com outros elementos, de dar origem a uma restrição da concorrência (ver igualmente o exemplo 1 *infra*). A conclusão pode contudo ser diferente se o mercado for muito dinâmico, devido à entrada de novos concorrentes e às frequentes oscilações das posições no mercado.

97. No que diz respeito à produção conjunta, os efeitos de rede, ou seja as ligações entre um grande número de concorrentes, podem igualmente desempenhar um papel importante. Num mercado concentrado, a criação de uma relação suplementar pode perturbar o equilíbrio e possibilitar uma colusão, ainda que as partes tenham uma quota de mercado cumulada elevada, mas ainda moderada (ver o exemplo 2 *infra*).

98. Em certos casos, a cooperação entre concorrentes potenciais pode também colocar problemas de concorrência. Contudo, trata-se apenas dos casos em que uma empresa

⁽⁴⁵⁾ Ver ponto 29.

com grande poder no mercado coopera com um novo candidato potencial realista, por exemplo, um forte fornecedor do mesmo produto ou serviço num mercado geográfico vizinho. A redução da concorrência potencial suscita problemas específicos se a concorrência efectiva for já reduzida e se o risco de entrada de novos concorrentes constituir um factor essencial da concorrência.

Cooperação nos mercados a montante

99. A produção conjunta de uma componente importante ou de outros bens intermédios que entram na composição do produto final fabricado pelas partes pode dar origem a efeitos negativos no mercado em determinadas circunstâncias:

- problemas de exclusão (ver exemplo 3 *infra*), desde que as partes disponham de uma forte posição no mercado relevante do produto intermédio (utilização não cativa) e que não se verifique a passagem de uma utilização cativa para uma utilização não cativa em caso de aumento reduzido mas permanente dos preços relativos do produto em questão,
- efeitos secundários (ver exemplo 4 *infra*), desde que o produto intermédio represente um elemento de custo importante e que as partes tenham uma forte posição no mercado a jusante do produto final.

Acordos de subcontratação entre concorrentes

100. Podem surgir problemas semelhantes se um concorrente subcontratar uma componente importante ou outro produto intermédio do seu produto final junto de um concorrente. Esta situação pode conduzir também a:

- problemas de exclusão desde que as partes disponham de uma forte posição como fornecedores ou compradores no mercado relevante do produto intermédio (uso não cativo). A subcontratação poderia então impedir que outros concorrentes obtivessem o produto intermédio a um preço competitivo ou a que outros concorrentes não pudessem fornecer o produto intermédio a um nível competitivo se perdessem uma grande parte da sua procura,
- efeitos secundários, desde que o produto intermédio represente um elemento de custo importante e que as partes tenham uma forte posição no mercado a jusante do produto final.

Acordos de especialização

101. Os acordos recíprocos de especialização entre partes cujas quotas de mercado ultrapassam o limiar previsto na isenção por categoria são quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, devendo ser examinados com atenção devido ao risco de repartição dos mercados (ver exemplo 5 *infra*).

3.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º

3.4.1. *Vantagens económicas*

102. Pode presumir-se que a maior parte dos tipos comuns de acordos de produção dá origem a algumas vantagens económicas sob a forma de economias de escala ou de dimensão ou de melhores tecnologias de produção, a não ser que sejam um instrumento de fixação dos preços, de restrição da produção ou de repartição do mercado e dos clientes. Nestas circunstâncias, afigura-se razoável prever a isenção dos acordos que dão origem a uma restrição da concorrência até um limiar de quota de mercado, abaixo do qual se pode, para efeitos de aplicação do n.º 3 do artigo 53.º, em geral, presumir que os efeitos positivos dos acordos de investigação e desenvolvimento compensaram quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência. Por conseguinte, os acordos relativos à especialização unilateral ou recíproca, bem como à produção conjunta estão isentos por categoria (isenção por categoria relativa à especialização), desde que não contenham restrições graves (ver artigo 5.º) e que sejam concluídos entre partes com uma quota de mercado cumulada que não exceda 20 % no(s) mercado(s) relevante(s).

103. Quanto aos acordos não abrangidos pela isenção por categoria, as partes devem comprovar que deles resulta uma melhoria da produção ou outros ganhos de eficiência. Os ganhos de eficiência de que apenas beneficiam as partes ou as economias que resultam de uma redução da produção ou da repartição dos mercados não poderão ser tomados em consideração.

3.4.2. *Carácter indispensável*

104. As restrições que ultrapassam o que é necessário para atingir as vantagens económicas descritas anteriormente não são aceitáveis. Por exemplo, o comportamento concorrencial das partes não deverá ser limitado no que diz respeito à produção não abrangida pela cooperação.

3.4.3. *Não eliminação da concorrência*

105. Não será possível qualquer isenção se for dada a possibilidade às partes de eliminarem a concorrência

numa parte substancial dos produtos em causa. Se, em consequência de um acordo de produção, uma empresa for dominante ou se tornar dominante, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 53.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção. Esta situação deve ser analisada no mercado relevante a que pertencem os produtos abrangidos pela cooperação e nos eventuais mercados secundários.

3.5. Exemplos

Produção conjunta

106. Os dois exemplos que se seguem dizem respeito a casos hipotéticos que suscitam problemas de concorrência no mercado relevante a que pertencem os produtos fabricados em comum.

107. Exemplo n.º 1:

Hipótese: dois fornecedores, A e B, de um produto químico de base X decidem construir uma nova unidade de produção, cujo controlo confiam a uma empresa comum. Esta unidade assegurará aproximadamente 50 % da sua produção total. X é um produto homogéneo, que não pode ser substituído por qualquer outro produto, ou seja, que constitui por si só um mercado relevante. O mercado está relativamente estagnado. As partes não aumentarão significativamente a sua produção total, mas encerrarão duas antigas unidades cujas capacidades transferirão para a nova unidade. A e B têm ambas uma quota de mercado de 20 %. Encontram-se presentes no mercado três outros grandes fornecedores, cada um com uma quota de 10 % a 15 %, e vários outros pequenos fornecedores.

Análise: é provável que esta empresa comum afecte o comportamento concorrencial das partes, uma vez que a coordenação lhes conferirá um poder considerável no mercado, ou mesmo uma posição dominante. São prováveis graves efeitos restritivos. Num tal cenário, são improváveis ganhos de eficiência susceptíveis de compensar estes efeitos, uma vez que não se prevê qualquer aumento significativo da produção.

108. Exemplo n.º 2:

Hipótese: dois fornecedores, A e B, criam uma empresa comum de produção no mesmo mercado relevante do exemplo 1. A empresa comum assegura também 50 % da produção total das partes. A e B detêm uma quota de mercado de 15 % cada; o mercado conta com três outras empresas: C, com uma quota de mercado de 30 %, D, com 25 % e E, com 15 %. B criou já uma unidade de produção conjunta com E.

Análise: neste caso, o mercado caracteriza-se pela existência de um número muito reduzido de empresas e por estruturas bastante simétricas. A empresa comum cria uma relação suplementar entre as empresas. A coordenação entre A e B aumentaria, de facto, a concentração, ligando também E a A e B. Esta cooperação é susceptível de provocar um grave efeito de restrição e — tal como no exemplo 1 — não são de esperar elevados ganhos de eficiência.

109. O exemplo 3 diz igualmente respeito ao mercado relevante a que pertencem os produtos fabricados em comum, mas demonstra a importância de outros critérios que não a quota de mercado (neste exemplo: passagem de uma produção cativa para uma produção não cativa).

110. Exemplo n.º 3:

Hipótese: A e B constituem uma empresa comum de produção para o fabrico de um produto intermédio X, através de uma reestruturação das suas actuais unidades. A empresa comum vende X exclusivamente a A e B. Produz 40 % da produção total de A no que se refere a X e 50 % da produção total de B. A e B são utilizadores cativos do produto X e são igualmente fornecedores no mercado não cativo. A quota de A na produção total de X em todo o sector é de 10 %, a de B, de 20 % e a da empresa comum de 14 %. No mercado não cativo, todavia, A e B detêm uma quota de mercado de 25 % e 35 %, respectivamente.

Análise: apesar da forte posição das partes no mercado não cativo, a cooperação pode não eliminar a concorrência efectiva no mercado do produto X, se os custos de passagem da utilização cativa para a utilização não cativa forem reduzidos.

No entanto, os efeitos da quota de mercado elevada (60 %) só podem ser compensados se a passagem de uma utilização para outra for muito rápida. Caso contrário, esta empresa comum de produção levanta graves problemas de concorrência que não poderão ser neutralizados mesmo através de vantagens económicas importantes.

111. O exemplo 4 incide sobre uma cooperação que diz respeito a um produto intermédio importante com efeitos secundários num mercado a jusante.

