

# Jornal Oficial da União Europeia

L 43



Edição em língua  
portuguesa

## Legislação

59.º ano

18 de fevereiro de 2016

### Índice

#### II Atos não legislativos

##### DECISÕES

- ★ Decisão (UE) 2016/195 da Comissão, de 14 de agosto de 2015, relativa às medidas SA.33083 (12/C) (ex-12/NN) [a que a Itália deu execução e que preveem a redução de impostos e contribuições na sequência de calamidades naturais (todos os setores exceto a agricultura)] e SA.35083 (12/C) (ex-12/NN) [a que a Itália deu execução que preveem a redução de impostos e contribuições na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzzo (todos os setores exceto a agricultura)] [notificada com o número C(2015) 5549] (1) ..... 1

#### III Outros atos

##### ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

- ★ Decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA n.º 38/15/COL, de 4 de fevereiro de 2015, que adota uma comunicação: «Orientações relativas à aplicabilidade do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de transferência de tecnologia» [2016/196] ..... 30

(1) Texto relevante para efeitos do EEE

PT

Os atos cujos títulos são impressos em tipo fino são atos de gestão corrente adotados no âmbito da política agrícola e que têm, em geral, um período de validade limitado.

Os atos cujos títulos são impressos em tipo negro e precedidos de um asterisco são todos os restantes.



## II

(Atos não legislativos)

## DECISÕES

### DECISÃO (UE) 2016/195 DA COMISSÃO

de 14 de agosto de 2015

**relativa às medidas SA.33083 (12/C) (ex-12/NN) [a que a Itália deu execução e que preveem a redução de impostos e contribuições na sequência de calamidades naturais (todos os setores exceto a agricultura)] e SA.35083 (12/C) (ex-12/NN) [a que a Itália deu execução que preveem a redução de impostos e contribuições na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzzo (todos os setores exceto a agricultura)]**

[notificada com o número C(2015) 5549]

(Apenas faz fé a versão na língua italiana)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), nomeadamente o artigo 108.º, n.º 2, segundo parágrafo,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o artigo 62.º, n.º 1, alínea a),

Após ter convidado as partes interessadas a apresentarem as suas observações em conformidade com as disposições acima citadas (¹), e tendo em conta essas observações,

Considerando o seguinte:

#### 1. PROCEDIMENTO

##### **Medida de auxílio estatal SA.33083 (12/NN) — Redução de impostos e contribuições na sequência de calamidades naturais na Sicília, no norte da Itália e noutras regiões**

- (1) Em 21 de fevereiro de 2011, a Comissão recebeu um pedido de informações (²) de um juiz da secção de trabalho do tribunal ordinário de Cuneo em Piemonte, apresentado em conformidade com a Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais (³). No pedido, o juiz chamou a atenção da Comissão para a existência de uma série de leis, de 2002, 2003 e 2007, que pareciam introduzir medidas de auxílio estatal na forma de uma redução de 90 % dos impostos e das contribuições obrigatórias para a segurança social, bem como dos prémios dos seguros contra acidentes de trabalho, na sequência do terramoto que atingiu o leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa) em 13-16 de dezembro de 1990 e das inundações no norte da Itália em novembro de 1994. O juiz questionou (embora a ordem das perguntas fosse ligeiramente diferente) se estas medidas: i) tinham sido notificadas pela Itália de acordo com o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, ii) tinham sido avaliadas pela Comissão, iii) tinham sido objeto de um procedimento formal de investigação, iv) tinham sido objeto de uma decisão, ou v) se nenhuma decisão tivesse

(¹) Decisão da Comissão C(2012) 7128 final (JO C 381 de 11.12.2012, p. 32).

(²) Despacho (ordinanza) do tribunal ordinário (tribunale) de Cuneo, de 18 de fevereiro de 2011, que apresenta um pedido de informações nos termos da Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais.

(³) JO C 85 de 9.4.2009, p. 1.

sido adotada, quando seria. Em 21 de março de 2011, os serviços da Comissão responderam que estas medidas não pareciam ter sido notificadas pelas autoridades italianas e que a Comissão ainda não tinha dado início a qualquer procedimento ou investigação formal.

- (2) Em 27 de maio de 2011, o processo foi registado na Comissão com o número de referência SA.33083 (11/CP).
- (3) Em 25 de julho de 2011, a Comissão enviou um pedido de informações às autoridades italianas. Na sequência de uma carta de insistência enviada em 8 de setembro de 2011, as autoridades italianas responderam em 6 de outubro de 2011. Por carta de 14 de outubro de 2011, a Comissão solicitou informações adicionais, à qual as autoridades italianas responderam por carta de 7 de dezembro de 2011.
- (4) Por carta de 19 de junho de 2012, a Comissão solicitou informações adicionais sobre as medidas aplicadas na sequência das calamidades naturais no leste da Sicília e no norte da Itália, bem como sobre medidas semelhantes executadas na sequência de calamidades naturais ocorridas na Itália desde 1990 <sup>(4)</sup> e solicitou às autoridades italianas que apresentassem observações nomeadamente sobre se estas medidas eram legais, se constituíam auxílios estatais e se poderiam ser justificadas nos termos das regras em matéria de auxílios estatais. Os serviços da Comissão informaram ainda as autoridades italianas de que a Comissão se encontrava a ponderar a emissão de uma injunção de suspensão de quaisquer auxílios ilegais concedidos no âmbito das medidas supracitadas. A Itália respondeu por carta de 25 de julho de 2012.
- (5) Entretanto, em 6 de julho de 2012, a Comissão recebeu um pedido de informações relativo a este procedimento <sup>(5)</sup> do tribunal ordinário de Vercelli em Piemonte. Os serviços da Comissão responderam em 20 de julho de 2012.
- (6) Uma vez que o regime de auxílios não tinha sido notificado em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, e tinha entrado em vigor antes da emissão, por parte da Comissão, de uma decisão que o permitisse, as medidas foram introduzidas no registo dos auxílios estatais da Comissão como auxílios não notificados, com o número SA.33083 (12/NN).
- (7) Com base nas informações reunidas durante a fase de avaliação preliminar, a Comissão decidiu dividir o processo, separando o setor agrícola. Portanto, a presente decisão não se aplica às atividades relacionadas com a produção, transformação e comercialização de produtos agrícolas, de acordo com a lista constante do anexo I do Tratado, com exceção dos produtos da pesca e aquicultura.

#### **Auxílio estatal SA.35083 (12/NN) — Redução de impostos e contribuições na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzo**

- (8) Por notificação eletrónica de 2 de julho de 2012, registada pela Comissão no mesmo dia com o número de referência SA.35083 (12/N), as autoridades italianas notificaram uma medida que prevê auxílios sob a forma de redução de impostos e contribuições na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzo. A este propósito, a Comissão já tinha solicitado informações sobre esta medida na sua carta de 19 de junho de 2012 com o número SA.33083 (12/NN).
- (9) Na notificação, as autoridades italianas argumentaram que a compatibilidade da medida devia ser avaliada tomando em consideração o artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE («auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais») ou o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE («auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas [...] regiões económicas»), porque o seu objetivo consistia em compensar o impacto macroeconómico da calamidade natural em termos de uma diminuição do PIB. As autoridades fizeram referência especialmente a uma redução significativa do PIB da região de Abruzo entre 2008 e 2009 <sup>(6)</sup>.
- (10) Por carta de 17 de agosto de 2012, a Comissão informou as autoridades italianas de que considerava tratar-se de uma medida de auxílio não notificada, que avaliaria em conjunto com o processo SA.33083 (12/NN).

<sup>(4)</sup> A carta mencionava as medidas aplicadas na sequência de terramotos que afetaram as regiões de Úmbria e Marcas em 1997, Molise e Apúlia em 2002 e Abruzo em 2009, ou outras medidas semelhantes levadas a cabo pela Itália.

<sup>(5)</sup> Ata da audição (verbale di udienza) perante o tribunal ordinário de Vercelli, 19 de junho de 2012, que apresenta um pedido de informações sobre o procedimento pendente no processo SA.33083 (11/CP).

<sup>(6)</sup> Segundo o ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica), o PIB diminuiu de 26 314,5 milhões de euros em 2008 para 25 343,2 milhões de euros em 2009 (isto é, menos 3,7 %).

- (11) Dado que a base jurídica tinha entrado em vigor antes de a Comissão ter emitido uma decisão de autorização do regime, a medida foi introduzida no registo dos auxílios estatais da Comissão como um auxílio não notificado com o número SA.35083 (12/NN).
- (12) Com base nas informações apresentadas na notificação, a Comissão decidiu dividir o processo, separando o setor agrícola. Portanto, a presente decisão não engloba as atividades relacionadas com a produção, transformação e comercialização de produtos agrícolas, de acordo com a lista constante do anexo I do Tratado, com exceção dos produtos da pesca e aquicultura.

**Processo conjunto nos processos de auxílio estatal SA.33083 (12/C) (ex-12/NN) e SA.35083 (12/C) (ex-12/NN) na sequência do início do procedimento estabelecido no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE**

- (13) Por carta de 17 de outubro de 2012 (7), a Comissão informou a Itália da sua decisão de dar início ao procedimento previsto no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE relativamente às medidas de auxílio. Os processos foram registados respetivamente com os números SA.33083 (12/C) (ex-12/NN) e SA.35083 (12/C) (ex-12/NN).
- (14) A decisão da Comissão de dar início ao procedimento («a decisão de início do procedimento») foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (8) e as partes interessadas foram convidadas a apresentar as suas observações sobre as medidas.
- (15) Por carta de 13 de novembro de 2012, as autoridades italianas solicitaram uma prorrogação do prazo para a apresentação das suas observações. Por carta de 15 de novembro de 2012, a Comissão respondeu favoravelmente a este pedido.
- (16) A Itália apresentou as suas observações em 11 de janeiro de 2013. A Comissão também recebeu observações de quatro terceiros interessados: em 9 de janeiro de 2013 da sociedade de advogados Studio Legale Prof. Avv. Mario P. Chiti («Chiti»), em 10 de janeiro de 2013 da sociedade de advogados Studio Legale Avvocato Roberto Preve — Katia Gavioli («Preve-Gavioli»), e em 11 de janeiro de 2013 da federação industrial Confindustria. Em 31 de janeiro de 2013, após o termo do prazo de um mês a contar da publicação da decisão de início do procedimento no *Jornal Oficial*, a Comissão recebeu observações da CGIL L'Aquila (a seguir «CGIL»).
- (17) Em 17 de janeiro de 2013, a Comissão transmitiu às autoridades italianas todas as observações recebidas dos terceiros interessados no prazo de um mês a contar da publicação da decisão de início do procedimento no *Jornal Oficial*, e solicitou que apresentassem observações. A Itália respondeu em 11 de março de 2013 que não tinha observações a apresentar sobre os comentários dos terceiros.
- (18) Em 23 de março de 2013, a Comissão solicitou esclarecimentos sobre as informações que recebeu da Itália. A Itália respondeu em 24 e 30 de abril de 2013. Em 12 de junho de 2014, a Comissão solicitou informações adicionais e enviou uma carta de insistência em 17 de outubro de 2014. A Itália respondeu ao pedido e à carta de insistência mediante a apresentação de informações em 20 e 24 de junho, 11 de julho, 4 de agosto e 29 de outubro de 2014.

## 2. DESCRIÇÃO DAS MEDIDAS

### Medidas e bases jurídicas

- (19) As medidas e os regimes enumerados *infra* visam reduzir os impostos devidos pelas empresas sediadas ou localizadas de outro modo nas regiões afetadas por várias calamidades naturais ocorridas na Itália desde 1990, em conjunto com as suas contribuições obrigatórias para a segurança social (devidas ao Instituto Nacional de Previdência Social (Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale — «INPS») e prémios de seguros obrigatórios contra acidentes de trabalho (devidos ao Instituto Nacional de Seguro contra os Acidentes de Trabalho (Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro — «INAIL») (doravante designados em conjunto «contribuições»).

(7) Ver nota de rodapé 3.

(8) Ver nota de rodapé 3.

*Medidas na sequência do terramoto no leste da Sicília em 1990*

- (20) Na sequência do terramoto que assolou o leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa) em 13-16 de dezembro de 1990, as autoridades italianas adotaram uma série de decisões e legislação entre 1990 e 2002 que concediam a todas as empresas <sup>(9)</sup> situadas nos municípios atingidos pelo terramoto <sup>(10)</sup> a suspensão e o diferimento do pagamento de impostos e contribuições ou a autorização do pagamento em prestações.
- (21) Uma lei de 2011 <sup>(11)</sup> previa que quem ainda não tivesse pago os respetivos impostos ou contribuições poderia retificar a sua posição (isto é, cumprir as suas obrigações de pagamento) mediante o pagamento dos montantes totais devidos, com um acréscimo de 15 %, até 28 de dezembro de 2001.
- (22) Porém, em 2002 a Itália aprovou legislação <sup>(12)</sup> que permitia que quem ainda não tivesse pago os respetivos impostos relativos a 1990, 1991 e 1992 retificasse automaticamente a sua posição mediante o pagamento de apenas 10 % do montante ainda em dívida em 16 de março de 2003 <sup>(13)</sup>. Por outras palavras, esta Lei n.º 289 de 27 de dezembro de 2002 introduziu a possibilidade de uma redução de 90 % dos montantes de impostos devidos ao Estado.
- (23) Novas leis em 2003 e 2004 <sup>(14)</sup> prorrogaram esta possibilidade até 16 de abril de 2004.
- (24) Nos termos de uma nova lei aprovada em 2005 <sup>(15)</sup>, que fazia referência à lei de 2002 <sup>(16)</sup>, as empresas que ainda não tivessem pago as contribuições para a segurança social (ao INPS) e os prémios dos seguros contra acidentes de trabalho (ao INAIL) relativos a 1990, 1991 e 1992 eram autorizadas a retificar automaticamente a sua posição mediante o pagamento de apenas 10 % dos montantes ainda em dívida. O orçamento previa 52 milhões de euros para esta medida <sup>(17)</sup>.
- (25) Uma outra lei de 2007 <sup>(18)</sup> prorrogou o prazo de pagamento até 31 de dezembro de 2007, mas exigia um pagamento de 30 % do montante de impostos ainda em dívida. Uma lei posterior <sup>(19)</sup>, promulgada também em 2007 prorrogou o prazo dos pagamentos até 30 de junho de 2008 e restabelecia a posição anterior que exigia o pagamento de apenas 10 % do montante ainda em dívida.

*Medidas aplicadas na sequência das inundações no norte da Itália em 1994*

- (26) Do mesmo modo, na sequência das inundações de novembro de 1994 no norte da Itália (que afetaram 257 municípios nas regiões de Piemonte, Lombardia, Emília-Romanha, Ligúria, Toscânia e Veneto), as autoridades italianas adotaram uma série de leis que concediam às empresas <sup>(20)</sup> que tinham sofrido danos significativos <sup>(21)</sup> em consequência das inundações a suspensão e o diferimento do pagamento de impostos e contribuições.
- (27) Em 2003 <sup>(22)</sup>, tal como no caso do terramoto no leste da Sicília, a Itália ofereceu às empresas afetadas pelas inundações de 1994 a possibilidade de retificarem a sua posição mediante o pagamento de apenas 10 % do montante de impostos e contribuições em dívida relativos ao período de 1995, 1996 e 1997 até julho de 2004.

<sup>(9)</sup> Incluindo empresas nos setores industrial, comercial, agrícola e do artesanato com atividades na região afetada pelo terramoto.

<sup>(10)</sup> Identificados por um despacho (decreto) do Primeiro-Ministro de 15 de janeiro de 1991.

<sup>(11)</sup> Artigo 138.º da Lei das Finanças de 2001, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-lei n.º 355 de 28 de setembro de 2011.

<sup>(12)</sup> Lei n.º 289 de 27 de dezembro de 2002 (a Lei das Finanças de 2003), artigo 9.º, n.º 17.

<sup>(13)</sup> Um único pagamento ou, para montantes superiores a 5 000 euros, em prestações.

<sup>(14)</sup> Artigo 23.º-I, n.º 5, do Decreto-lei n.º 355 de 24 de dezembro de 2003, convertido na Lei n.º 47 de 27 de fevereiro de 2004 e no Despacho Ministerial (decreto) de 8 de abril de 2004.

<sup>(15)</sup> Lei n.º 266 de 23 de dezembro de 2005 (a Lei das Finanças de 2006), artigo 1.º, n.º 363.

<sup>(16)</sup> Ver nota12.

<sup>(17)</sup> Lei n.º 81 de 11 de março de 2006 que converte em lei o Decreto-lei n.º 2 de 10 de janeiro de 2006.

<sup>(18)</sup> Artigo 3.º-C, n.º 2, da Lei n.º 17 de 26 de fevereiro de 2007 que converte em lei o Decreto-lei n.º 300 de 28 de dezembro de 2006.

<sup>(19)</sup> Lei n.º 248 de 31 de dezembro de 2007, artigo 36.º-A.

<sup>(20)</sup> Com exceção das empresas nos setores bancário e dos seguros.

<sup>(21)</sup> Os danos eram considerados «significativos» (rilevante) na aceção do artigo 16.º-A da Lei n.º 22 de 21 de janeiro de 1995, que converteu em lei o Decreto-lei n.º 646 de 24 de novembro de 1994, se fossem superiores a um sexto dos rendimentos declarados no ano fiscal de 1993 e fossem, em qualquer caso, iguais ou superiores a 2 milhões de LIT (cerca de 1 032,39 euros).

<sup>(22)</sup> Lei n.º 350 de quarta-feira, 24 de dezembro de 2003 (a Lei das Finanças de 2004), artigo 4.º, n.º 90.

- (28) Leis posteriores promulgadas em 2007 (23) prorrogaram o prazo de pagamento dos montantes de impostos e contribuições ainda em dívida até 31 de março de 2008.

*Medidas semelhantes executadas na sequência de outras calamidades naturais na Itália ocorridas entre 1997 e 2002*

- (29) Nos últimos anos, de acordo com as informações disponibilizadas à Comissão, a Itália autorizou reduções semelhantes noutras zonas afetadas por calamidades naturais.
- (30) Em 2006, a Itália introduziu uma redução de 50 % (24) dos impostos e contribuições (25) das empresas com sede social ou instalações nos municípios da província de Catânia, Sicília, afetadas pelo terramoto e a erupção do vulcão Etna em 2002 (26).
- (31) Em 2008, a Itália introduziu uma redução de 60 % nos impostos e contribuições das empresas com sede social ou instalações nos municípios das regiões de Úmbria e Marcas atingidas pelo terramoto em 1997 (27).
- (32) Em 2008, a Itália introduziu uma redução de 60 % dos impostos e contribuições das empresas com sede social ou instalações nos municípios das regiões de Molise e Apúlia afetados pelo terramoto em 2002 (28).
- (33) A mesma redução de 60 % dos impostos e contribuições foi introduzida em 2011 (29) em relação às empresas com sede social ou instalações nos municípios da região de Abruzzo afetados pelo terramoto de 6 de abril de 2009 (para informações mais pormenorizadas ver o ponto seguinte).

*Medida de auxílio notificada SA.35083 (12/NN) na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzzo*

- (34) A medida notificada pelas autoridades italianas e registada pela Comissão com o número SA.35083 (12/NN) (ver considerando 8) prevê auxílios sob a forma de redução de impostos e contribuições na sequência do terramoto de 2009 na região de Abruzzo.
- (35) Na sequência do terramoto que assolou a região de Abruzzo (a capital regional L'Aquila e vários outros municípios) em 6 de abril de 2009, as autoridades italianas adotaram uma série de decisões ou leis (30) que concediam a todas as empresas (31) localizadas nos municípios (32) afetados pelo terramoto a suspensão e o diferimento do pagamento dos impostos e contribuições até 30 de novembro de 2009. Este prazo foi prorrogado por alterações posteriores até 30 de junho de 2010 (33), 15 de dezembro de 2010 (34), 31 de outubro de 2011 (35) e finalmente 16 de dezembro de 2011 (36).

(23) Artigo 3.º-C, n.º 1, da Lei n.º 17 de 26 de fevereiro de 2007 que converte em lei o Decreto-lei n.º 300 de 28 de dezembro de 2006. Decreto-lei n.º 248 de 31 de dezembro de 2007, artigo 36.º-A.

(24) Lei n.º 296 de 27 de dezembro de 2006, artigo 1.º, n.º 1011, que refere o despacho (ordinanza) n.º 3442 do Primeiro-Ministro de 10 de junho de 2005, que por sua vez, menciona o despacho n.º 3254 do Primeiro-Ministro de 29 de novembro de 2002.

(25) Na Lei n.º 296 de 27 de dezembro de 2006, o artigo 1.º, n.º 1011, faz referência a «qualquer imposto ou contribuição [...] reduzido para 50 %».

(26) O artigo 5.º do despacho n.º 3254 do Primeiro-Ministro de 29 de novembro de 2002 suspendeu, pela primeira vez, «os pagamentos para a assistência e a segurança social e os prémios dos seguros obrigatórios contra acidentes de trabalho e doenças profissionais» a respeito de «pessoas residentes ou com sede social ou instalações na zona». O despacho n.º 3242 do Primeiro-Ministro de 10 de junho de 2005 confirmou a suspensão para as «entidades patronais privadas com sede social ou instalações nos municípios [...]».

(27) Artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 61 de 8 de abril de 2008, convertido na Lei n.º 103 de 6 de junho de 2008 (com financiamento previsto pela Lei n.º 244 de 24 de dezembro de 2007, artigo 2.º, n.º 109); Artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 162 de 23 de outubro de 2008, convertido na Lei n.º 201 de 22 de dezembro de 2008.

(28) Artigo 6.º, n.º 4-A, e n.º 4-B, do Decreto-lei n.º 185 de 29 de novembro de 2008, convertido na Lei n.º 2 de 28 de janeiro de 2009.

(29) Lei n.º 183 de 12 de novembro de 2011, artigo 33.º, n.º 28.

(30) Despachos n.ºs 3753 e 3754 do Primeiro-Ministro de 9 de abril de 2009 e n.º 3780 de 6 de junho de 2009; Decreto-lei n.º 39 de 28 de abril de 2009, convertido na Lei n.º 77 de 24 de junho de 2009.

(31) «[...] residentes, tendo na data do terramoto ou «tendo a sua residência para efeitos fiscais ou instalações [...]».

(32) Identificados pelo despacho (decreto) n.º 3 do Primeiro-Ministro de 16 de abril de 2009.

(33) Despacho (ordinanza) n.º 3837 do Primeiro-Ministro de 30 de dezembro de 2009.

(34) Artigo 39.º do Decreto-lei n.º 78 de 31 de maio de 2010, convertido na Lei n.º 122 de 30 de julho de 2010.

(35) Decreto-Lei n.º 225 de 29 de dezembro de 2010, artigo 3.º.

(36) Despacho (decreto) do Primeiro-Ministro de 16 de agosto de 2011.

- (36) Em 12 de novembro de 2011, a Itália promulgou uma lei (37) que estipulava a retoma da cobrança dos impostos e contribuições suspensos e diferidos desde o terramoto a partir de janeiro de 2012, em prestações de 120 em 120 meses e a redução do montante a pagar para 40 % do montante inicialmente em dívida.

### Objetivo das medidas

- (37) O objetivo geral dos regimes descritos (que reduziram os impostos e contribuições em até 90 %) consistia em apoiar as empresas com sede social ou instalações nas zonas afetadas por calamidades naturais.

### Âmbito geográfico das medidas

- (38) As medidas são aplicáveis às zonas da Itália que foram afetadas por calamidades naturais, designadamente terramotos, inundações ou erupções vulcânicas identificadas na legislação.

- (39) As zonas mencionadas nestas medidas são as seguintes:

- os municípios (38) afetados pelo terramoto que assolou o leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa) em 13-16 de dezembro de 1990;
- os municípios (39) das regiões de Piemonte, Lombardia, Emília-Romanha, Ligúria, Toscânia e Veneto afetados pelas inundações de novembro de 1994;
- os municípios (40) da província de Catânia, Sicília, afetados pelo terramoto e a erupção do vulcão Etna em 2002;
- os municípios (41) das províncias de Ancona (na região de Marcas) e Perugia (na região de Úmbria) afetados pelo terramoto de 1997;
- os municípios (42) das províncias de Campobasso (na região de Molise) e Foggia (na região de Apúlia) afetados pelo terramoto de 2002;
- Os municípios (43) da região de Abruzzo afetados pelo terramoto de 6 de abril de 2009.

### Beneficiários

- (40) Os regimes estão à disposição das empresas que operam em todos os setores, incluindo agricultura, silvicultura, pesca e aquicultura (44), com a exceção da medida concedida na sequência das inundações no norte da Itália em 1994, que exclui as empresas nos setores bancário e dos seguros.

- (41) No caso dos terramotos e das erupções vulcânicas na Sicília, Úmbria, Marcas, Molise, Apúlia e Abruzzo, os beneficiários são todas as empresas com sede social ou instalações nos municípios afetados pela calamidade natural que são identificados pela legislação específica.

- (42) No caso das inundações no norte da Itália, os beneficiários são as empresas sediadas ou que operam nos municípios afetados pela calamidade natural, mas apenas se conseguirem provar que sofreram danos significativos (45).

(37) Lei n.º 183 de 12 de novembro de 2011 (a Lei relativa à estabilidade de 2012), artigo 33.º, n.º 28.