112. Exemplo n.º 4:

Hipótese: A e B constituem uma empresa comum de produção para o fabrico de um produto intermédio X. Encerrarão as suas próprias fábricas, que têm vindo a produzir X e irão satisfazer as suas necessidades de X exclusivamente a partir da empresa comum. O produto

intermédio representa 50 % dos custos totais do produto final Y. A e B têm, cada uma, uma quota de mercado de 20 % no mercado relativo a Y. O mercado conta com dois outros grandes fornecedores do produto Y, cada um com uma quota de 15 % do mercado, e vários pequenos concorrentes.

Análise: neste exemplo, os custos em comum são elevados. Além disso, as partes obteriam um maior poder de mercado através da coordenação do seu comportamento no mercado Y. O caso suscita problemas de concorrência e a apreciação afigura-se praticamente idêntica à do exemplo 1, embora neste caso a cooperação se verifique num mercado a montante.

Especialização recíproca

113. Exemplo n.º 5:

Hipótese: A e B fabricam e fornecem ambos os produtos homogéneos X e Y, que pertencem a mercados distintos. A quota de mercado de A no que diz respeito ao produto X é de 28 % e ao produto Y é de 10 %. A quota de B no mercado do produto X é de 10 %, contra 30 % no mercado do produto Y. Para obterem economias de escala, concluem um acordo de especialização recíproca, nos termos do qual a empresa A passará, no futuro, apenas a produzir X e a empresa B apenas Y. Concordam ambas em realizar fornecimentos cruzados, permanecendo assim ambas no mercado como fornecedores. Dada a homogeneidade dos produtos, os custos de distribuição são muito reduzidos. Os mercados contam com dois outros fabricantes, fornecedores dos produtos X e Y, com quotas de mercado próximas dos 15 % cada um, tendo os outros fornecedores quotas de mercado compreendidas entre 5 % e 10 %.

Análise: os custos em comum são extremamente elevados. Apenas os custos de distribuição permanecem separados, mas são relativamente reduzidos. Por conseguinte, a margem para a concorrência é reduzida. As partes obteriam um maior poder de mercado através da coordenação do seu comportamento nos mercados relativos a X e Y. Além disso, é provável que os fornecimentos de Y por parte da empresa A e de X por parte da empresa B diminuam ao longo do tempo. Este exemplo coloca problemas de concorrência que não são susceptíveis de ser compensados pelas economias de escala.

O cenário poderia ser diferente se os produtos X e Y fossem heterogéneos e se os custos de comercialização e de distribuição representassem uma parte muito importante (por exemplo, 65 % a 70 % dos custos totais). Se, para além disso, a oferta de uma gama completa destes produtos diferenciados constituísse uma condição para o êxito da concorrência, a retirada de uma ou de várias partes enquanto fornecedores do produto X e/ou do produto Y seria pouco provável. Num tal cenário, os critérios a cumprir para beneficiar de uma isenção poderiam estar satisfeitos (desde que as economias de escala sejam importantes), apesar das quotas de mercado elevadas.

Subcontratação entre concorrentes

114. Exemplo n.º 6:

Hipótese: A e B são concorrentes no mercado do produto final X. A tem um quota de mercado de 15 % e B de 20 %. Ambos produzem também o produto intermédio Y, que é um factor na produção de X, mas que é igualmente utilizado para fabricar outros produtos. Representa 10 % do custo de X. A empresa A apenas produz Y para consumo interno, enquanto a empresa B vende também Y a outros clientes. A sua quota de mercado do produto Y é de 10 %. A e B concluem um acordo de subcontratação, segundo o qual A adquirirá 60 % das suas necessidades de Y junto de B. Continuará a produzir internamente 40 % das suas necessidades, a fim de não perder o saber-fazer relacionado com a produção de Y.

Análise: Uma vez que A só produziu Y para consumo interno, há que analisar em primeiro lugar se A é um candidato potencial efectivo à entrada no mercado das vendas de Y a terceiros. Se tal não acontecer, o acordo não provoca restrições de concorrência no que se refere ao produto Y. É também improvável que se verifiquem efeitos secundários no mercado relativo a X, dado o nível elevado de custos em comum decorrente do acordo.

Se A viesse a ser considerado um candidato potencial efectivo à entrada no mercado das vendas de Y a terceiros, a posição de B no mercado de Y devia ser tomada em consideração. Uma vez que a quota de mercado de B é bastante reduzida, o resultado da análise não será afectado.

4. ACORDOS DE COMPRA

4.1. Definições

115. O presente capítulo trata dos acordos que dizem respeito às compras de produtos em comum. Este tipo de compras pode realizar-se através de uma empresa controlada conjuntamente, através de uma empresa em que um grande número de empresas detém uma pequena participação, através de um acordo contratual ou ainda através de uma forma de cooperação mais flexível.

116. Os acordos de compra são frequentemente concluídos por pequenas e médias empresas, a fim de lhes permitir alcançar volumes e obter reduções semelhantes às dos seus concorrentes de maior dimensão. Estes acordos entre PME são, por conseguinte, geralmente favoráveis à concorrência. Ainda que criem um certo poder de mercado, tal poderá ser compensado pelas economias de escala realizadas, se as partes agruparem verdadeiramente as quantidades que compram.

117. As compras em comum podem basear-se tanto em acordos horizontais como verticais. Nestes casos, é necessária uma análise em duas fases. Em primeiro lugar, os acordos horizontais devem ser apreciados segundo os princípios descritos nas presentes orientações. Se esta apreciação conduzir à conclusão de que uma cooperação entre concorrentes na área das compras é aceitável, será necessária uma outra apreciação a fim de examinar os acordos verticais concluídos com fornecedores ou vendedores individuais. Esta última apreciação basear-se-á nas regras da isenção por categoria e nas orientações relativas às restrições verticais ⁽⁴⁶⁾.

118. Uma associação constituída por um grupo de retalhistas para a compra em comum de produtos poderá constituir um exemplo desta situação. Os acordos horizontais concluídos entre os membros da associação ou as decisões adoptadas pela associação devem ser apreciados em primeiro lugar enquanto acordos horizontais, à luz das presentes orientações. Só se esta apreciação for favorável, é que se torna relevante apreciar os acordos verticais entre a associação e os membros individuais ou entre a associação e os fornecedores. Estes acordos são rígidos, até certo ponto, pela isenção por categoria relativa às restrições verticais ⁽⁴⁷⁾. Os acordos não abrangidos por esta isenção não serão, à partida, considerados ilegais, mas podem exigir um exame individual.

4.2. Mercados relevantes

119. Podem ser afectados pelas compras em comum dois mercados: em primeiro lugar, o ou os mercados directamente abrangidos pela cooperação, isto é, o(s) mercado(s) de compras relevantes. Em segundo lugar, o(s) mercado(s) de venda, isto é, os mercados a jusante onde as partes no acordo de compra em comum operam enquanto vendedores.

120. A definição dos mercados de compra relevantes segue os princípios constantes da comunicação do Órgão de Fiscalização relativa à definição de mercado relevante e baseia-se no conceito de substituíbilidade, a fim de identificar as restrições concorrenciais. A única diferença em relação à definição dos «mercados de venda» consiste no facto de a substituíbilidade dever ser definida do ponto de vista da oferta e não da procura. Por outras palavras, as alternativas de que dispõem os fornecedores são determinantes para identificar as restrições con-

correnciais que se exercem sobre os compradores. Estas poderiam, por exemplo, ser analisadas examinando a reacção dos fornecedores a uma *diminuição* dos preços reduzida, mas duradoura. Uma vez definido o mercado, a quota de mercado detida será então igual à percentagem que as compras das partes em causa representam em relação às vendas totais do produto ou do serviço comprado no mercado relevante.

121. Exemplo n.º 1:

Um grupo de construtores de automóveis acorda em comprar em conjunto o produto X. As suas compras combinadas de X elevam-se a 15 unidades. O conjunto das vendas de X a construtores de automóveis representa 50 unidades. Contudo, X é igualmente vendido a fabricantes de outros produtos que não veículos automóveis. A totalidade das vendas de X representa 100 unidades. Nesse caso, a quota de mercado (de compra) do grupo é de 15 %.

122. Se, além disso, as partes são concorrentes num ou em vários mercados de vendas, estes são igualmente considerados mercados relevantes para efeitos da apreciação. É mais provável que se produzam restrições da concorrência nestes mercados se as partes conseguirem obter um certo poder de mercado, coordenando o seu comportamento e se partilharem uma parte substancial dos seus custos totais. É por exemplo o que acontece quando retalhistas que operam no ou nos mesmos mercados retalhistas relevantes compram em conjunto quantidades importantes dos produtos que propõem para revenda. O mesmo pode acontecer se fabricantes e vendedores concorrentes de um produto final se agrupam para comprar em conjunto uma parte importante dos seus bens intermédios. Os mercados de vendas devem ser definidos aplicando a metodologia descrita na comunicação do Órgão de Fiscalização relativa à definição de mercado relevante.