(38) Identificados por um despacho do Primeiro-Ministro de 15 de janeiro de 1991.

(39) Identificados por dois despachos do Primeiro-Ministro de 26 e 29 de novembro de 1994.

(40) Identificados por um despacho do Primeiro-Ministro de terça-feira, 29 de outubro de 2002.

(41) Identificados pelos despachos (ordinanze) n.ºs 2668 de 28 de setembro de 1997, 2694 de 13 de outubro de 1997 e 2719 de 28 de novembro de 1997.

(42) Identificados por dois despachos (decreti) do Primeiro-Ministro de 31 de outubro de 2002 e 8 de novembro de 2002.

(43) Identificados por dois despachos (decreti) do Primeiro-Ministro n.ºs 3 de 16 de abril de 2009 e 11 de 17 de julho de 2009.

(44) Todavia, tal como referido no considerando 7, a presente decisão não é aplicável às atividades relacionadas com a produção, transformação e comercialização de produtos agrícolas, de acordo com a lista constante do anexo I do Tratado, com exceção dos produtos da pesca e aquicultura.

(45) Ver considerando 26 para a definição de danos «significativos».

### Duração das medidas

- (43) A Comissão considera que o funcionamento dos regimes que introduziram reduções teve início no momento em que as respetivas bases jurídicas entraram em vigor. A Comissão reconhece que a implementação das medidas pode ter sido iniciada num momento diferente, tal como previsto nas medidas de execução (como os despachos de aplicação das várias bases jurídicas, ver as observações da Itália sobre a decisão de início do procedimento resumidas nos considerandos 87 a 94).
- (44) A Comissão considera que as medidas de redução entraram em vigor nas seguintes datas:
- no caso do terramoto de 13-16 de dezembro de 1990 no leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa), 1 de janeiro de 2003 (46) relativamente aos impostos e 1 de janeiro de 2006 (47) relativamente às contribuições;
  - no caso das inundações de 1994 no norte da Itália, 1 de janeiro de 2004 (48);
  - no caso do terramoto e da erupção do vulcão Etna de 2002, 1 de janeiro de 2007 (49);
  - no caso do terramoto de 1997 nas regiões de Úmbria e Marcas, 1 de janeiro de 2008 (50);
  - no caso de terramoto de 2002 nas regiões de Molise e Apúlia, 29 de novembro de 2008 (51); e
  - no caso do terramoto de 2009 na região de Abruzzo, 1 de janeiro de 2012 (52).
- (45) No que diz respeito ao período em que estas reduções eram aplicáveis, os períodos de suspensão do pagamento dos impostos e contribuições são mencionados na respetiva legislação. A Comissão regista o facto de que os vários regimes eram aplicáveis a diferentes períodos em relação a diferentes tipos de impostos e contribuições. Com base nas informações apresentadas pela Itália à Comissão durante a fase de investigação formal (ver as observações da Itália sobre a decisão de início do procedimento resumidas nos considerandos 87 a 94), estes períodos encontravam-se estipulados do seguinte modo.
- a) no caso do terramoto no leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa) em 13-16 de dezembro de 1990, o período de suspensão engloba 1990, 1991 e 1992. A Agência de Receitas italiana (Agenzia delle Entrate) refere o período entre 13 de dezembro de 1990 e 31 de julho de 1993 e segundo tanto o INPS como o INAIL o período de suspensão das contribuições verificou-se entre 13 de dezembro de 1990 e 31 de dezembro de 1992;
  - b) no caso das inundações no norte da Itália em novembro de 1994, a legislação indica como período de referência os anos 1995, 1996 e 1997, ao passo que a Agência de Receitas refere o período entre 4 de novembro de 1994 e 31 de outubro de 1995; O INPS define o final do período em 30 de novembro de 1995; e segundo o INAIL todo o período tinha início em 1 de janeiro de 1995 e terminava em 31 de dezembro de 1997;
  - c) no caso do terramoto em Úmbria e Marcas em 1997, o período de suspensão relevante parece ser entre 26 de setembro de 1996 e 30 de junho de 1999 (31 de março de 1998 no que se refere a alguns beneficiários);
  - d) no caso do terramoto em Molise e Apúlia em 2002, a Agência de Receitas afirma que o período de suspensão teve início em 31 de outubro de 2002 e terminou em 30 de junho de 2008, ao passo que o INPS e o INAIL indicam o período entre 31 de outubro de 2002 e 31 de dezembro de 2007;
  - e) no caso do terramoto e da erupção do vulcão Etna em 2002, o período de suspensão vigorou entre 29 de outubro de 2002 e 31 de março de 2004;
  - f) no caso do terramoto de 2009 na região de Abruzzo, o período de suspensão relevante depende da natureza do beneficiário: no que diz respeito a todas as empresas com um volume de negócios anual superior a 200 000 euros, o período de aplicação parece ser entre 6 de abril de 2009 e 3 de junho de 2010; no que se refere às empresas com um volume de negócios anual inferior a 200 000 euros e às pessoas singulares com

(46) A data de entrada em vigor da Lei n.º 289 de 27 de dezembro de 2002 (a Lei das Finanças de 2003).

(47) A data de entrada em vigor da Lei n.º 266 de 29 de dezembro de 2005 (a Lei das Finanças de 2006), artigo 1.º, n.º 363.

(48) A data de entrada em vigor da Lei n.º 350 de quarta-feira, 24 de dezembro de 2003 (a Lei das Finanças de 2004).

(49) A data de entrada em vigor da Lei n.º 296 de quarta-feira, 27 de dezembro de 2006 (a Lei das Finanças de 2007).

(50) A data de entrada em vigor da Lei n.º 244 de segunda-feira, 24 de dezembro de 2007 (a Lei das Finanças de 2008).

(51) A data de entrada em vigor da Lei n.º 185 de 29 de novembro de 2008 (a Lei relativa às medidas de resposta à crise de 2009).

(52) A data de entrada em vigor da Lei n.º 183 de 12 de novembro de 2011 (a Lei relativa à estabilidade de 2012) e especificamente do artigo 33.º, n.º 28, notificada pelas autoridades italianas no processo SA.35083 (12/NN).

rendimentos decorrentes de atividades económicas e trabalho independente, o período parece vigorar entre 6 de abril de 2009 e 15 de dezembro de 2010.

- (46) No que se refere à duração das medidas de redução, cada base jurídica indica um prazo final diferente após o qual a redução deixa de se encontrar disponível. A Comissão considera que o período de aplicação foi prorrogado em consequência dos acórdãos do Supremo Tribunal de Cassação italiano, tal como explicado nos considerandos 49 a 53 (ver também as observações da Itália sobre a decisão de início do procedimento resumidas nos considerandos 91 a 93).

### **Custos elegíveis**

- (47) Os custos elegíveis ao abrigo das medidas são impostos, contribuições obrigatórias para a segurança social (devidas ao INPS) e prémios obrigatórios de seguros contra acidentes de trabalho (devidos ao INAIL) a pagar pelas empresas num determinado período de tempo na sequência da calamidade natural (tal como determinado na base jurídica de cada medida).

### **Forma e intensidade do auxílio**

- (48) O auxílio é concedido sob a forma de uma redução dos impostos e contribuições. A redução ascende a 90 % no que diz respeito às medidas aplicáveis à Sicília e ao norte da Itália, a 60 % às medidas relativas a Marcas, Úmbria, Molise, Apúlia e Abruzzo, e a 50 % no que se refere a Catânia. O montante em dívida pode ser liquidado num pagamento ou em prestações (por exemplo, até prestações de 120 em 120 meses no caso da medida concedida à região de Abruzzo). Por vezes, estas prestações incluem pagamentos de juros, em função da medida específica.

### **Acórdãos do Supremo Tribunal de Cassação**

- (49) O pedido de informações do tribunal ordinário de Cuneo (ver considerando 1 *supra*) também chamou a atenção da Comissão para vários acórdãos emitidos pelo Supremo Tribunal de Cassação italiano em 2007 e 2010<sup>(53)</sup> nos quais o Tribunal decidiu que seria necessário aplicar a redução para 10 % dos montantes de impostos e contribuições em dívida a todos os elegíveis mesmo se, entretanto, já tivessem pago o montante total.
- (50) Com efeito, o Supremo Tribunal de Cassação considerou que todas as empresas elegíveis para o benefício das medidas concedidas à Sicília ou ao norte da Itália tinham direito à mesma redução de 90 % dos impostos e contribuições: caso contrário verificar-se-ia uma «*disparidade de tratamento injustificada*».
- (51) A interpretação apresentada pelo Supremo Tribunal de Cassação foi confirmada pelas autoridades italianas nas suas cartas de 7 de dezembro de 2011 e 25 de julho de 2012. Nesta última carta, as autoridades italianas referem um acórdão posterior do Supremo Tribunal de Cassação<sup>(54)</sup>, emitido em 2012, que considerava que um recurso instaurado pela Agência de Receitas era inadmissível devido à existência de jurisprudência constante.
- (52) A Comissão está consciente da importância destes acórdãos para inúmeros processos pendentes perante vários tribunais na Itália nos quais foram instauradas ações por partes potencialmente abrangidas pelas diferentes medidas.
- (53) Tomando em consideração os acórdãos do Supremo Tribunal de Cassação, as medidas parecem ser aplicáveis retrospectivamente em benefício de todas as empresas, incluindo as que pagaram os impostos e as contribuições de modo normal, pelo menos no caso das medidas relativas ao leste da Sicília e o norte da Itália às quais os acórdãos se referem. Portanto, parece não existir um prazo para a aplicação dos regimes, desde que as empresas consigam provar que têm direito ao auxílio.

<sup>(53)</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Cassação, Quinta Secção Civil, 1 de outubro de 2007, n.º 20641; Acórdão do Supremo Tribunal de Cassação, Secção de Trabalho, 7 de maio de 2010, n.º 11133; Acórdão do Supremo Tribunal de Cassação, Secção de Trabalho, segunda-feira, 10 de maio de 2010, n.º 11247;

<sup>(54)</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Cassação, 12 de junho de 2012, n.º 9577.

### 3. MOTIVOS PARA DAR INÍCIO AO PROCEDIMENTO FORMAL DE INVESTIGAÇÃO

- (54) A Comissão deu início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 102.º, n.º 2, do TFUE relativo às medidas em causa, tal como descrito na secção II da presente decisão, porque pareciam constituir auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. A Comissão emitiu igualmente uma injunção de suspensão nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho<sup>(55)</sup> que exigia que a Itália suspendesse todos os pagamentos no âmbito de qualquer uma das medidas de auxílio a que se referem os processos SA.33083 (12/NN) e SA.35083 (12/NN).
- (55) Na decisão de início do procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2 («a decisão de início do procedimento»)<sup>(56)</sup>, a Comissão analisou as medidas tomando em consideração a derrogação constante do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE, que declara que «os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários» são compatíveis com o mercado interno.
- (56) A Comissão ponderou ainda se as medidas eram suscetíveis de beneficiar de qualquer das outras derrogações previstas nos artigos 107.º, n.º 2, e 107.º, n.º 3, do TFUE.

#### **Ilegalidade das medidas de auxílio**

- (57) Na decisão de início do procedimento, a Comissão salientou que as autoridades italianas não tinham cumprido a sua obrigação de notificar os regimes em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, tal como as autoridades italianas tinham reconhecido durante a fase preliminar de investigação.

#### **Análise das medidas ao abrigo dos artigos 107.º, n.º 2, e 107.º, n.º 3, do TFUE**

- (58) A Comissão examinou os regimes de auxílios tomando em consideração o artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE, que prevê que «os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais» são compatíveis com o mercado interno.
- (59) Na avaliação dos regimes de auxílios do tipo contemplado no artigo 107.º, n.º 2, alínea b), é necessário que a Comissão verifique i) que as circunstâncias subjacentes à fundamentação da concessão de auxílio constituem, com efeito, uma calamidade natural, e ii) que são preenchidas as seguintes condições:
- os danos relativamente aos quais a compensação é concedida são uma consequência direta da calamidade natural;
  - o auxílio não resulta na sobrecompensação dos danos, remedindo apenas os danos causados pela calamidade natural.
- (60) A legislação italiana identifica zonas afetadas por calamidades naturais de três tipos: terramotos, inundações e erupções vulcânicas. A Comissão tem mantido a opinião constante de que os terramotos, inundações e erupções vulcânicas constituem calamidades naturais na aceção do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE<sup>(57)</sup>; consequentemente, as empresas que sofreram danos devido a estas calamidades naturais podem, em princípio, beneficiar de auxílio no montante máximo dos danos sofridos.
- (61) Porém, os regimes em questão não estabelecem qualquer definição de danos (quer materiais, quer económicos), nem determinam qualquer relação entre o auxílio e os danos sofridos em consequência da calamidade natural<sup>(58)</sup>. Além disso, os regimes não limitam a compensação aos danos efetivamente sofridos pelos beneficiários e os custos elegíveis não são determinados com base nos danos sofridos pelas empresas em consequência da calamidade natural.