4.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

4.3.1. Natureza do acordo

4.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

123. Por definição, os acordos de compras em comum são concluídos entre empresas que são pelo menos concorrentes nos mercados de compras. Contudo, se existir cooperação entre compradores concorrentes que não operam no mesmo mercado relevante a jusante (por exemplo, retalhistas que operam em mercados geográficos diferentes e que não podem por conseguinte ser considerados concorrentes potenciais efectivos), o n.º 1 do artigo 53.º será raramente aplicável, a menos que as partes beneficiem de uma posição muito forte nos mercados de compras, que podiam utilizar para prejudicar a posição competitiva de outros operadores nos respectivos mercados de vendas.

⁽⁴⁶⁾ Ver orientações relativas às restrições verticais, ponto 29.

⁽⁴⁷⁾ N.º 2 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa às restrições verticais.

4.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

124. Os acordos de compra só são, por natureza, abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º quando a cooperação não incide verdadeiramente nas compras em comum, mas é utilizada como instrumento para um cartel dissimulado, isto é, para práticas normalmente proibidas, como a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados.

4.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

125. A maior parte dos acordos de compra devem ser analisados em função do seu contexto jurídico e económico. A análise deve incidir simultaneamente sobre os mercados de compras e sobre os mercados de vendas.

4.3.2. *Poder de mercado e estruturas dos mercados*

126. O ponto de partida da análise é o exame do poder de compra das partes. Pode pressupor-se que existe poder de compra quando um acordo de compra incide sobre uma parte suficientemente importante do volume total de um mercado de compras, de tal forma que os preços podem ser reduzidos abaixo do nível em que existe concorrência, ou o acesso ao mercado encerrado a compradores concorrentes. Um forte poder de compra face a fornecedores num determinado mercado, pode dar origem a perdas de eficiência, por exemplo, uma redução da qualidade, uma diminuição dos esforços de inovação ou, finalmente, uma limitação da oferta. Contudo, uma das principais preocupações suscitadas pelo poder de compra é o facto de a redução dos preços não ser repercutida nos clientes a jusante e poder dar origem a um aumento dos custos para os concorrentes dos compradores nos mercados de venda, uma vez que os fornecedores tentarão compensar as reduções de preços concedidas a um grupo de clientes, aumentando os preços facturados aos outros clientes, ou os concorrentes terão menos acesso a fornecedores eficientes. Por conseguinte, os mercados de compra e de venda caracterizam-se por um certo número de relações de interdependência, que serão seguidamente referidas.

Relações de interdependência entre o(s) mercado(s) de compra e de venda

127. A cooperação entre compradores concorrentes pode reduzir significativamente a concorrência, criando poder de compra. Embora o poder de compra se possa traduzir por uma redução dos preços no consumo, nem sempre é favorável à concorrência, podendo mesmo, em certas circunstâncias, ter graves repercussões negativas.

128. Em primeiro lugar, uma redução dos custos de compra resultante do exercício de poder de compra não pode ser considerada favorável à concorrência se os compradores,

considerados no seu conjunto, puderem exercer um certo poder nos mercados de venda. Nesse caso, as economias realizadas a nível dos custos não serão provavelmente repercutidas nos consumidores. Quanto maior for o poder conjunto das partes nos mercados em que vendem os seus produtos, maiores serão os incentivos para coordenarem o seu comportamento enquanto vendedores. Tal poderá ser ainda mais fácil se conseguirem partilhar uma grande parte dos seus custos através de compras em comum. Se, por exemplo, um grupo de retalhistas importante comprar em conjunto uma grande parte dos seus produtos, poderão partilhar uma parte importante dos seus custos. Os efeitos negativos das compras em comum podem por conseguinte ser muito semelhantes aos da produção conjunta.

129. Em segundo lugar, a utilização do poder de compra nos mercados de venda para impedir a entrada de concorrentes ou aumentar os custos dos rivais pode criar ou reforçar o poder exercido. Se um grupo de clientes possuir um forte poder de compra, tal pode conduzir à exclusão de compradores concorrentes, limitando o seu acesso a fornecedores eficientes. Pode igualmente dar origem a um aumento dos custos para os seus concorrentes, na medida em que os fornecedores tentarão recuperar as reduções de preços concedidas a um grupo de clientes aumentando os preços facturados a outros clientes (por exemplo, discriminações em matéria de descontos exercidas pelos fornecedores dos retalhistas). Todavia, tal só será possível se os fornecedores do mercado de compra possuírem igualmente um certo poder de mercado. Em ambos os casos, a concorrência nos mercados de venda pode ser ainda mais limitada pelo poder de compra.

130. Não existe um limiar absoluto que indique quando é que uma cooperação no domínio das compras cria um certo grau de poder de mercado, sendo assim abrangida pelo n.º 1 do artigo 53.º Contudo, na maior parte dos casos, é pouco provável que exista poder de mercado se as partes no acordo tiverem uma quota de mercado cumulada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de compra, bem como uma quota de mercado cumulada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de venda. De qualquer modo, a esse nível de quota de mercado, é provável que o acordo em questão preencha as condições previstas no n.º 3 do artigo 53.º, mencionadas *infra*.

131. Uma quota de mercado superior a este limiar não indica automaticamente que a cooperação tem efeitos negativos no mercado, mas será necessária uma apreciação mais aprofundada do impacto de um acordo de compra em comum no mercado, incidindo nomeadamente em factores tais como a concentração do mercado e a existência eventual de um poder de reacção a nível dos fornecedores mais importantes. Os acordos de compra em comum que reúnem partes que possuem uma quota de mercado cumulada claramente superior a 15 % num mercado concentrado são susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º e as partes deverão demonstrar que os ganhos de eficiência podem compensar os seus efeitos restritivos.

4.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º

4.4.1. Vantagens económicas

132. Os acordos de compra podem dar origem a vantagens económicas, tais como economias de escala a nível das encomendas ou dos transportes, que podem compensar os efeitos restritivos. Se as partes possuírem, em conjunto, um poder de compra ou de venda importante, a questão dos ganhos de eficiência deverá ser analisada cuidadosamente. As economias de custos realizadas, decorrentes do simples exercício do poder de compra e que não beneficiam os consumidores não podem ser tomadas em consideração.

4.4.2. Carácter indispensável

133. Os acordos de compra não podem ser isentos se impuserem restrições não indispensáveis à realização das vantagens mencionadas *supra*. A obrigação de comprar unicamente no âmbito do acordo de cooperação pode, em certos casos, revelar-se indispensável para atingir o volume necessário à realização de economias de escala. No entanto, uma tal obrigação deve ser apreciada no contexto de cada caso tratado.

4.4.3. Não eliminação da concorrência

134. Não será possível qualquer isenção se for dada às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa. Esta apreciação deve incidir simultaneamente sobre os mercados de compra e sobre os mercados de venda. As quotas de mercado cumuladas das partes podem ser tomadas como ponto de partida. Seguidamente, será necessário avaliar se essas quotas de mercado indicam a existência de uma posição dominante e se existem factores atenuantes, tais como um poder de reacção dos fornecedores nos mercados de compra ou possibilidades de entrada nos mercados de venda. Se, em consequência de um acordo de compra, uma empresa for dominante ou se tornar dominante quer no mercado de compra quer no mercado de venda, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 53.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção.

4.5. Exemplos

135. Exemplo n.º 2:

Hipótese: dois produtores, A e B, decidem adquirir em conjunto a componente X. São concorrentes no respectivo mercado de venda. As suas compras representam em conjunto 35 % das vendas totais de X no EEE, que se pressupõe ser o mercado geográfico relevante. Existem seis outros fabricantes (concorrentes de A e B no seu mercado de vendas), que representam os 65 %

restantes do mercado de compra; um deles possui 25 % desse mercado e cada um dos outros uma parte muito menos importante. A oferta é relativamente concentrada, com seis fornecedores do componente X, dos quais dois possuem 30 % do mercado cada um e os outros entre 10 % e 15 % (IHH de 2 300-2 500). No seu mercado de venda, A e B possuem uma quota de mercado cumulada de 35 %.

Análise: devido ao poder de que as partes dispõem no seu mercado de venda, as vantagens das economias de custos podem não ser repercutidas nos consumidores finais. Para além disso, as compras em comum das partes são susceptíveis de dar origem a um aumento dos custos dos seus concorrentes de menor dimensão, uma vez que os dois fornecedores mais importantes recuperarão provavelmente as reduções de preços concedidas ao grupo, aumentando os preços dos clientes menos importantes. Tal pode dar origem a um reforço da concentração no mercado a jusante. Para além disso, a cooperação pode causar uma concentração mais acentuada a nível dos fornecedores, na medida em que os mais fracos, que trabalham talvez já a um nível próximo ou inferior do nível optimizado mínimo, correm o risco de serem eliminados do mercado se não conseguirem reduzir ainda mais os seus preços. Um tal caso dará provavelmente origem a uma restrição significativa da concorrência, que poderá não ser compensada pelos ganhos de eficiência susceptíveis de serem realizados através do agrupamento dos volumes.

136. Exemplo n.º 3:

Hipótese: 150 pequenos retalhistas concluem um acordo para constituir um agrupamento de compras. São obrigados a comprar um volume mínimo através do agrupamento, o que equivale a cerca de 50 % dos custos totais de cada retalhista. Podem comprar mais do que o volume mínimo através do agrupamento, e podem igualmente abastecer-se fora deste. Possuem uma quota de mercado cumulada de 20 %, quer no mercado de compra, quer no mercado de venda. A e B são os seus maiores concorrentes. A possui 25 % em cada um dos mercados relevantes e B 35 %. Os outros concorrentes mais pequenos constituíram igualmente um agrupamento de compras. Os 150 retalhistas realizam economias, efectuando em comum a compra de quantidades importantes, bem como as operações associadas às compras.

Análise: Os retalhistas podem conseguir um nível elevado de partilha de custos se, em última análise, adquirirem em conjunto mais do que o volume mínimo acordado. Todavia, possuem apenas, em conjunto, quotas pouco elevadas, tanto no mercado de compra como no mercado de venda. Para além disso, a cooperação dá origem a certas economias de escala, sendo susceptível de beneficiar de uma isenção.

137. Exemplo n.º 4:

Hipótese: duas cadeias de supermercados concluem um acordo para comprar em comum produtos que representam cerca de 50 % dos seus custos totais. Nos mercados relevantes de compra das diferentes categorias de produtos, as partes atingem quotas que se situam entre 25 % e 40 %, enquanto no mercado relevante de venda (pressupondo-se que existe um único mercado geográfico relevante), as suas quotas atingem 40 %. Existem cinco outros grandes retalhistas, que possuem quotas de mercado entre 10 % e 15 % cada um. São pouco prováveis entradas no mercado.

Análise: este acordo de compra em comum é susceptível de influenciar o comportamento concorrencial das partes, na medida em que a coordenação lhes conferirá um poder de mercado importante. É o que acontece muito especialmente quando as possibilidades de entrada são reduzidas. Para além disso, se os custos são semelhantes, as partes terão um maior incentivo para coordenar o seu comportamento. Se realizarem margens semelhantes, as partes terão um maior incentivo para praticar os mesmos preços. Mesmo que a cooperação dê origem a ganhos de eficiência, terá poucas probabilidades de ser objecto de uma isenção, devido ao forte poder de mercado das partes.

138. Exemplo n.º 5:

Hipótese: pequenas cooperativas concluem um acordo tendo em vista constituir um agrupamento de compras. São obrigadas a comprar um volume mínimo através do agrupamento. Podem, no entanto, comprar mais do que esse volume mínimo e são igualmente autorizadas a abastecer-se fora do agrupamento. Cada uma das partes possui uma quota de mercado total de 5 %, tanto no mercado de compra como no mercado de venda, o que lhes confere uma quota cumulada de 25 %. Existem dois outros retalhistas importantes, que possuem cada um uma quota de mercado entre 20 % e 25 %, bem como vários pequenos retalhistas cujas quotas são inferiores a 5 %.

Análise: a criação do agrupamento de compras é susceptível de conferir às partes, tanto no mercado de compra como no mercado de venda, um poder que lhes permitirá entrar em concorrência com os dois retalhistas mais importantes. Para além disso, a presença destes dois outros operadores, com poderes de mercado semelhantes, poderá fazer com que os ganhos de eficiência resultantes do acordo sejam repercutidos nos consumidores. Nesse caso, o acordo teria todas as hipóteses de beneficiar de uma isenção.

5. ACORDOS DE COMERCIALIZAÇÃO

5.1. Definições

139. Os acordos abrangidos pelo presente capítulo dizem respeito a uma cooperação entre concorrentes relativa-

mente à venda, distribuição ou promoção dos seus produtos. Estes acordos podem ter um âmbito extremamente variado, em função das componentes da comercialização abrangidas pela cooperação. Num dos extremos, encontramos a venda em comum, o que implica uma definição conjunta de todos os aspectos comerciais associados à venda do produto, incluindo o preço. No outro extremo situam-se acordos mais limitados, que incidem apenas num determinado aspecto da comercialização, tal como a distribuição, o serviço pós-venda ou a publicidade.

140. O mais importante destes acordos mais limitados parece ser o acordo de distribuição. Este tipo de acordo é igualmente abrangido pela isenção por categoria e pelas orientações relativas às restrições verticais, a menos que as partes sejam concorrentes efectivos ou potenciais. Nesse caso, a isenção por categoria só abrange os acordos verticais não recíprocos concluídos entre empresas concorrentes se a) o comprador, bem como as empresas que lhe estão associadas, tiver um volume de negócios anual que não ultrapasse 100 milhões de euros, ou se b) o fornecedor for fabricante e distribuidor de produtos e o comprador um distribuidor que não seja também um fabricante de produtos que estejam em concorrência com os produtos contratuais ou c) o fornecedor for um prestador de serviços em vários níveis do comércio e o comprador não fornecer serviços concorrentes no mesmo nível de comércio em que adquire os serviços contratuais⁽⁴⁸⁾. Se os concorrentes acordarem em assegurar reciprocamente a distribuição dos seus produtos, é possível, em certos casos, que os acordos tenham por objecto ou efeito a repartição dos mercados entre as partes ou que dêem origem a uma colusão. Tal é igualmente válido para os acordos não recíprocos entre concorrentes que ultrapassam uma determinada dimensão. Por conseguinte, tais acordos devem em primeiro lugar ser apreciados segundo os princípios referidos seguidamente. Se esta apreciação permitir concluir que uma cooperação entre concorrentes na área da distribuição seria em princípio aceitável, será necessária uma outra apreciação a fim de examinar as restrições verticais incluídas nesses acordos. Esta apreciação deverá basear-se nos princípios definidos nas orientações relativas às restrições verticais.

141. Seria igualmente conveniente estabelecer uma distinção adicional entre os acordos em que as partes concordam unicamente numa comercialização em comum e os acordos em que a comercialização se encontra associada a uma outra forma de cooperação. Tal pode, por exemplo, acontecer relativamente à produção conjunta ou às compras em comum. Estes acordos serão apreciados da mesma forma que os relativos a estes tipos de cooperação.

⁽⁴⁸⁾ N.º 4 do artigo 2.º da isenção por categoria relativa às restrições verticais.

5.2. Mercados relevantes

142. Para apreciar as relações de concorrência entre as partes na cooperação, há que definir, em primeiro lugar, o(s) mercado(s) do produto e geográfico relevante(s) directamente abrangido(s) pela cooperação [ou seja, o(s) mercado(s) a que pertencem os produtos objecto do acordo]. Seguidamente, é necessário saber se um acordo de comercialização concluído num determinado mercado pode igualmente afectar o comportamento concorrencial das partes num mercado vizinho estreitamente associado ao mercado a que diz respeito a cooperação.

5.3. Avaliação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

5.3.1. Natureza do acordo

5.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

143. Os acordos de comercialização objecto da presente secção só são abrangidos pelas regras de concorrência se as partes forem concorrentes. Se as partes não estiverem manifestamente em concorrência relativamente aos produtos ou serviços abrangidos pelo acordo, este não poderá criar problemas de concorrência de natureza horizontal. Contudo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, fixação de preços de revenda, etc. Esta situação aplica-se igualmente se uma cooperação a nível da comercialização for objectivamente necessária para permitir que uma parte entre num mercado em que não conseguiria penetrar individualmente, por exemplo devido aos custos envolvidos. Uma aplicação específica deste princípio são os acordos de consórcio que permitem que as empresas participantes elaborem uma proposta credível para projectos relativamente aos quais não estariam em condições de apresentar propostas a título individual. Como não são concorrentes potenciais em relação a esta proposta precisa, não se verifica qualquer restrição da concorrência.

5.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

144. O principal problema que o acordo de comercialização entre concorrentes coloca é a fixação dos preços. Os acordos limitados à venda em comum têm geralmente por objecto e por efeito a coordenação das políticas de preços de fabricantes concorrentes. Nesse caso, não eliminam apenas a concorrência a nível dos preços entre as partes, mas limitam igualmente o volume dos produtos que serão fornecidos pelas partes no âmbito do

sistema de repartição de encomendas. Por conseguinte, restringem a concorrência entre as partes no lado da oferta e limitam a escolha dos adquirentes, sendo abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

145. Esta apreciação não sofre alterações se o acordo não for exclusivo. O n.º 1 do artigo 53.º é com efeito aplicável mesmo quando as partes têm a liberdade de vender os seus produtos fora do acordo, na medida em que se pressupõe que este dará origem a uma coordenação global dos preços aplicados pelas partes.

5.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

146. Os acordos de comercialização que não abrangem as vendas em comum suscitam duas preocupações principais. A primeira reside no facto de a comercialização em comum proporcionar uma boa oportunidade para a troca de informações comerciais sensíveis, nomeadamente sobre as estratégias de comercialização e os preços. A segunda é que, consoante a estrutura de custos da comercialização, uma parte importante dos custos finais das partes pode ser comum. Tal pode levar à redução das possibilidades de concorrência a nível dos preços na fase final da venda. Os acordos de comercialização em comum podem, por conseguinte, ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º se permitirem a troca de informações comerciais sensíveis ou se influenciarem uma parte importante dos custos finais das partes.