<sup>(55)</sup> Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 83 de 27.3.1999, p. 1).

<sup>(56)</sup> Ver nota de rodapé 3.

<sup>(57)</sup> Ver o Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 17 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado (JO L 187 de 26.6.2014, p. 1).

<sup>(58)</sup> Com a exceção parcial das medidas relacionadas com as inundações de 1994 no norte da Itália, que fixaram um nível mínimo de danos como condição de qualquer auxílio.

### Dúvidas e motivos para dar início ao procedimento de investigação

- (62) Tomando em consideração o que precede e com base nas informações disponíveis, uma vez que as medidas tinham sido implementadas sem a sua notificação à Comissão, a Comissão considerou que constituíam auxílio ilegal na aceção do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999.
- (63) Além disso, em consequência da sua avaliação preliminar, a Comissão expressou sérias dúvidas relativamente a se as medidas introduzidas pela Itália a partir de 2002 eram compatíveis com o mercado interno. Com base na avaliação preliminar, não foi possível estabelecer a conclusão de que as medidas de auxílio se encontravam em conformidade com os princípios do TFUE, e designadamente com o artigo 107.º, n.º 2, alínea b), que permite que os auxílios remediem os danos causados por calamidades naturais <sup>(59)</sup>. Nomeadamente, a Comissão manifestou dúvidas quanto a se as informações apresentadas pelas autoridades italianas seriam suficientes para demonstrar que as medidas em questão visavam, tendo em conta a sua natureza e disposições operacionais, remediar os danos causados por calamidades naturais.
- (64) Nomeadamente, a Comissão não conseguiu concluir com base nas disposições operacionais descritas nas medidas que:
- os beneficiários eram empresas que tinham, com efeito, sofrido danos (com a exceção parcial da medida relativa ao norte da Itália, que exigia que a empresa tivesse sofrido um montante mínimo de danos, ver considerando 26);
  - os danos foram causados exclusivamente pelas calamidades naturais a que se refere a legislação;
  - os auxílios concedidos às empresas se limitaram exclusivamente a remediar os danos causados pela calamidade natural, excluindo qualquer sobrecompensação dos danos sofridos por cada beneficiário.
- (65) Além disso, a Comissão manifestou dúvidas quanto a se seria aplicável alguma das restantes derrogações previstas nos artigos 107.º, n.º 2, e 107.º, n.º 3, do TFUE <sup>(60)</sup>.
- (66) Por conseguinte, solicitou-se que as autoridades italianas e os terceiros interessados fornecessem, junto com as suas observações sobre a decisão de início do procedimento, todas as informações necessárias para realizar uma apreciação completa e apresentassem à Comissão toda a documentação adequada.

#### IV. OBSERVAÇÕES DAS PARTES INTERESSADAS

##### Observações apresentadas pela sociedade de advogados Chiti

- (67) A Chiti é uma sociedade de advogados sediada em Florença que representa 58 empresas privadas e organizações públicas, bem como departamentos administrativos afetados de várias formas pelas inundações de 1994 em Piemonte. O objetivo da sua apresentação de observações consiste em demonstrar que o caso de Piemonte é diferente dos restantes casos de benefícios concedidos na sequência de calamidades naturais.
- (68) Depois de apresentar uma descrição dos factos e dos desenvolvimentos legislativos no processo, a Chiti incide sobre os acórdãos do Supremo Tribunal de Cassação. Argumenta que no seguimento dos acórdãos emitidos em 2007, 2010 e 2012, todas as empresas afetadas pelas inundações em Piemonte conseguiram retificar a sua posição ex post mediante o pagamento de 10 % do montante em dívida ou, no caso de já terem pago o montante total, por meio do pedido de reembolso de 90 %, tal como previsto no artigo 3.º, n.º 90, da Lei n.º 350/2003. Dos 233 processos judiciais relativos à compensação de danos provocados pelas inundações, 96 terminaram com acórdãos que são agora definitivos, ao passo que a maioria dos restantes se encontra suspensa em consequência da injunção de suspensão emitida pela Comissão em 17 de outubro de 2012.
- (69) A Chiti afirma que, para obterem o benefício destes regimes nos tribunais, as empresas tiveram de demonstrar in concreto o montante de danos efetivos e o nexo de causalidade entre o acontecimento e os danos. Os elementos

<sup>(59)</sup> No processo C-278/00 Grécia/Comissão Col. 2004, p. I-03997, o Tribunal de Justiça considerou que «apenas podem ser compensadas, na aceção desta disposição, as desvantagens económicas causadas diretamente por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários» (n.º 82 do acórdão) e que «não se pode considerar que semelhante disposição, de alcance muito vasto, constitui um regime de auxílios destinado a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários» (n.º 85).

<sup>(60)</sup> Decisão de início do procedimento, pontos 3.3.2 e 3.3.3.

de prova aceites consistiram em avaliações técnicas ordenadas pelo tribunal, relatórios certificados por peritos ou documentos oficiais do INPS e do INAIL. As empresas obtiveram compensações apenas no que se refere aos danos efetivos que conseguiram provar ou às perdas determinadas pelo próprio tribunal.

(70) A Chiti alega que o regime de compensação dos danos causados pelas inundações de 1994 em Piemonte é relativo a uma calamidade natural e, portanto, deve ser examinado ao abrigo do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE. Para que as medidas deste tipo sejam compatíveis com o mercado interno, é necessário demonstrar que existe um nexo de causalidade entre o acontecimento e os danos e que não existe sobrecompensação dos danos. No que diz respeito ao perfil dos clientes que representa, a Chiti argumenta que a compensação não foi concedida indiscriminadamente a todas as empresas de Piemonte, mas apenas às que preenchem as seguintes condições:

- a) a empresa deve estar localizada nas zonas identificadas como inundadas em despachos governamentais específicos. Neste sentido, as medidas são seletivas, mas segundo a Chiti não são abrangidas pelo artigo 107.º, n.º 1, do TFUE. A delimitação geográfica do auxílio não decorre de uma avaliação política ou económica (por exemplo, relativa a taxas de desemprego ou a zonas menos desenvolvidas), mas de acontecimentos naturais imprevisíveis que estão fora do controlo humano. Os beneficiários são identificados com base em critérios que se encontram fora do exercício de qualquer tipo de discreção. Com efeito, não existe seletividade, uma vez que não existe distorção da concorrência: o objetivo da legislação consiste em remediar a desvantagem das empresas afetadas pela calamidade natural. Tal é uma consequência do princípio da igualdade de tratamento;
- b) para obter a compensação é necessário que existam provas de que os danos foram «significativos». Esta condição distingue o caso de Piemonte dos restantes casos. A única perda que pode ser compensada são os danos materiais superiores ao limiar de 2 mil milhões de LIT estabelecido pela legislação, que devem ser determinados por avaliações técnicas certificadas;
- c) deve existir um nexo de causalidade entre o acontecimento e os danos. Segundo a legislação italiana, a demonstração de um nexo de causalidade constitui uma condição prévia essencial para a obtenção de compensação; portanto, as empresas em causa tiveram de determinar um nexo de causalidade perante um tribunal em todos os casos. Isto significa que não se verificou qualquer sobrecompensação, uma vez que foi necessário apresentar os danos num relatório certificado ou num relatório oficial das autoridades envolvidas. Além disso, constitui um princípio geral da legislação italiana que a compensação de perdas extracontratuais nunca deve ser uma fonte de lucro (artigo 2043.º do Código Civil).

(71) Assim, no caso de Piemonte, a Chiti solicita à Comissão que reconsidera a sua declaração geral de que as medidas sob investigação não parecem visar remediar os danos causados por calamidades naturais. Segundo a Chiti, o caso de Piemonte apresenta características que o distinguem dos restantes casos tratados em conjunto na decisão de início do procedimento. Além disso, a Chiti alega que os benefícios concedidos às empresas em questão são compatíveis com o mercado interno ao abrigo do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE porque:

- a compensação é exclusivamente relativa aos danos diretamente decorrentes da calamidade natural;
- os danos são quantificados em termos da sua importância para a empresa em apreço;
- não se verificou qualquer sobrecompensação, uma vez que a compensação foi definida exatamente em conformidade com os danos provados;
- não existe qualquer sobreposição com outros benefícios.

(72) Caso o auxílio fosse considerado incompatível, e se determinasse a sua recuperação, a Chiti considera que seria aplicável o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999. A Chiti argumenta que, segundo essa disposição, a Comissão não pode ordenar a recuperação do auxílio após o decurso de 10 anos a contar do dia em que o auxílio foi concedido ao beneficiário. A concessão dos benefícios teve início no período imediatamente posterior às inundações em novembro de 1994, nos termos do Decreto-lei n.º 646 de 24 de novembro de 1994. As disposições em vigor para ajudar as empresas afetadas pelas inundações em Piemonte foram meramente aperfeiçoadas por leis sucessivas adotadas no período entre 2003 e 2007. Ou seja, a decisão de início do procedimento refere 1 de janeiro de 2004 como a data de início da aplicação dos benefícios, mas o momento em que o auxílio foi efetivamente concedida no caso de Piemonte foi novembro de 1994.

- (73) A Chiti argumenta que o artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 também é aplicável: este prevê que a Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito da União. Neste caso, estão em causa dois princípios. Em primeiro lugar, o princípio da segurança jurídica exige o respeito dos acórdãos finais emitidos pelos tribunais nacionais e impede qualquer possibilidade de recuperação dos montantes recebidos pelas empresas. Embora reconheça que o princípio de *res judicata* não tem valor absoluto no direito comunitário, a Chiti considera que as condições específicas que conduziram o Tribunal de Justiça aos seus acórdãos sobre este princípio no passado não são aplicáveis no caso em questão<sup>(61)</sup>. Em segundo lugar, a Chiti invoca o princípio das expectativas legítimas: a partir do final de 1994 até 2011 nenhuma autoridade nacional ou comunitária manifestou questões sobre a legalidade dos benefícios. Ao longo de todo esse período, as empresas em apreço receberam benefícios que as autoridades competentes não consideraram que constituíam auxílios estatais. A Chiti conclui que se trata de uma situação típica na qual é aplicável o princípio das expectativas legítimas.

### **Observações apresentadas pela sociedade de advogados Preve-Gavioli**

- (74) A Preve-Gavioli é uma sociedade de advogados sediada em Turim. Depois de resumir os desenvolvimentos da legislação italiana em apreço e as circunstâncias que conduziram ao procedimento da Comissão, a Preve-Gavioli afirma que os benefícios conferidos às empresas afetadas pelas inundações de 1994 em Piemonte não são seletivos, uma vez que não favorecem de maneira algumas empresas específicas ao isentá-las de custos que, em circunstâncias normais, teriam de suportar. As medidas visam apenas compensar as empresas pelos danos sofridos em consequência de uma calamidade natural. Além disso, os benefícios previstos na legislação não reforçam a posição concorrencial dos beneficiários em relação à concorrência, uma vez que a compensação que receberam simplesmente lhes permitiu regressar ao mercado em pé de igualdade com as empresas que não sofreram quaisquer danos ou perda de rendimentos. Ou seja, os benefícios não distorcem a concorrência de maneira alguma, mas corrigem uma situação de desvantagem financeira e restabelecem a competitividade comercial das empresas afetadas pelas inundações.
- (75) A Preve-Gavioli considera que os benefícios concedidos às empresas afetadas pelas inundações de 1994 em Piemonte não podem ser descritos como auxílios estatais, uma vez que as condições estipuladas no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE não são preenchidas. Contudo, mesmo que as medidas fossem consideradas auxílios estatais, deveriam ser classificadas como auxílios destinados a remediar os danos causados por uma calamidade natural ao abrigo do artigo 107.º, n.º 2, alínea b). Assim, são compatíveis com o mercado interno de acordo com o disposto no próprio Tratado e não são objeto da obrigação de notificação prévia ou da avaliação prévia pela Comissão.