147. Uma preocupação específica suscitada pelos acordos de distribuição entre concorrentes que operam em mercados geográficos diferentes é o facto de poderem dar origem ou constituir um instrumento de repartição dos mercados. No caso de acordos recíprocos de distribuição dos produtos, as partes repartem entre si os mercados ou os clientes, eliminando desta forma a concorrência entre elas. Aquando da apreciação deste tipo de acordo, é necessário antes de mais saber se o acordo em causa é objectivamente necessário para que as partes possam penetrar nos seus mercados respectivos. Em caso afirmativo, o acordo não cria problemas de concorrência de natureza horizontal. Todavia, o acordo de distribuição pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, fixação do preço de revenda, etc. Se o acordo não for objectivamente necessário para que as partes penetrem nos mercados respectivos, é abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º Se o acordo não é recíproco, o risco de repartição do mercado é menor. Deverá todavia ser objecto de análise se as partes utilizam um acordo não recíproco para se comprometerem a não penetrar nos respectivos mercados ou se tal acordo constitui um meio para controlar o acesso ou a concorrência no mercado «de importação».

5.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

148. Tal como já referido *supra*, os acordos que implicam a fixação dos preços são sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, independentemente do poder de mercado das partes. Contudo, podem ser isentos por força do n.º 3 do artigo 53.º se as condições mencionadas *infra* forem satisfeitas.
149. Os acordos de comercialização entre concorrentes que não implicam uma fixação de preços só estão sujeitos ao disposto no n.º 1 do artigo 53.º se as partes no acordo possuírem um certo poder de mercado. Na maior parte dos casos, é improvável que exista poder de mercado se as partes no acordo tiverem uma quota de mercado cumulada inferior a 15 %. De qualquer modo, a esse nível de quota de mercado, é provável que o acordo em questão preencha as condições previstas no n.º 3 do artigo 53.º mencionadas *infra*.
150. Se a quota de mercado cumulada das partes for superior a 15 %, deve ser apreciado o impacto provável do acordo de comercialização em comum no mercado. No que diz respeito a este aspecto, a concentração do mercado e as quotas de mercado constituem factores significativos. Quanto mais o mercado é concentrado mais úteis são as informações sobre os preços e as estratégias de comercialização para reduzir a margem de incerteza e maior é o incentivo para as partes trocarem informações deste tipo ⁽⁴⁹⁾.

5.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º

5.4.1. Vantagens económicas

151. Os ganhos de eficiência que devem ser tomados em consideração para apreciar se um acordo de comercialização em comum pode ser objecto de isenção dependerão da natureza da actividade em causa. Normalmente, a fixação dos preços não se justifica, salvo se for indispensável para a integração de outras componentes da comercialização e se esta integração der origem a ganhos de eficiência substanciais. O volume dos ganhos de eficiência depende nomeadamente da importância da

comercialização em comum para a estrutura geral de custos do produto em causa. A distribuição em comum terá por conseguinte mais possibilidades de gerar ganhos de eficiência importantes para os fabricantes de produtos de consumo generalizado do que para os fabricantes de produtos industriais que só são adquiridos por um número limitado de clientes.

152. Para além disso, os alegados ganhos de eficiência não devem ser economias resultantes unicamente da eliminação de custos inerentes à concorrência, devendo resultar da integração de actividades económicas. Assim, uma redução dos custos do transporte resultante unicamente de uma repartição dos clientes, sem qualquer integração do sistema logístico, não pode ser considerada um ganho de eficiência que justifique a isenção de um acordo.
153. Os alegados ganhos de eficiência devem ser comprovados. Neste contexto, o facto de ambas as partes contribuírem com capitais, tecnologias ou outros activos importantes constitui um elemento fundamental. As reduções de custos resultantes da diminuição da duplicação de recursos e instalações podem igualmente ser aceites. Por outro lado, se a comercialização em comum não é mais do que um simples acordo de vendas, sem que se tenha verificado qualquer investimento, é susceptível de constituir um cartel dissimulado, não preenchendo por conseguinte as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 53.º

5.4.2. Carácter indispensável

154. Um acordo de comercialização não pode ser objecto de isenção se impuser restrições que não são indispensáveis à realização das vantagens supramencionadas. Tal como já foi anteriormente referido, a questão do carácter indispensável das restrições é particularmente importante para os acordos que implicam uma fixação dos preços ou uma repartição dos mercados.

5.4.3. Não eliminação da concorrência

155. Não será possível qualquer isenção se for dada a possibilidade às partes de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Para a apreciação deste elemento, pode tomar-se como ponto de partida as quotas de mercado cumuladas das partes. Seguidamente, é necessário avaliar se essas quotas de mercado indiciam a existência de uma posição dominante e se existem factores atenuantes, tais como possibilidades de penetração no mercado. Se, em consequência de um acordo de comercialização, uma empresa for dominante ou se tornar dominante, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na aceção do artigo 53.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção.

⁽⁴⁹⁾ A troca de informações sensíveis e pormenorizadas num mercado oligopolista pode, enquanto tal, ser abrangida pelo n.º 1 do artigo 53.º Os acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos em 28 de Maio de 1998 nos processos «Tractor» (C-8/95 P: New Holland Ford e C-7/95 P: John Deere) e do Tribunal de Primeira Instância proferidos em 11 de Março de 1999 nos processos «Vigas de aço» (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 e T-157/94) dão esclarecimentos úteis relativamente a este aspecto.

5.5. Exemplos

156. Exemplo n.º 1:

Hipótese: 5 pequenos fabricantes de produtos alimentares, detendo cada um uma quota de 2 % do mercado geral dos produtos alimentares, acordam em reunir as suas instalações de distribuição, comercializar os seus produtos sob uma marca comum e vendê-los a um preço comum. Esta decisão implica pesados investimentos em armazéns, meios de transporte, campanhas publicitárias, acções de *marketing* e uma estrutura de vendas. Permite-lhes reduzir significativamente os custos, que representam geralmente 50 % do preço a que vendem os seus produtos, e propor um sistema de distribuição mais eficaz e mais rápido. Os clientes destes produtores são grandes cadeias de venda a retalho.

O mercado é dominado por três grandes grupos alimentares multinacionais, que detêm cada um uma quota de 20 %. O resto do mercado é composto por pequenos produtores independentes. As gamas de produtos das partes no acordo sobrepõem-se em certas áreas importantes, mas a sua quota de mercado cumulada não excede 15 % em nenhum dos mercados do produto em causa.

Análise: este acordo implica uma fixação de preços e é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º, ainda que não se possa considerar que as partes no acordo possuem poder de mercado. Todavia, a integração das actividades de *marketing* e de distribuição parece permitir ganhos de eficiência importantes que beneficiarão os clientes, tanto em termos de melhoria do serviço como de redução dos custos. A questão que se coloca é por conseguinte a de saber se este acordo pode ser objecto de isenção por força do n.º 3 do artigo 53.º A fim de responder a esta questão, é conveniente estabelecer se a fixação de preços é indispensável para permitir a integração das outras componentes da comercialização e a concretização das vantagens económicas. Neste caso preciso, a fixação dos preços pode ser considerada indispensável, na medida em que os clientes — ou seja, grandes cadeias de venda a retalho — não pretendem ver-se confrontados com uma grande variedade de preços. É igualmente indispensável na medida em que o objectivo pretendido, ou seja, uma marca comum, só pode ser atingido de forma credível se todos os aspectos da comercialização, incluindo o preço, forem normalizados. Uma vez que as partes não possuem poder de mercado e o acordo dá origem a ganhos de eficiência importantes, é compatível com o artigo 53.º

157. Exemplo n.º 2:

Hipótese: 2 produtores de rolamentos, cada um com uma quota de mercado de 5 %, criam uma empresa comum de vendas a fim de comercializar os seus produtos, fixar os preços e repartir as encomendas entre

as empresas-mãe. Conservam o direito de vender fora desta estrutura. Os clientes continuam a ser directamente abastecidos pelas unidades de produção das empresas-mãe. Os produtores alegam que obtêm assim ganhos de eficiência, na medida em que os vendedores comuns podem apresentar os produtos das partes ao mesmo tempo e aos mesmos clientes, eliminando desta forma uma dupla utilização dispendiosa da sua estrutura de vendas. Para além disso, a empresa comum deverá, na medida do possível, atribuir as encomendas às unidades de produção mais próximas, o que permitirá reduzir os custos de transporte.

Análise: este acordo implica uma fixação de preços e é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º, ainda que não se possa considerar que as partes no acordo possuem poder de mercado. Todavia, não pode beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 53.º, na medida em que os alegados ganhos de eficiência se limitam a reduções de custos decorrentes da eliminação da concorrência entre as partes.