### **Observações apresentadas pela Confindustria**

- (76) A Confindustria é a maior federação patronal italiana, fundada em 1910. É uma organização voluntária constituída por aproximadamente 150 000 empresas que empregam um total de quase 5 500 000 pessoas. Apresentou observações como parte interessada ao abrigo do artigo 108.º, n.º 2, do TFUE tanto no processo SA.33083 como no processo SA.35083.
- (77) A Confindustria receia que o incumprimento, por parte da Itália, da sua obrigação de notificação dos auxílios estatais à Comissão seja suscetível de prejudicar as empresas que beneficiaram em boa-fé das medidas destinadas a remediar os danos causados pelas calamidades naturais.
- (78) Confindustria afirma que a Comissão deve tomar em consideração alguns factos de caráter geral relativos ao contexto global. Em especial, as medidas dizem respeito a acontecimentos de há 20 anos (mais em alguns casos); por este motivo, a prática atual no que se refere a decisões em matéria de auxílios estatais não proporciona a proteção adequada das partes interessadas. Mesmo quando existem dúvidas relativamente à compatibilidade de

<sup>(61)</sup> Processo C-119/05 Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini, Col. 2007, p. I-6199 (ECLI:EU:C:2007:434).

determinadas medidas adotadas por uma legislatura nacional, é difícil obter informações das autoridades competentes; e no atual contexto económico, a maioria das empresas, em especial as PME, continua a apresentar graves problemas de liquidez. A ordem de recuperação dos auxílios concedidos há décadas nesta fase colocaria em risco a sobrevivência de muitas destas empresas. Além disso, a Confindustria não comprehende os motivos para as dúvidas no que diz respeito à compatibilidade das medidas.

- (79) A Confindustria sugere que se deve encontrar uma solução alternativa para evitar penalizar as empresas em causa de modo injustificado e perigoso.
- (80) Em primeiro lugar, a Confindustria considera que, no que diz respeito a cada medida e processo em causa, é necessário efetuar uma avaliação cuidadosa da existência de circunstâncias excepcionais passíveis de demonstrar que não existiram auxílios ou que nenhum auxílio deve ser recuperado. As circunstâncias especiais são i) o prazo de prescrição de dez anos, ii) o princípio da proteção das expectativas legítimas, e iii) a aplicabilidade de derrogações para além das estabelecidas no artigo 107.º, n.º 3, alínea c).
- (81) Em segundo lugar, a Confindustria solicita à Comissão que especifique expressamente na sua decisão quais os casos em que os montantes pagos às empresas como compensação pelos danos diretamente causados por calamidades naturais podem ser considerados compatíveis com o Tratado. As medidas em apreço incidem sobre as empresas diretamente afetadas por acontecimentos que a Comissão sempre considerou serem abrangidos pela definição de calamidades naturais: terramotos, inundações, erupções vulcânicas, etc. A formulação da legislação subjacente às medidas esclarece que estas foram adotadas pelas autoridades italianas com o objetivo de remediar os danos causados por estas calamidades naturais. A Confindustria alega que os beneficiários são empresas que sofreram danos reais em consequência de calamidades naturais. Embora apenas em alguns casos o benefício tenha sido expressamente concedido a empresas que tinham sofrido danos «significativos», deve reconhecer-se que os danos foram significativos também noutros casos: o simples facto de uma empresa estar localizada numa zona afetada por uma calamidade natural conduz necessariamente a perdas económicas, independentemente de quaisquer danos materiais. A Confindustria argumenta ainda que podem existir casos nos quais os beneficiários dispõem de documentos que demonstram o montante dos danos efetivamente sofridos e que demonstram que as perdas são significativamente superiores à compensação recebida. Consequentemente, a Confindustria considera que todas as medidas sob investigação são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 2, do TFUE.
- (82) No que diz respeito às condições nas quais a Comissão se baseia, a Confindustria reconhece que, no que se refere a algumas medidas em questão, parece não existir uma definição formal de danos; o mesmo é aplicável à determinação da correlação e proporção entre o montante dos danos sofridos e o montante do auxílio. Contudo, a Confindustria sugere que tal correlação existe de facto — que no caso de uma calamidade natural todas as empresas sofrem danos (pelo menos perdas económicas) e que é possível conceber um método simplificado para calcular os danos e os auxílios correspondentes. Este método deve tomar em consideração, por exemplo, a capacidade de gerar receita e o número de pessoas empregadas por cada empresa. Portanto, o problema está relacionado com os casos de sobrecompensação e não com a compatibilidade das medidas com as regras em matéria de auxílio estatal. É importante evitar uma situação na qual ações contra alguns casos de sobrecompensação sejam suscetíveis de conduzir à penalização de uma grande maioria de empresas que tenham recebido benefícios em boa-fé e em conformidade com a legislação. Assim, a Confindustria sugere que as empresas devem ser autorizadas a conservar o auxílio não obstante o facto de que, no momento da sua aprovação, se as autoridades italianas tivessem sido conformes com o Tratado e a obrigação de notificação, o auxílio deveria ter sido notificado à Comissão.
- (83) Em suma, a Confindustria solicita à Comissão que:
- confirme expressamente que qualquer decisão da Comissão não prejudica os casos específicos de auxílio compatíveis com base no artigo 107.º, n.º 2, alínea b) do TFUE, no Regulamento de minimis, ou noutras disposições;
  - intensifique a cooperação formal ou informal entre, por um lado, a Comissão e as autoridades nacionais e, por outro lado, as empresas beneficiárias, com vista à conceção de um método e de um mecanismo para evitar casos de sobrecompensação; tal evitaria a recuperação do auxílio autorizado pelo Regulamento de minimis e do auxílio que corresponde, com efeito, às perdas materiais e económicas efetivamente sofridas pelos beneficiários;

- c) tome em consideração a pertinência de introduzir um método simplificado de quantificação das perdas sofridas em consequência de calamidades naturais.

#### **Observações apresentadas pela Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)**

- (84) A Confederação Geral Italiana do Trabalho (Confederazione Generale Italiana del Lavoro, CGIL) é a maior organização sindical da Itália, com cerca de seis milhões de membros. Em resposta à decisão de início do procedimento, a sucursal da CGIL em L'Aquila, Abruzzo («CGIL L'Aquila»), apresentou observações fora do prazo de um mês a contar da publicação da decisão. A Comissão não é obrigada a tomar em consideração as observações apresentadas por terceiros interessados fora do prazo, mas pode fazê-lo a título excepcional, o que se verificará neste caso.
- (85) A CGIL L'Aquila considera que uma suspensão do regime de concessões introduzido pela Itália, uma exigência da recuperação total dos montantes concedidos e uma exigência da certificação dos danos sofridos podem empurrar as empresas em apreço para fora do mercado. Tal afigura-se ainda mais problemático porque os outros casos de compensação de danos causados por calamidades naturais foram tratados de modo diferente. Consequentemente, L'Aquila, embora seja a zona mais assolada pelo terramoto, ainda sofre de uma distorção da concorrência em relação a outros concorrentes não afetados por esta calamidade. Em suma, a suspensão dos benefícios e a ausência de qualquer mecanismo de graduação e de procedimentos de verificação adequados (pela qual a CGIL L'Aquila responsabiliza o Estado) podem fragilizar ainda mais a indústria transformadora local, com todas as consequências negativas conexas em termos de desemprego e segurança social.

#### **V. OBSERVAÇÕES DA ITÁLIA**

- (86) Em resposta à decisão de início do procedimento, as autoridades italianas apresentaram observações em 11 de janeiro de 2013. Os serviços da Comissão receberam observações das seguintes agências e autoridades italianas:
- o Ministério da Economia e das Finanças;
  - a Agência de Receitas;
  - o INPS;
  - o INAIL;
  - o Serviço de Proteção Civil; mas o Serviço de Proteção Civil alega que não dispõe de informações do tipo solicitado na decisão.

#### **Reduções e período de aplicação relativos a cada zona e medida**

- (87) No n.º 71 da decisão de início de procedimento, a Comissão solicitou que as autoridades italianas lhe apresentassem informações relativas «às reduções para cada zona e medida, bem como ao período durante o qual as reduções são aplicáveis».
- (88) O INPS afirma, em primeiro lugar, que as dificuldades encontradas pela Comissão na identificação dos períodos de suspensão específicos dos pagamentos de impostos e contribuições (ver secção 2.5 da decisão de início do procedimento) decorrem das diferenças verificadas nos prazos estipulados pelas regras estabelecidas por cada instituição. É necessário estabelecer uma distinção entre a duração da suspensão dos pagamentos de contribuições (devidas ao INPS e ao INAIL) e a duração da suspensão dos pagamentos de impostos (devidos à Agência de Receitas). É ainda necessário estabelecer uma distinção entre os períodos de suspensão de impostos e contribuições e os períodos de aplicação das medidas de redução.
- (89) No que se refere à data de início dos regimes, o INAIL argumenta que, ao contrário do que a Comissão declara no n.º 34 da decisão de início do procedimento, a data de início de um regime nem sempre coincide com a

entrada em vigor da legislação que o prevê. A data de início da medida de redução pode ocorrer numa fase posterior — no caso de Piemonte, apenas depois de um acórdão judicial considerar que as empresas tinham direito a reduções com efeitos retroativos. Por outro lado, a Agência de Receitas concorda com a Comissão quanto ao facto de que o direito do beneficiário a uma vantagem fiscal tem início com a entrada em vigor da legislação que introduz a vantagem.

(90) O INPS e o INAIL apresentam períodos específicos para cada regime de redução de contribuições:

- a) no que diz respeito ao terramoto que assolou o leste da Sicília (as províncias de Catânia, Ragusa e Siracusa) em 13-16 de dezembro de 1990, os documentos elaborados pelo INPS e o INAIL identificam o período de suspensão entre 13 de dezembro de 1990 e 31 de dezembro de 1992. O período de disponibilidade da redução verificou-se entre 1 de janeiro de 2006 e 30 de setembro de 2006 no que se refere aos pagamentos inferiores a 5 000 euros (a pagar numa prestação) ou a partir de 1 de outubro de 2006 no que diz respeito aos montantes superiores a 5 000 euros (a pagar em oito prestações semestrais, com juros).
  - b) no respeitante às inundações no norte da Itália em novembro de 1994, o INPS identifica o período de suspensão entre 4 de novembro de 1994 e 30 de novembro de 1995. Porém, segundo o INAIL, o período de suspensão decorreu entre 1 de janeiro de 1995 e 31 de dezembro de 1997, sendo referente a 1995, 1996 e 1997. Em ambos os casos, considera-se que o período de disponibilidade das reduções é a partir de 1 de janeiro de 2004. Todavia, o INPS especifica que a redução das contribuições para a segurança social é aplicável apenas a partir do momento em que os acórdãos judiciais finais se tornam executáveis, e não automaticamente, como no caso do INAIL.
  - c) no que diz respeito ao terramoto nas regiões de Úmbria e Marcas em 1997, o documento elaborado pelo INPS e o INAIL especifica que o período de suspensão decorre entre 26 de setembro de 1997 e 31 de março de 1998 para os residentes de «municípios em zonas assoladas pela calamidade» (comuni disastrati) identificados na legislação, e entre 26 de setembro de 1997 e 30 de junho de 1999 para residentes de «municípios em zonas danificadas» (comuni danneggiati) igualmente identificados na legislação. O INPS e o INAIL indicam que a redução se encontra disponível a respeito do período entre 1 de janeiro de 2009 e 30 de junho de 2009. A Agência de Receitas considera que a data de início para a aplicação da redução dos impostos é 23 de outubro de 2008, ou seja, a data de entrada em vigor do Decreto-lei n.º 162/2008.
  - d) quanto ao terramoto nas regiões de Molise e Apúlia em 2002, o INPS e o INAIL consideram que o período de suspensão decorreu entre 31 de outubro de 2002 e 31 de dezembro de 2007. Ambas as instituições alegam que os beneficiários conseguiram aplicar as reduções entre 1 de janeiro de 2009 e 30 de junho de 2009, na sequência da prorrogação da aplicação das medidas introduzidas em relação ao terramoto de 1997 nas regiões de Úmbria e Marcas pelo Decreto-lei n.º 162 de 2008. A Agência de Receitas afirma que a data de início para a aplicação da redução dos impostos é 29 de janeiro de 2009, ou seja, a data de entrada em vigor do Decreto-lei n.º 185 de 2008.
  - e) no caso do terramoto e da erupção do vulcão Etna em 2002, tanto o INPS como o INAIL declaram que o período de suspensão decorreu entre 29 de outubro de 2002 e 31 de março de 2004, e que o período de redução decorreu entre 1 de janeiro de 2007 e 30 de junho de 2008.
  - f) Relativamente ao terramoto na região de Abruzzo em 2009, o período relevante depende da natureza do beneficiário: no que se refere às empresas com um volume de negócios anual superior a 200 000 euros, os documentos elaborados pelo INPS, o INAIL e a Agência de Receitas afirmam o período de suspensão decorre entre 6 de abril de 2009 e 30 de junho de 2010; e no que diz respeito às empresas com um volume de negócios anual inferior a 200 000 euros e às pessoas singulares com rendimentos decorrentes de atividades económicas ou que sejam trabalhadores independentes, o período de suspensão decorre entre 6 de abril de 2009 e 15 de dezembro de 2010 (e não 31 de dezembro de 2010, como referido no n.º 36, alínea f), da decisão de início do procedimento). A redução é aplicável a partir de janeiro de 2012, mas tanto o INPS como o INAIL declaram nas suas observações que a redução é aplicável apenas aos auxílios que cumprem os requisitos de minimis, na pendência de uma decisão da Comissão sobre os auxílios que ultrapassam o nível de minimis.
- (91) No n.º 71 da decisão de início do procedimento, a Comissão também solicitou à Itália que «confirmasse o entendimento da Comissão de que, em consequência dos acórdãos mais recentes do Supremo Tribunal de Cassação italiano de 2007, 2010 e 2012 [...] estas medidas são suscetíveis de disponibilizar os auxílios (sem um limite temporal) a todas as empresas identificadas como beneficiários ao abrigo da base jurídica de cada medida». Neste caso, as autoridades italianas apresentam dois pontos de vista distintos.