158. Exemplo n.º 3:

Hipótese: 2 produtores de bebidas não alcoólicas desenvolvem actividades em dois Estados do EEE vizinhos. Ambos possuem uma quota de 20 % no seu mercado nacional. Acordam em distribuir reciprocamente os seus produtos nos respectivos mercados geográficos.

Os dois mercados são dominados por um grande produtor multinacional de bebidas não alcoólicas, que possui uma quota de 50 % em cada um dos mercados.

Análise: o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º, se se presumir que as partes são concorrentes potenciais. Para o determinar, é necessário analisar os obstáculos à entrada nos mercados geográficos respectivos. Se as partes puderem penetrar cada uma de forma independente no mercado da outra, então o acordo que concluíram eliminará a concorrência entre si. Todavia, ainda que as quotas de mercado detidas pelas partes indiquem que poderão possuir um certo poder de mercado, uma análise da estrutura de mercado demonstra que tal não acontece. Para além disso, o acordo de distribuição recíproca beneficia os consumidores, na medida em que aumenta a escolha de produtos disponíveis em cada um dos mercados geográficos. Por conseguinte, o acordo poderá ser objecto de uma isenção, mesmo que se considere que restringe a concorrência.

6. ACORDOS DE NORMALIZAÇÃO

6.1. Definições

159. Os acordos de normalização têm por objectivo principal a definição de requisitos técnicos ou de qualidade que podem ser respeitados por produtos, processos ou métodos de produção actuais ou futuros⁽⁵⁰⁾. Estes acordos podem ter diferentes objectivos, tais como a normalização de diferentes qualidades ou dimensões de um determinado produto ou especificações técnicas de mercados em que a compatibilidade e a interoperabilidade com outros produtos ou sistemas são essenciais. As condições de acesso a uma marca de qualidade específica ou as condições de autorização por parte de um organismo regulador podem igualmente ser consideradas normas.
160. As normas relativas à prestação de serviços profissionais, tais como as normas de admissão numa profissão liberal, não são abrangidas pelas presentes orientações.

6.2. Mercados relevantes

161. Os acordos de normalização podem eventualmente ter repercussões em três mercados, que serão definidos em conformidade com a comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à definição de mercado. Trata-se em primeiro lugar do(s) mercado(s) do produto a que a norma ou normas são aplicáveis. Normas relativas a produtos inteiramente novos podem colocar, no que diz respeito à definição dos mercados, problemas semelhantes aos que suscitam os acordos de I & D (ver ponto 2.2). Em segundo lugar, trata-se do mercado de serviços de fixação de normas, caso existam organismos ou acordos de normalização diferentes e finalmente, se for caso disso, do mercado distinto dos ensaios e da certificação.

6.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

162. Os acordos de normalização⁽⁵¹⁾ podem ser concluídos entre empresas privadas ou sob a égide de organismos

⁽⁵⁰⁾ A normalização pode revestir diversas formas, desde a adopção, pelos organismos de normalização europeus ou nacionais reconhecidos, de normas que assentam num consenso nacional, passando por consórcios e outras instâncias, até aos acordos entre empresas. Embora a legislação do EEE preveja uma definição estrita das normas, as presentes orientações consideram como acordos de normalização todos os acordos semelhantes aos definidos no presente ponto.

⁽⁵¹⁾ Nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º do capítulo II do Protocolo 4 ao Acordo sobre o Órgão de Fiscalização e o Tribunal, os acordos que têm exclusivamente por objecto o desenvolvimento ou a aplicação uniforme de normas e tipos não necessitam, mas podem ser notificados ao Órgão de Fiscalização da EFTA.

públicos ou de organismos a quem foi confiada a gestão de serviços de interesse económico geral, tal como acontece com os organismos de normalização reconhecidos ao abrigo do acto referido no ponto 1 do capítulo XIX do anexo II do Acordo EEE [Directiva 98/34/CE⁽⁵²⁾]. A participação deste tipo de organismos está sujeita às obrigações dos Estados do EEE relativas à manutenção de uma concorrência não falseada no EEE.

6.3.1. Natureza do acordo

6.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

163. Quando a participação na fixação de normas é transparente e não acompanhada de restrições, os acordos de normalização que respondem à definição *supra* e que não impõem qualquer obrigação de respeito da norma em causa ou que fazem parte integrante de um acordo mais amplo destinado a garantir a compatibilidade dos produtos, não restringem a concorrência. Esta situação aplica-se em geral às normas adoptadas por organismos de normalização reconhecidos, que se baseiam em procedimentos não discriminatórios, abertos e transparentes.
164. As normas que abrangem apenas uma parte negligenciável do mercado relevante não restringem significativamente a concorrência, desde que a situação se mantenha inalterada. Tal acontece igualmente em relação aos acordos que reúnem PME tendo em vista normalizar formulários de candidatura ou condições de participação colectiva em concursos ou os que normalizam aspectos tais como características pouco importantes dos produtos, formulários e relatórios, que têm efeitos mínimos sobre os principais factores que afectam a concorrência nos mercados relevantes.

6.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

165. Os acordos que recorrem a uma norma como um instrumento utilizado no âmbito de um acordo restritivo mais amplo, cujo objectivo consiste em afastar concorrentes efectivos ou potenciais, serão quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º Por exemplo, um acordo nos termos do qual uma associação nacional de fabricantes fixa uma norma e exerce pressões sobre terceiros para que não comercializem produtos que não respondem a esta norma integraria esta categoria.

⁽⁵²⁾ Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 204 de 21.7.1998, p. 37).

6.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

166. Os acordos de normalização podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, se proporcionarem às partes um controlo conjunto da produção e/ou da inovação, limitando desta forma as suas possibilidades de entrarem em concorrência quanto às características dos produtos, afectando simultaneamente terceiros, como os fornecedores ou os compradores dos produtos normalizados. A apreciação de cada acordo deverá ter em conta por um lado, a natureza da norma e os seus efeitos prováveis sobre os mercados relevantes, e por outro eventuais restrições que excedem o principal objectivo da normalização, tal como definido *supra*.

167. O facto de os acordos de normalização restringirem ou não a concorrência depende da medida em que as partes continuam a ter liberdade para desenvolverem simultaneamente outras normas ou outros produtos que não respeitem a norma objecto do acordo. Os acordos de normalização podem restringir a concorrência quando impedem as partes de desenvolver normas alternativas ou de comercializar produtos que não respeitam a norma em causa. Os acordos que conferem a certos organismos o direito exclusivo de proceder a ensaios de conformidade com a norma ultrapassam o objectivo inicial de definição da norma e podem igualmente restringir a concorrência. Os acordos que impõem restrições à marca de conformidade com as normas, salvo quando estas restrições estão previstas nas disposições regulamentares, podem igualmente restringir a concorrência.

6.3.2. *Poder de mercado e estrutura dos mercados*

168. O facto de as partes deterem quotas elevadas no ou nos mercados em causa não constitui necessariamente um problema no caso dos acordos de normalização. A sua eficiência é frequentemente proporcional à parte do sector que determina e/ou aplica a norma. Todavia, normas que não são acessíveis a terceiros podem provocar discriminações ou exclusões em detrimento desses terceiros ou de certos segmentos do mercado, em função do seu âmbito de aplicação geográfica. É por conseguinte a capacidade de ultrapassar estes obstáculos à entrada que constituirá o critério determinante para apreciar se um acordo restringe a concorrência. Esta apreciação deverá necessariamente efectuar-se caso a caso.

6.4. **Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º**

6.4.1. *Vantagens económicas*

169. O Órgão de Fiscalização da EFTA mostra-se geralmente favorável aos acordos que promovem a interpenetração

económica no mercado comum ou que incentivam o desenvolvimento de novos mercados e a melhoria das condições da oferta. Para que estas vantagens económicas sejam efectivas, as informações necessárias à aplicação da norma devem ser acessíveis a todos os que pretendem penetrar no mercado e uma parte importante do sector em causa deve estar implicada na fixação da norma, de uma forma transparente. Incumbirá às partes demonstrar que qualquer restrição relativa à fixação, utilização ou acesso à norma confere vantagens económicas.

170. A fim de aproveitar as vantagens técnicas ou económicas, as normas não devem limitar a inovação. Tal depende essencialmente da duração de vida dos produtos em causa na norma, em relação com o estágio de desenvolvimento do mercado (em rápido crescimento, em crescimento, em estagnação, etc.). Os efeitos sobre a inovação devem ser analisados caso a caso. Se uma nova norma for susceptível de conduzir a uma obsolescência rápida dos produtos existentes, sem introduzir vantagens suplementares objectivas, as partes podem também ter que comprovar que a normalização colectiva será benéfica para o consumidor através de ganhos de eficiência.

6.4.2. *Carácter indispensável*

171. Pela sua própria natureza, as normas não incluem todas as especificações nem tecnologias possíveis. Em certos casos, seria necessário dispor apenas de uma única solução tecnológica, no interesse dos consumidores ou da economia no seu conjunto. Uma tal norma deve no entanto ser definida numa base não discriminatória. O ideal seria que as normas fossem neutras a nível tecnológico. De qualquer forma, é necessário justificar a escolha de uma norma em detrimento de outra.

172. Todos os concorrentes que operam no ou nos mercados afectados pela norma deveriam ter a possibilidade de participar nas discussões. Por esta razão, a participação na definição de uma norma deve estar aberta a todos, a menos que as partes possam provar que tal participação teria repercussões negativas importantes ou que estejam previstos procedimentos reconhecidos para a representação de interesses colectivos, como no âmbito dos organismos de normalização oficiais.

173. De uma forma geral, seria necessário estabelecer uma distinção clara entre a definição de uma norma e, se for caso disso, as actividades de I & D que lhes estão associadas, e a exploração comercial dessa norma. Os acordos de normalização só deveriam abranger os elementos estritamente necessários à realização dos seus objectivos, quer seja a compatibilidade técnica, quer um certo nível de qualidade. Seria por exemplo necessário

provar muito claramente por que razão é indispensável, a fim de concretizar as vantagens económicas, que um acordo que visa impor uma norma num sector em que apenas um outro concorrente propõe uma solução equivalente, obriga as partes no acordo a boicotarem a alternativa.

6.4.3. Não eliminação da concorrência

174. Existirá manifestamente um momento a partir do qual a especificação de uma norma privada por um grupo de empresas que têm conjuntamente uma posição dominante se tornará uma norma industrial de facto. A principal preocupação consistirá então em garantir que esta norma seja tão aberta quanto possível e aplicada de uma forma não discriminatória. A fim de evitar qualquer eliminação da concorrência no ou nos mercados relevantes, a norma deve ser acessível a terceiros, em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias.

175. Se organismos ou grupos de empresas privados definem uma norma ou se a sua tecnologia privativa se torna numa norma de facto, a concorrência será eliminada se esta norma não for acessível a terceiros.

6.5. Exemplos

176. Exemplo n.º 1:

Hipótese: a norma EN 60603-7:1993 define os requisitos em matéria de ligação dos televisores aos componentes vídeo, tais como os gravadores ou os equipamentos de jogos vídeo. Ainda que esta norma não seja juridicamente vinculativa, na prática, os fabricantes de televisores e os fabricantes de jogos vídeo cumprem-na, uma vez que o mercado o exige.

Análise: não existe qualquer infracção ao n.º 1 do artigo 53.º A norma foi adoptada por organismos de normalização — nacionais, europeus e internacionais — reconhecidos, no âmbito de procedimentos abertos e transparentes e assenta num consenso nacional que reflecte a posição dos fabricantes e consumidores. Todos os fabricantes são autorizados a utilizar esta norma.

177. Exemplo n.º 2:

Hipótese: vários fabricantes de cassetes vídeo acordam em desenvolver uma marca de qualidade ou uma norma que prove que as suas cassetes vídeo cumprem determinadas especificações técnicas mínimas. Os fabricantes têm a liberdade de produzir cassetes que não cumpram a norma e esta está livremente acessível a outros fabricantes.

Análise: desde que o acordo não restrinja a concorrência relativamente a outros aspectos, não existe qualquer infracção ao n.º 1 do artigo 53.º, na medida em que a

participação na definição da norma é transparente e ilimitada e em que o acordo de normalização não inclui a obrigação de respeito da norma. Se as partes acordarem apenas em produzir cassetes vídeo conformes a esta nova norma, o acordo limitará o desenvolvimento tecnológico e impedirá as partes de venderem produtos diferentes, o que seria contrário ao disposto no n.º 1 do artigo 53.º

178. Exemplo n.º 3:

Hipótese: um grupo de concorrentes que operam em diferentes mercados que têm ligações de interdependência com produtos que devem ser compatíveis e que possuem mais de 80 % dos mercados relevantes, acordam em desenvolver em conjunto uma nova norma que será introduzida em concorrência com outras normas já presentes no mercado e amplamente aplicadas pelos seus concorrentes. Os diferentes produtos conformes à nova norma não serão compatíveis com as normas existentes. Devido aos pesados investimentos necessários para alterar a produção e mantê-la conforme à nova norma, as partes acordam em reservar um certo volume de vendas para os produtos que respeitam a nova norma, de forma a introduzir uma «massa crítica» no mercado. Acordam igualmente em limitar a sua produção individual de produtos não conformes à norma ao nível atingido no ano anterior.

Análise: tendo em conta o poder de mercado das partes e as limitações de produção previstas, este acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º, mas é improvável que preencha as condições definidas no n.º 3, a menos que os outros fornecedores que pretendem entrar em concorrência com as partes possam aceder às informações técnicas necessárias numa base não discriminatória e em condições razoáveis.

7. ACORDOS EM MATÉRIA DE AMBIENTE

7.1. Definições

179. Os acordos em matéria de ambiente⁽⁵³⁾ são acordos nos termos dos quais as partes se comprometem a atingir

⁽⁵³⁾ O termo «acordo» é utilizado na acepção definida pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância na sua jurisprudência relativa ao artigo 81.º do Tratado CE. Não corresponde necessariamente à definição de «acordo» constante em documentos que tratam de questões ambientais, tal como a comunicação da Comissão Europeia relativa a acordos em matéria de ambiente COM(96) 561 final de 27.11.1996, relevante para efeitos do EEE por força do n.º 1 do artigo 3.º do Protocolo 31 ao Acordo EEE.

uma redução da poluição, em conformidade com a legislação sobre o ambiente ou com os objectivos ambientais, nomeadamente os que constam do artigo 73.º do Acordo EEE. Por esta razão, o objectivo ou as medidas objecto do acordo devem estar directamente ligados à redução de um poluente ou de um tipo de resíduos identificados como tal na regulamentação em causa⁽⁵⁴⁾. Tal exclui os acordos que provocam uma redução da poluição enquanto efeito secundário de outras medidas.

180. Os acordos em matéria de ambiente podem definir normas sobre o desempenho de certos produtos (matérias-primas ou produtos acabados) ou processos de produção em termos ecológicos⁽⁵⁵⁾. Outras categorias possíveis são nomeadamente os acordos concluídos a um mesmo nível sectorial, através dos quais as partes acordam em atingir em conjunto um objectivo ambiental, tal como a reciclagem de certos materiais, a redução de emissões ou a melhoria da eficiência energética.
181. Certos Estados do EEE criaram regimes que incidem sobre sectores inteiros, a fim de cumprirem as obrigações ambientais em matéria de recuperação ou de reciclagem. Estes regimes incluem geralmente um conjunto de acordos complexos, alguns horizontais e outros verticais. Quando tais acordos incluem restrições verticais, não estão sujeitos às presentes orientações.

7.2. Mercados relevantes

182. Os efeitos devem ser apreciados relativamente aos mercados a que o acordo se refere, que serão definidos em conformidade com a comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência no EEE. Quando o poluente não é em si mesmo um produto, o mercado relevante inclui o do produto em que o poluente é incorporado. No que diz respeito aos acordos que incidem sobre a recolha/reciclagem, é necessário apreciar, para além dos seus efeitos no mercado em que as partes operam enquanto produtores ou distribuidores, igualmente os efeitos no mercado dos serviços de recolha que abrangem potencialmente o produto em questão.

7.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 53.º

183. No âmbito do exercício das suas prerrogativas, as autoridades públicas podem encorajar ou prever certos

acordos ambientais. As presentes orientações não tratam da questão da conformidade dessa intervenção estatal com as obrigações das partes contratantes por força do Acordo EEE. Dizem apenas respeito à apreciação que deve ser feita para estabelecer a compatibilidade do acordo com o artigo 53.º

7.3.1. Natureza do acordo

7.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

184. Alguns acordos em matéria de ambiente não são susceptíveis de ser abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 53.º, independentemente da quota de mercado cumulada das partes.
185. Tal pode acontecer quando nenhuma obrigação individual precisa é imposta às partes ou quando estas só se comprometeram de forma flexível quanto à realização de um objectivo ambiental estabelecido para o conjunto de um sector. Neste último caso, a apreciação centrar-se-á na margem concedida às partes quanto aos meios técnica e economicamente disponíveis para atingir o objectivo ambiental fixado. Quanto mais variados são estes meios menos importantes serão os efeitos restritivos potenciais.
186. Da mesma forma, os acordos que definem o desempenho ecológico de produtos ou processos que não afectam significativamente a diversidade dos produtos e da produção no mercado relevante ou que só influenciam de forma reduzida as decisões de compra, não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º Quando certas categorias de um determinado produto são eliminadas, imediata ou progressivamente, do mercado, considera-se que esta situação dá origem a restrições importantes, desde que essas categorias representem apenas uma parte reduzida do mercado geográfico relevante ou, no caso de se tratar de mercados a nível do EEE, dos mercados de todos os Estados do EEE.
187. Finalmente, os acordos que dão origem a uma verdadeira criação de mercado, como por exemplo os acordos de reciclagem, não restringem geralmente a concorrência, desde que e enquanto as partes não estiverem em condições de realizar as actividades em causa isoladamente, enquanto não existir qualquer outra alternativa possível ou qualquer outro concorrente.