- (92) O INPS e o INAIL argumentam que a interpretação da Comissão não parece ser correta. Na sua opinião, embora os acórdãos do Supremo Tribunal de Cassação sejam suscetíveis de prorrogar os auxílios sem um limite temporal a todos os beneficiários identificados ao abrigo da legislação pertinente, com efeito, os acórdãos apenas esclarecem que o benefício das medidas pode ser concedido de duas formas: se a empresa ainda não tiver pago, só tem de pagar 10 % do montante em dívida; se já tiver pago, pode obter o reembolso de 90 % do montante pago. As duas instituições declararam que esta interpretação advém da legislação que introduziu as reduções. A legislação é *jus superveniens*, legislação superveniente, que legitima o reembolso dos montantes previamente pagos em excesso. Todavia, o INPS e o INAIL salientam que, no primeiro caso (pagamento de 10 %), vários acórdãos concluíram que os contribuintes não tinham direito a beneficiar da medida porque apresentaram o pedido após o prazo de 31 de julho de 2007 determinado pela legislação. No segundo caso (reembolso de 90 %), o direito ao reembolso é objeto de um prazo de prescrição, que, em regra, é de 10 anos a contar do momento em que o direito pode ser exercido (artigo 2946.º do Código Civil), isto é, a partir da entrada em vigor da legislação que introduz a medida. Além disso, ao contrário do que é afirmado no n.º 45 da decisão de início do procedimento, os princípios formulados pelo Supremo Tribunal de Cassação dizem respeito apenas a casos específicos (Sicília e Piemonte) e não podem ser aplicados de forma geral a todas as outras calamidades, como sugerido pela Comissão.
- (93) A Agência de Receitas considera que a interpretação da Comissão é correta. Regra geral, os pedidos de um reembolso dos impostos efetuados por quem já tenha pago devem ser apresentados no prazo de 48 meses a contar da data do pagamento (artigo 38.º do Decreto Presidencial n.º 602 de 20 de setembro de 1973). No entanto, acórdãos recentes do Supremo Tribunal de Cassação aceitaram que os beneficiários têm direito ao reembolso dos montantes previamente pagos em excesso, sob reserva do prazo de prescrição normal mencionado *supra*.
- (94) No que diz respeito à redução percentual aplicável a cada medida e a cada imposto ou contribuição, a Itália confirma as percentagens constantes da secção 2.2 da decisão de início do procedimento.

### **Combinação de diferentes regimes de auxílios na sequência de calamidades naturais**

- (95) No n.º 71 da decisão de início do procedimento, a Comissão solicitou às autoridades italianas que indicassem «a existência (ou não) de regimes de auxílios na sequência de calamidades naturais destinados a remediar os danos sofridos pelos beneficiários em consequência dessa calamidade natural específica».
- (96) Das três instituições que apresentaram observações, apenas o INPS respondeu a esta questão. Afirma que o valor das reduções foi estritamente limitado aos montantes efetivamente devidos à instituição durante os períodos de suspensão correspondentes. Portanto, as medidas são limitadas a uma redução percentual das contribuições em dívida. Assim, segundo o INPS, os montantes em questão não podem sobrecompensar os custos elegíveis. O INPS afirma que os regimes de auxílios na sequência de calamidades relativos ao terramoto de 2002 na região de Molise (regime de auxílios N 174a/2004) e relativos ao terramoto de 2009 na região de Abruzzo (regime de auxílios N 459a/2009) não proporcionam qualquer compensação relativa aos custos de mão-de-obra (salários e contribuições). Estes regimes previam apenas a compensação de danos diretos e indiretos ou económicos decorrentes de uma suspensão temporária da atividade económica causada pela calamidade ou pela necessidade de relocatear a atividade na sequência da calamidade. Mas no que se refere às contribuições, os regimes de auxílios em discussão neste caso são aplicáveis apenas às empresas que continuaram as suas atividades depois da calamidade e que, caso contrário, teriam de ter pago as contribuições exigidas por lei. Além disso, os regimes de auxílios tanto em relação à região de Molise como à região de Abruzzo autorizados pela Comissão incluíam medidas para o controlo da sobreposição dos auxílios com vista a excluir qualquer possibilidade de sobrecompensação.

### **Estimativa dos danos de cada beneficiário**

- (97) No n.º 71 da decisão de início do procedimento, a Comissão perguntou ainda «se e de que modo os danos foram calculados em relação a cada beneficiário localizado nas zonas afetadas pelas calamidades naturais, e se a necessidade e proporcionalidade do apoio foram tomadas em consideração em algum momento, e de que forma».

- (98) Tal como se verificou no ponto anterior, apenas o INPS apresentou uma resposta. O INPS afirma que os beneficiários da suspensão dos pagamentos das contribuições para a segurança social são constituídos por todas as empresas que operam numa zona geográfica específica identificada pelas decisões da proteção civil. Todavia, a legislação que introduz as medidas não previu qualquer mecanismo para a verificação da existência de um nexo de causalidade entre os danos sofridos e a medida.

#### **Número estimado de beneficiários de cada medida e montantes de auxílio**

- (99) De acordo com o n.º 72 da decisão de início do procedimento, «solicita-se às autoridades italianas que apresentem uma estimativa do número de beneficiários de cada medida e dos montantes de auxílio em causa».
- (100) Em 2013, o INPS, o INAIL e a Agência de Receitas apresentaram valores para a estimativa dos números de beneficiários dos auxílios, mas apenas o INPS e o INAIL também indicaram os montantes concedidos.

#### **Esclarecimentos e informações adicionais apresentados pela Itália**

- (101) Na sequência dos pedidos de esclarecimento da Comissão (ver considerando (18)), a Agência de Receitas responde que os impostos contemplados pelas medidas incluem todos os tipos de impostos sem distinção. A Agência explica ainda a dificuldade na apresentação de uma estimativa exata do número de beneficiários e do montante total das reduções ao abrigo das diferentes medidas: afirma que esta se deveu à ausência de dados em formato eletrónico, sobretudo porque os pedidos de redução têm de ser apresentados em papel e não através do sistema informático de declaração fiscal. Foi possível levar a cabo uma análise com base nas declarações fiscais anuais apenas para a medida relativa ao terramoto de 2009 na região de Abruzzo. Contudo, mesmo nesse caso, não é possível extrair os dados diretamente, sendo necessária uma análise caso a caso. Uma complicação adicional é o facto de que os dados relativos às contribuições sociais reduzidas incluem os montantes devidos pela entidade patronal e pelo empregado. Uma redução do montante devido pelo empregado não constitui auxílio estatal para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, porque beneficia as pessoas singulares e não as empresas.
- (102) Apenas em 2014, depois de determinar uma metodologia para cada agência implicada na análise (a Agência de Receitas, o INPS, o INAIL), a Itália ficou finalmente em posição de apresentar uma estimativa global aproximada dos beneficiários das medidas. Apresentou vários quadros com os beneficiários e os montantes de auxílio. Na sua carta de 4 de agosto de 2014, a Itália declara que identificou 80 577 beneficiários. Destes, i) 33 831 receberam uma redução inferior a 1 000 euros, ii) 66 704 receberam uma redução inferior a 10 000 euros e iii) 75 469 receberam uma redução inferior a 100 000 euros. Apenas 539 empresas receberam reduções superiores a 200 000 euros.
- (103) No que se refere às medidas em questão no processo SA.33083 (calamidades naturais entre 1990 e 2002), o número de beneficiários é aproximadamente 59 500, dos quais 23 303 já não se encontram em atividade. No que diz respeito à medida em questão no processo SA.35083 (o terramoto de 2009 na região de Abruzzo), o número de beneficiários é aproximadamente 21 000, dos quais 4 000 já não se encontram em atividade.

#### **Observações apresentadas pela Itália sobre a documentação de apoio relativa à compensação dos danos decorrentes da calamidade natural**

- (104) Na mesma carta de 4 de agosto de 2014, a Itália descreve em pormenor a dificuldade na obtenção de documentos que demonstrem: i) se os beneficiários das medidas sob investigação sofreram ou não sofreram danos em consequência de uma calamidade natural; ii) se os beneficiários foram compensados por qualquer perda deste tipo, ou não; e iii) o montante de qualquer de compensação deste tipo recebida.
- (105) As autoridades italianas consideram que a decisão de início do procedimento não solicita explicitamente elementos de prova dos danos sofridos pelos beneficiários das medidas sob investigação. Portanto, as autoridades

italianas não reuniram documentos comprovativos dos danos efetivos sofridos por cada beneficiário. As autoridades italianas necessitariam de tomar novas medidas para contactar tanto as autoridades públicas (para verificar se os pagamentos de compensação dos danos já tinham sido concedidos e/ou pagos) como os beneficiários das medidas sob investigação (para verificar se tinham sofrido danos e se as seguradoras os tinham compensado por estes danos).

(106) Na sua carta, a Itália explica o seguinte:

- a) em resposta ao pedido específico da Comissão de que a Itália apresentasse elementos de prova dos danos sofridos por cada beneficiário dos auxílios sob investigação, as autoridades italianas lançaram uma investigação para reunir documentos que determinem as perdas decorrentes das calamidades naturais e quaisquer compensações concedidas por organismos públicos ou privados;
- b) contudo, esta investigação será levada a cabo apenas a respeito dos beneficiários ainda em atividade (excluindo, portanto, os que cessaram a sua atividade e, por isso, já não conseguem distorcer a concorrência no mercado);
- c) uma declaração dos danos causados pela calamidade natural não era uma das condições para a concessão dos alegados auxílios ilegais sob investigação. Consequentemente, esta documentação não é conservada por nenhum dos departamentos administrativos que concederam os auxílios (a Agência de Receitas, o INPS e o INAIL). Seria necessário dar início a novas investigações específicas em cada uma das zonas em causa a respeito de cada uma das medidas sob investigação;
- d) estas investigações dizem respeito a documentos relativos tanto aos elementos de prova dos danos como à compensação possivelmente concedida com base nos mesmos. Dado que uma declaração dos danos causados por uma calamidade natural não era uma das condições para a concessão dos alegados auxílios ilegais sob investigação, quaisquer provas dos danos exigidas pelos organismos públicos ou privados para a obtenção de compensação devem dizer respeito ao acontecimento a que se referem e, portanto, também ao momento em que o acontecimento ocorreu;
- e) é necessário que a declaração de danos tenha sido elaborada apenas quando os danos eram recentes e ainda passíveis de verificação, já que, caso contrário, não seria possível determinar que se tratava de danos diretos ou verificar o nexo de causalidade com a calamidade natural. Consequentemente, a pesquisa de documentação relativamente a qualquer certificado ou declaração de danos e a qualquer possível compensação encontra-se indissociavelmente relacionada com a data em que a calamidade natural ocorreu;
- f) a possibilidade de localizar documentos que comprovem os danos sofridos e a compensação paga e recebida é limitada pelos requisitos jurídicos de conservação e manutenção de registos na Itália. Os artigos 2220.<sup>º</sup> e 2946.<sup>º</sup> do Código Civil italiano exigem que os registos sejam conservados durante 10 anos (e em alguns casos menos). Daí decorre que as medidas administrativas para localizar esta documentação, mais de 10 anos após a calamidade, careceriam de meios jurídicos adequados para garantir que os beneficiários e as autoridades públicas a apresentassem;
- g) a análise do enquadramento jurídico nacional que regula a conservação de registos sugere que é objetivamente impossível recolher provas de danos sofridos por empresas concretas há mais de 10 anos, isto é, em qualquer uma das calamidades naturais abrangidas pelas medidas sob investigação que não o terramoto de 2009 na região de Abruzzo, relativamente ao qual ainda não terminou o prazo de 10 anos.

(107) No respeitante ao terramoto de 2009 na região de Abruzzo, que é objeto do processo SA.35083 (12/C), as autoridades italianas indicam que será necessário um inquérito rigoroso e pormenorizado para determinar de modo exato tanto a identidade dos beneficiários como o montante de auxílios ilegais que estes receberam. Os dados recolhidos pela Itália até 2014 também incluem um grande número de pessoas singulares que podem ter beneficiado do regime a respeito de impostos sobre rendimentos não relacionados (em parte ou de todo) com a sua atividade económica. Dos cerca de 21 000 beneficiários identificados pela Itália, 17 500 são pessoas singulares, relativamente às quais os dados sobre os impostos dizem respeito tanto ao rendimento decorrente de atividades profissionais e económicas como a outras formas de rendimento. Seria necessário realizar uma avaliação mais pormenorizada de todos estes para quantificar a medida em que as reduções que receberam devem ser consideradas auxílio estatal na aceção do artigo 107.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do TFUE, uma vez que as reduções que não beneficiam as empresas não constituem auxílio estatal.

- (108) Por último, a Itália apresentou informações e documentação pormenorizadas sobre o impacto sistémico do terramoto de 2009 na região de Abruzzo no tecido económico da região. A documentação inclui dados macroeconómicos e listas das infraestruturas locais danificadas.

## 6. AVALIAÇÃO DAS MEDIDAS

### Carácter de auxílio estatal das medidas

- (109) Na decisão de início do procedimento, a Comissão considerou que as medidas em questão pareciam constituir auxílio estatal (sendo as medidas os regimes de redução que introduzem uma redução máxima de 90 % dos impostos e das contribuições obrigatórias para a segurança social, bem como dos prémios dos seguros contra acidentes de trabalho devidos pela empresas sediadas ou localizadas nas zonas afetadas por calamidades naturais: Artigo 9.º, n.º 17, da Lei n.º 289 de 27 de dezembro de 2012, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 4.º, n.º 90, da Lei n.º 350 de quarta-feira, 24 de Dezembro de 2003, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 1.º, n.º 363, da Lei n.º 266 de sexta-feira, 23 de Dezembro de 2005, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 1.º, n.º 1011, da Lei n.º 296 de quarta-feira, 27 de Dezembro de 2006, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 2.º, n.º 109, da Lei n.º 244 de segunda-feira, 24 de Dezembro de 2007, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 6.º, n.º 4-A, e n.º 4-B, do Decreto-lei n.º 185 de 29 de novembro de 2008, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 33.º, n.º 28, da Lei n.º 183 de sábado, 12 de Novembro de 2011, com as alterações que lhe foram introduzidas; e todas as medidas executivas previstas nestas leis, mencionadas nos considerandos 20 a 36 da presente decisão). Em seguida, a Comissão examinará se as medidas sob investigação constituem efetivamente auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.
- (110) Para avaliar se as medidas de redução constituem um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º 1, é necessário determinar se favorecem determinadas empresas, se a vantagem é conferida pelo Estado através de recursos estatais, e se as medidas são suscetíveis de afetar a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
- (111) Uma vez que as reduções são concedidas apenas às empresas com estabelecimentos nas zonas geográficas afetadas por determinados tipos de calamidades naturais (terremotos, erupções vulcânicas e inundações) (as zonas são enumeradas no considerando 39), as medidas são seletivas. Mediante a redução de impostos e contribuições, o Estado italiano isenta estas empresas dos custos operacionais que teriam de suportar no decurso normal da sua atividade. Portanto, as empresas beneficiam de uma vantagem económica que pode distorcer ou pelo menos ameaçar distorcer a concorrência. Uma vez que as medidas abrangem as empresas que se pode partir do princípio de que participam em trocas comerciais entre os Estados-Membros, estas são suscetíveis de afetar tais trocas comerciais.
- (112) O apoio prestado pelas autoridades públicas através de recursos estatais assume a forma de receitas perdidas pelas autoridades públicas: a redução do imposto sobre os rendimentos reduz as receitas fiscais do Estado. Do mesmo modo, a redução das contribuições devidas às agências do Estado (o INPS e o INAIL) exige o aumento da transferência de recursos estatais para estas agências com vista a compensar a sua perda de rendimentos.
- (113) Portanto, tal como já concluído a título provisório na decisão de início do procedimento, todas as medidas adotadas pela Itália desde 2002 que são objeto dos processos de auxílio estatal SA.33083 (12/C) e SA.35083 (12/C), e que reduzem a carga fiscal e contributiva em 90 %, 50 % ou 60 % conforme o caso, constituem auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.
- (114) As medidas de auxílio sob investigação são, em princípio, proibidas pelo artigo 107.º, n.º 1, e podem ser consideradas compatíveis com o mercado interno apenas se beneficiarem das derrogações estabelecidas no Tratado.
- (115) Todavia, a Comissão considera que os auxílios concedidos às empresas individuais no âmbito das medidas em questão não constituem auxílio estatal se respeitarem todas as condições previstas no regulamento *de minimis* aplicável<sup>(62)</sup>.

<sup>(62)</sup> Os regulamentos *de minimis* aplicáveis são o Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* (JO L 352 de 24.12.2013, p. 1) e o Regulamento (UE) n.º 717/2014 da Comissão, de 27 de junho de 2014, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* no setor das pescas e da aquicultura (JO L 190 de 28.6.2014, p. 45).

### Ilegalidade das medidas de auxílio

- (116) A Comissão lamenta que as autoridades italianas não tenham cumprido a sua obrigação de notificação dos regimes em conformidade com o artigo 108.º, n.º 3 do TFUE.

#### Apreciação da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno tomando em consideração as observações apresentadas pelas partes interessadas

- (117) Tendo concluído que os regimes de redução a que se refere o considerando (109) constituem auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, a Comissão tem de determinar se os auxílios podem ser declarados compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 2 ou 3, do TFUE.
- (118) Relativamente à questão da aplicabilidade das derrogações previstas no Tratado, a Comissão considerou na decisão de início do procedimento que os auxílios não beneficiavam da derrogação constante do artigo 107.º, n.º 2, alínea a), porque não diziam respeito a auxílios de natureza social e que não eram abrangidos pelo artigo 107.º, n.º 2, alínea c). Por motivos evidentes, as derrogações constantes do artigo 107.º, n.º 3, alíneas b) e d), também não eram aplicáveis. A Itália não contestou estas conclusões durante o procedimento formal de investigação. No que diz respeito a um possível benefício das derrogações do artigo 107.º, n.º 3, alíneas a) e c), a Comissão remeteria para as dúvidas que manifestou na decisão de início do procedimento (ver secção 3.3.2 da decisão de início do procedimento). Nas suas observações, o Estado-Membro não argumentou que os auxílios poderiam beneficiar da derrogação ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea a) ou c), nem apresentou quaisquer informações no decurso do procedimento formal de investigação que permitissem à Comissão avaliar a compatibilidade dos regimes em questão à luz dessas derrogações. Em vez disso, a Itália (e os terceiros interessados que apresentaram observações) argumentaram que os auxílios visavam remediar os danos causados por calamidades naturais, implicando assim que deveriam ser avaliados com base na derrogação do artigo 107.º, n.º 2, alínea b). Esta conclusão não prejudica a possibilidade de os auxílios individuais concedidos ao abrigo dos regimes poderem ser declarados compatíveis na sequência de uma avaliação caso a caso ou poderem ser abrangidos por um regulamento de isenção adotado nos termos do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho <sup>(63)</sup>.
- (119) Uma vez que todas as medidas de redução dizem efetivamente respeito a empresas com a sua sede social ou instalações em zonas afetadas por calamidades naturais, a Comissão analisará se as medidas podem beneficiar da derrogação ao abrigo do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), como «auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários».

#### *Auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais*

- (120) A Comissão examinou os regimes de auxílios em apreço tomando em consideração o artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE, que prevê que «os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários» são compatíveis com o mercado interno.
- (121) A Comissão tem de verificar se as calamidades indicadas pela Itália são efetivamente classificadas como «calamidades naturais» na aceção do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), e se as seguintes condições são preenchidas:
- os danos relativamente aos quais a compensação é concedida são uma consequência direta da calamidade natural em questão;
  - os auxílios remediam apenas os danos causados pela calamidade natural e não resultam em sobrecompensação dos danos sofridos pelos beneficiários.

<sup>(63)</sup> Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 92.º e 93.º [agora artigos 87.º e 88.º] do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (JO L 142 de 14.5.1998, p. 1).

- (122) A legislação italiana identifica zonas afetadas por um de três tipos de calamidades naturais: terramotos, inundações e erupções vulcânicas. A Comissão tem mantido a opinião constante de que os terramotos, inundações e erupções vulcânicas constituem calamidades naturais na aceção do artigo 107.º, n.º 2, alínea b); consequentemente, todas as empresas que efetivamente sofreram danos na sequência destas calamidades naturais podem beneficiar de auxílio até ao montante necessário para remediar tais danos <sup>(64)</sup>.
- (123) Porém, os regimes em questão não estabelecem qualquer definição de danos (quer materiais ou económicos), nem determinam qualquer relação entre os auxílios e os danos efetivamente sofridos em consequência da calamidade natural <sup>(65)</sup>. Além disso, os regimes não limitam a compensação ao montante necessário para remediar os danos diretos efetivamente sofridos por cada beneficiário. Por último, os custos elegíveis não são determinados com base nos danos sofridos pelas empresas em consequência direta da calamidade natural. O que precede foi confirmado pelas autoridades italianas durante o procedimento formal de investigação (ver observações apresentadas pelo INPS no considerando 98).
- (124) A Comissão conclui que os regimes concediam benefícios não apenas às empresas que sofreram danos reais, mas sim a todas as empresas com sede social ou instalações nas zonas designadas como zonas assoladas pela calamidade pelas autoridades italianas, independentemente de se efetivamente sofreram danos em consequência da respetiva calamidade.
- (125) Tomando em consideração o que precede, as medidas sob investigação não visam, em termos do seu caráter e disposições operacionais, garantir que os auxílios concedidos se limitam ao montante necessário para remediar os danos causados pelas calamidades naturais.
- (126) Portanto, é necessário concluir que o procedimento formal de investigação não apaziguou as dúvidas da Comissão relativamente à compatibilidade das medidas com o mercado interno.
- (127) Assim, uma vez que os auxílios não beneficiam de nenhuma das derrogações constantes do artigo 107.º, n.os 2 e 3, do TFUE, a Comissão conclui que os regimes são incompatíveis com o mercado interno.
- (128) É necessário avaliar a compatibilidade das medidas com a legislação da União quando aplicadas à pesca e aquicultura tomando em consideração as orientações para a avaliação dos auxílios estatais ao setor da pesca e aquicultura concedidos à data da entrada em vigor do regime específico. A Comissão publicou tais orientações, indicando como tenciona aplicar o Tratado aos auxílios estatais à pesca e aquicultura, desde 2001.
- (129) Segundo as orientações, os requisitos dos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais são em grande medida os mesmos que foram estabelecidos *supra* e a Comissão conclui que as observações apresentadas nesta secção são igualmente aplicáveis a quaisquer auxílios concedidos ao abrigo das medidas no setor das pescas e da aquicultura.

#### *Observações das partes interessadas*

- (130) As observações sobre as dúvidas manifestadas pela Comissão na decisão de início do procedimento foram enviadas pelas autoridades italianas e por quatro outras partes interessadas: Chiti, Preve-Gavioli, Confindustria, e CGIL L'Aquila.
- (131) Todas as partes interessadas salientaram que, nos termos do artigo 107.º, n.º 2, alínea b) do TFUE, os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais são compatíveis com o mercado interno. As

<sup>(64)</sup> Em consonância com as conclusões nos seguintes acórdãos: Processo C-303/09 Comissão/Itália Col. 2011, p. I-102\* (ECLI:EU:C:2011:483); Processos apensos C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P Comitato «Venezia vuole vivere» e Outros/Comissão Col. 2011, p. I-4727 (ECLI:EU:C:2011:368); Processos apensos C-346/03 e C-529/03 Atzeni e Outros/Regione autonoma della Sardegna Col. 2006, p. I-1875 (ECLI:EU:C:2006:130); Processo C-73/03 Espanha/Comissão, 11 de novembro de 2004 (ECLI:EU:C:2004:711); Processo C-278/00 Grécia/Comissão Col. 2004, p. I-3997 (ECLI:EU:C:2004:239); e Processo C-364/90 Itália/Comissão Col. 1993, p. I-2097 (ECLI:EU:C:1993:157).

<sup>(65)</sup> Com a exceção das medidas relacionadas com as inundações de 1994 no norte da Itália, que fixaram um nível mínimo de danos como condição de qualquer auxílio.

medidas em questão destinavam-se às empresas sediadas nas zonas assoladas por terramotos, inundações e erupções vulcânicas. Todavia, na secção anterior («Auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais»), a Comissão considera que as medidas em causa não visavam, em termos do seu carácter e disposições operacionais, remediar os danos causados pelas calamidades naturais supracitadas na aceção do artigo 107.º, n.º 2, alínea b).