7.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

188. Os acordos em matéria de ambiente são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, pela sua natureza, se a cooperação

⁽⁵⁴⁾ Um acordo nacional que incide sobre a eliminação progressiva de um poluente ou de um resíduo identificado como tal nos actos EEE em causa pode, por exemplo, não ser equiparado a um boicote colectivo de um produto que circula livremente no EEE.

⁽⁵⁵⁾ Quando os acordos em matéria de ambiente podem ser equiparados a acordos de normalização, são-lhes aplicáveis os princípios de apreciação enunciados em matéria de normalização.

não incidir realmente sobre objectivos ambientais, mas servir como instrumento para um cartel dissimulado, ou seja, para realizar práticas que seriam normalmente proibidas, tais como a fixação dos preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados ou ainda se a cooperação for apenas um dos instrumentos utilizados no âmbito de um acordo restritivo mais amplo que visa excluir do mercado concorrentes existentes ou potenciais.

7.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º

189. Os acordos em matéria de ambiente que abrangem uma grande parte de um sector, quer a nível nacional quer a nível do EEE, são susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, quando restringem significativamente a capacidade de as partes definirem as características dos seus produtos ou a forma como os produzem, o que lhes permite influenciar mutuamente a produção ou as vendas respectivas. Para além das restrições que impõe às partes, um acordo em matéria de ambiente pode igualmente reduzir ou afectar significativamente a produção de terceiros, quer sejam fornecedores quer compradores.

190. Por exemplo, os acordos em matéria de ambiente susceptíveis de eliminarem progressivamente ou afectarem significativamente uma percentagem importante das vendas das partes no que diz respeito aos seus produtos ou processos de produção, podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º, quando as partes detêm uma quota de mercado importante. Tal é igualmente válido para os acordos nos termos dos quais as partes atribuem quotas individuais de poluição.

191. Da mesma forma, os acordos através dos quais as partes que detêm quotas de mercado significativas numa parte substancial do território abrangido pelo Acordo EEE designam uma empresa como prestadora exclusiva de serviços de recolha e/ou de reciclagem para os seus produtos, podem também restringir significativamente a concorrência, desde que existam outros prestadores potenciais realistas ou efectivos para esses mesmos serviços.

7.4. **Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 53.º**

7.4.1. *Vantagens económicas*

192. O Órgão de Fiscalização da EFTA é favorável ao recurso a acordos em matéria de ambiente como instrumento de realização dos objectivos definidos no artigo 1.º e no

artigo 73.º do Acordo EEE, bem como nos programas de acção em matéria de ambiente⁽⁵⁶⁾, desde que esses acordos sejam compatíveis com as regras da concorrência⁽⁵⁷⁾.

193. Os acordos em matéria de ambiente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 53.º podem introduzir vantagens económicas que, a nível do consumidor individual ou dos consumidores no seu conjunto, compensam os seus efeitos negativos sobre a concorrência. A fim de que estas condições sejam cumpridas, o acordo deve proporcionar vantagens em termos líquidos no que se refere à redução da pressão sobre o ambiente em comparação com uma situação de base. Por outras palavras, as vantagens económicas previstas devem compensar os custos⁽⁵⁸⁾.

194. Estes custos incluem nomeadamente os efeitos de uma redução da concorrência, bem como os custos de conformidade para os operadores económicos e/ou os efeitos sobre terceiros. As vantagens podem ser apreciadas em duas etapas. Quando os consumidores individualmente obtêm resultados positivos do acordo, em prazos razoáveis, não é necessário estabelecer objectivamente as vantagens ambientais globais. Se tal não acontecer, poderá revelar-se necessária uma análise custos/benefícios a fim de determinar se se podem prever, num cenário razoável, vantagens em termos líquidos para os consumidores em geral.

7.4.2. *Carácter indispensável*

195. Quanto mais objectivamente for demonstrada a eficiência económica de um acordo em matéria de ambiente, mais claramente cada uma das suas disposições poderá ser considerada indispensável à realização dos objectivos ambientais no seu contexto económico.

⁽⁵⁶⁾ Os programas de acção em matéria de ambiente elaborados pela Comunidade Europeia são relevantes para efeitos do EEE por força do ponto 1 do artigo 3.º do Protocolo 31 do Acordo EEE.

⁽⁵⁷⁾ Ver a comunicação da Comissão Europeia relativa a acordos em matéria de ambiente COM(96) 561 final de 27.11.1996, pontos 27-29 e o n.º 1 do artigo 3.º do terceiro acto referido no ponto 1 do artigo 3.º do Protocolo 31 ao Acordo EEE [Decisão n.º 2179/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998, relativa à revisão do programa da Comunidade Europeia de política e acção em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável «Em direcção a um desenvolvimento sustentável» (JO L 275 de 10.10.1998, p. 1)]. A comunicação inclui uma «lista recapitulativa dos acordos em matéria de ambiente» que identifica os elementos que devem geralmente constar de um acordo deste tipo. A lista recapitulativa proporciona também informações úteis no contexto do artigo 53.º do Acordo EEE.

⁽⁵⁸⁾ O que é coerente com a exigência de tomar em consideração os benefícios e custos potenciais da acção ou ausência de acção estabelecida na alínea d) do artigo 7.º do terceiro acto referido no ponto 1 do artigo 3.º do Protocolo 31 ao Acordo EEE [Decisão n.º 2179/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998, relativa à revisão do programa da Comunidade Europeia de política e acção em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável «Em direcção a um desenvolvimento sustentável» (JO L 275 de 10.10.1998, p. 1)].

196. Uma avaliação objectiva de disposições que à primeira vista não são consideradas indispensáveis deverá ser apoiada por uma análise custo/eficácia que demonstre que os outros meios que permitem obter as vantagens ambientais previstas seriam mais dispendiosos, económica ou financeiramente, com base em hipóteses razoáveis. Seria, por exemplo, necessário demonstrar com toda a clareza que uma taxa uniforme, facturada sem ter em conta custos individuais de recolha dos resíduos, era indispensável para o funcionamento de um sistema de recolha aplicado ao conjunto de um sector.

7.4.3. Não eliminação da concorrência

197. Independentemente dos ganhos ambientais e económicos e da necessidade das disposições previstas, o acordo não deve eliminar a concorrência em termos de diferenciação dos produtos ou processos, da inovação tecnológica ou da entrada no mercado a curto ou, se for caso disso, a médio prazo. Por exemplo, no caso de direitos de recolha exclusivos concedidos a uma empresa de recolha/reciclagem que tenha concorrentes potenciais, o período durante o qual os direitos são concedidos deverá ter em conta o aparecimento eventual de um operador alternativo.

7.5. Exemplos

198. Exemplo

Hipótese: a quase totalidade dos produtores e dos importadores do EEE de um determinado aparelho electrodoméstico (por exemplo, máquinas de lavar) acordam, com o apoio de um organismo público, em deixar de fabricar ou de importar no EEE produtos que não satisfaçam determinados critérios no domínio do ambiente (tais como a eficiência energética). Em conjunto, as partes detêm 90 % do mercado do EEE. Os produtos que serão por conseguinte progressivamente

eliminados do mercado representam uma parte significativa das vendas totais. Serão substituídos por produtos mais ecológicos, mas mais caros. Para além disso, o acordo reduz indirectamente a produção de terceiros (por exemplo, as companhias de electricidade, os fornecedores de componentes integrados nos produtos a eliminar, etc.).

Análise: este acordo confere às partes o controlo da sua produção e das suas importações individuais e diz respeito a uma parte significativa das suas vendas e da sua produção total, reduzindo simultaneamente a produção de terceiros. Restringe a escolha oferecida aos consumidores, que é orientada em parte pelas características ambientais do produto e dará provavelmente origem a um aumento dos preços. O acordo é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 53.º O envolvimento do organismo público é irrelevante para a apreciação deste acordo.

Contudo, os produtos mais recentes são tecnicamente mais avançados e, ao reduzir o problema ambiental indirectamente visado (emissões resultantes da produção de electricidade), não vão inevitavelmente criar nem agravar outros problemas para o ambiente (por exemplo, consumo da água, utilização de detergentes). O contributo em termos líquidos para uma melhor protecção do ambiente no seu conjunto compensa o aumento dos custos. Para além disso, os compradores dos produtos mais caros recuperarão rapidamente esse suplemento de custo na medida em que os produtos mais ecológicos fazem baixar os custos de funcionamento. Afigura-se que outras alternativas ao acordo seriam menos seguras e menos favoráveis em termos de custo/eficácia para atingir as mesmas vantagens em termos líquidos. As partes podem ter acesso a meios técnicos variados a um custo razoável para poder fabricar produtos que apresentem as características ecológicas acordadas e a concorrência continuará a exercer-se relativamente às restantes características deste produto. Estão por conseguinte reunidas as condições para poder beneficiar da isenção por força do n.º 3 do artigo 53.º