- (132) A Chiti e a Confindustria também afirmam que os auxílios proporcionados por algumas das medidas foram concedidos apenas depois da verificação dos danos efetivos sofridos por cada empresa. Não é possível excluir a possibilidade de que, em casos específicos, os auxílios concedidos no âmbito das medidas não ultrapassaram o montante necessário para remediar os danos efetivos sofridos pelo beneficiário em consequência direta da calamidade, pelo que o auxílio concedido à empresa específica deve ser considerado compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 2, alínea b). Todavia, as medidas em questão não visam, pelo seu carácter e disposições operacionais, excluir qualquer forma de sobrecompensação dos danos, e apenas remediar os danos causados pela calamidade natural. Tal como explicado na secção anterior («Auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais»), o seu âmbito de aplicação é muito mais vasto, porque não exigem que os auxílios estejam diretamente relacionados com os danos sofridos em consequência da calamidade natural. Ao não estabelecer esta relação, não limitam a compensação ao montante necessário para remediar os danos efetivamente sofridos pelas empresas. Mesmo nos casos em que os beneficiários são obrigados a provar que sofreram danos significativos, tal como no caso de Piemonte, a legislação não limita o montante de auxílio às perdas comprovadas causadas pelas inundações. No que se refere às observações das autoridades italianas relativamente ao impacto do terramoto de 2009 sobre o tecido social e económico da região de Abruzzo, e mais especificamente sobre a zona afetada por este terramoto de especial violência e destruição, a Comissão salienta novamente que, nos termos do Tratado e em conformidade com a prática constante da Comissão<sup>(66)</sup>, deve existir uma relação clara e direta entre o acontecimento que causou os danos e o auxílio estatal que visa remediar-los. Tal relação deve ser determinada a nível da empresa concreta e não a nível macroeconómico, como no caso da medida sob investigação [relativamente ao terramoto de 2009 na região de Abruzzo, a medida notificada que é objeto do processo SA.35083 (12/C)].
- (133) Portanto, é necessário concluir que as observações apresentadas pelos terceiros interessados durante o procedimento formal de investigação não apaziguaram as dúvidas da Comissão e que as medidas em causa constituem auxílio estatal incompatível com o mercado interno.

### Consequências da presente decisão

- (134) A presente decisão exige aplicação imediata, o que, entre outros, implica que os auxílios concedidos ilegalmente e declarados incompatíveis devem ser recuperados. A Comissão observa que uma decisão negativa relativa a um regime de auxílios não invalida a possibilidade de determinadas vantagens concedidas ao abrigo do regime poderem elas próprias não constituir auxílio, ou poderem, na íntegra ou em parte, ser consideradas auxílio compatível com o mercado interno por mérito próprio (por exemplo, porque o benefício é concedido a pessoas singulares que não desempenham uma atividade económica e que, portanto, não devem ser consideradas empresas, ou porque, no caso específico, o benefício se encontra dentro dos limites do regulamento *de minimis* aplicável, ou porque o benefício é concedido em conformidade com um regime de auxílios aprovado ou um regulamento de isenção).
- (135) A Itália anulará todos os pagamentos pendentes de auxílios ao abrigo de todos os regimes referidos no considerando 109 da presente decisão, com efeitos a contar da data de adoção da decisão. A partir dessa data, nenhum destes regimes pode ser utilizado como base de referência para a concessão ou o pagamento de auxílios no futuro.
- (136) No que diz respeito aos auxílios pagos a empresas específicas ao abrigo das medidas examinadas na presente decisão antes da data da decisão de início do procedimento e da injunção de suspensão (ver considerando 54), o

<sup>(66)</sup> Ver, por exemplo, Decisão 2005/315/CE da Comissão, de 20 de outubro de 2004, relativa ao regime de auxílios que a Itália concedeu a favor das empresas que realizaram investimentos nos municípios atingidos por calamidades naturais em 2002 (JO L 100 de 20.4.2005, p. 46).

regime deve ser considerado compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE desde que seja possível determinar uma relação clara e direta entre os danos sofridos pela empresa específica em consequência da calamidade natural e o auxílio estatal concedido (67). É necessário ter o cuidado de evitar qualquer sobrecompensação dos danos sofridos pela empresa específica. Além disso, qualquer compensação de tais danos recebida de qualquer fonte deve ser deduzida e é necessário garantir que não existe sobreposição do auxílio ao abrigo do regime em questão e do auxílio concedido no âmbito de outras medidas relativas aos mesmos custos elegíveis.

## Recuperação

- (137) De acordo com o Tratado e com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, quando a Comissão verifica a incompatibilidade do auxílio com o mercado interno tem competência para decidir que o Estado em questão deve suprimir ou alterar o mesmo (68). Ainda segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a obrigação imposta a um Estado no sentido de suprimir um auxílio que a Comissão considera incompatível com o mercado interno tem em vista o restabelecimento da situação anterior (69). O Tribunal estipulou que este objetivo será alcançado quando o beneficiário tiver reembolsado os montantes concedidos a título de auxílios ilegais, perdendo assim a vantagem de que tinha beneficiado sobre os seus concorrentes no mercado, e a situação anterior ao pagamento do auxílio tiver sido reposta (70).
- (138) Em conformidade com essa jurisprudência, o artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho estipula que «[n]as decisões negativas relativas a auxílios ilegais, a Comissão decidirá que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário».
- (139) Deste modo, uma vez que o auxílio sob investigação é considerado um auxílio estatal ilegal e incompatível, este deve, em princípio, ser recuperado com vista a restabelecer a situação existente no mercado antes da concessão do auxílio. Todavia, o Regulamento (CE) n.º 659/1999 impõe limites à disposição de recuperação. O artigo 14.º, n.º 1, estabelece que «A Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito comunitário», que pode, por exemplo, ser a proteção da segurança jurídica ou das expectativas legítimas. O Tribunal de Justiça também reconheceu uma exceção a esta obrigação que recai nos Estados-Membros de executarem as decisões de recuperação de que são destinatários, ou seja, a existência de circunstâncias excepcionais que determinam a impossibilidade absoluta de executar corretamente a decisão (71).
- (140) No decurso do procedimento formal de investigação, as partes interessadas (Confindustria e Chiti) e as autoridades italianas invocaram exceções deste tipo e é necessário que a Comissão examine se são aplicáveis ao presente caso para determinar se a recuperação é exigida.
- (141) A Confindustria invoca expectativas legítimas (considerando 80); a Comissão salienta que, em princípio, o beneficiário de uma medida de auxílio que não tenha sido notificada não pode contestar uma ordem de recuperação alegando que detém uma expectativa legítima de que a concessão do auxílio é legal (72), uma vez que um empresário diligente deveria conseguir, em geral, determinar se o auxílio foi notificado (73). Além disso, nos casos em apreço, a própria Comissão não deu às autoridades italianas ou aos beneficiários quaisquer motivos para que detenham expectativas legítimas (74).

(67) Por exemplo, em casos de auxílios concedidos a empresas específicas na zona afetada pelo terramoto de 2009 na região de Abruzzo, o auxílio deve ser considerado compatível nos termos do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE se os custos elegíveis forem calculados em conformidade com a Decisão C(2009) 8042 da Comissão, de 16 de outubro de 2009, no processo de auxílio estatal N 459/A/2009 — Regime de auxílios para a compensação de danos causados pelo terramoto de 6 de abril de 2009 na região de Abruzzo (JO C 289 de 18.11.2009, p. 3).

(68) Processo C-70/72 Comissão/Alemanha, Col. 1973, p. 813, n.º 13 (ECLI:EU:C:1973:87).

(69) Processos apensos C-278/92, C-279/92 e C-280/92 Espanha/Comissão Col. 1994, p. I-4103, n.º 75 (ECLI:EU:C:1994:325).

(70) Processo C-75/97 Bélgica/Comissão Col. 1999, p. I-3671, n.ºs 64 e 65 (ECLI:EU:C:1999:311).

(71) Processo C-404/00 Comissão/Espanha Col. 2003, p. I-6695 (ECLI:EU:C:2003:373).

(72) Processo C-148/04 Unicredito Italiano Col. 2005, p. I-11137, n.º 104 (ECLI:EU:C:2005:774).

(73) Processo C-5/89 Comissão/Alemanha Col. 1990, p. I-3437, n.º 14 (ECLI:EU:C:1990:320).

(74) Processos apensos C-182/03 e C-217/03 Bélgica e Forum 187/Comissão Col. 2006, p. I-5479, n.º 147 (ECLI:EU:C:2006:416).

(142) Nas suas observações (ver considerando 80), a Confindustria também invoca o prazo de prescrição de 10 anos estabelecido no artigo 15.º do Regulamento (CE), n.º 659/1999. O regulamento prevê que quando adota uma decisão negativa num processo de auxílio ilegal, a Comissão deve exigir que o Estado-Membro tome todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio ao beneficiário; porém, as competências da Comissão para recuperar auxílios são objeto de um prazo de prescrição de 10 anos. O prazo de prescrição é interrompido por qualquer ação tomada relativamente ao auxílio ilegal pela Comissão ou por um Estado-Membro que atue a pedido da Comissão e tem início novamente após cada interrupção. A Comissão foi informada da existência das medidas em 2011 e tomou medidas relativamente aos auxílios ilegais mediante um pedido de informações às autoridades italianas em 25 de julho de 2011. A Comissão adotou a decisão de início do procedimento formal de investigação em 17 de outubro de 2012; a lei que introduz a primeira das medidas sob investigação tinha sido adotada pela Itália em 27 de dezembro de 2002 (ver considerando 22). Portanto, o prazo de prescrição para a recuperação do auxílio disposto no artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 não expirou no que se refere a qualquer uma das medidas de redução tratadas na presente decisão.

(143) A Chiti alega (ver considerando 73) que a partir do final de 1994 até 2011 nenhuma autoridade nacional ou comunitária manifestou quaisquer questões sobre a legalidade dos benefícios; a Comissão observa que os auxílios sob investigação foram concedidos apenas quando as medidas de redução entraram em vigor. Até então, as empresas tinham uma obrigação de pagar o montante total dos impostos e contribuições em dívida. As empresas começaram a beneficiar da redução dos montantes de impostos e contribuições em dívida apenas em 2003. Nestas circunstâncias, não é possível alegar a prescrição (invocada pela Confindustria, ver considerando 142) nem expectativas legítimas (tal como alegado em observações posteriores da Confindustria, ver considerando 141); importa tomar em consideração que a mera inação por parte das instituições nacionais ou comunitárias não pode constituir motivos para expectativas legítimas. Portanto, com base no raciocínio apresentado nos considerandos anteriores, o argumento neste ponto apresentado pela parte interessada é rejeitado.

(144) Quanto ao argumento da Chiti que invoca o princípio da segurança jurídica (ver considerando 73), não existem motivos para distinguir este caso do processo Lucchini<sup>(75)</sup>. Assim, a Comissão considera que a existência de acordos finais emitidos pelos tribunais nacionais não impede a recuperação.

#### *Circunstâncias excepcionais: impossibilidade absoluta de recuperação*

(145) Nos termos do artigo 288.º do TFUE, o Estado-Membro ao qual se destina uma decisão de recuperação é obrigado a aplicar a decisão. Tal como indicado *supra*, o Tribunal identificou uma exceção a esta obrigação, nomeadamente sempre que o Estado-Membro demonstre a existência de circunstâncias excepcionais que tornem a execução da decisão absolutamente impossível.

(146) Em regra, os Estados-Membros invocam este argumento em discussões com a Comissão após a adoção de uma decisão que ordena a recuperação<sup>(76)</sup>. Contudo, neste caso, a Itália argumentou previamente à adoção da decisão que, no que diz respeito a determinadas medidas, a recuperação não deve ser ordenada porque seria absolutamente impossível executar a ordem. Uma vez que a Itália manifestou esta questão no decurso do procedimento formal de investigação e dado que um princípio geral de direito afirma que ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível, a Comissão considera adequado abordar a questão na própria decisão<sup>(77)</sup>.

(147) Em primeiro lugar, importa recordar que o Tribunal de Justiça interpretou sempre de modo muito restrito o conceito de «impossibilidade absoluta». A condição de que a recuperação deve ser absolutamente impossível não é cumprida sempre que o Estado-Membro simplesmente informe a Comissão das dificuldades jurídicas, políticas ou

<sup>(75)</sup> Processo C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini*, Col. 2007, p. I-6199 (ECLI:EU:C:2007:434).

<sup>(76)</sup> Processo C-214/07 *Comissão/França*, Col. 2008, p. I-8357, n.ºs 13 e 22 (ECLI:EU:C:2008:619).

<sup>(77)</sup> Decisão 2013/284/UE da Comissão, de 19 de dezembro de 2012, relativa ao auxílio estatal SA.20829 [C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)] Regime relativo à isenção do imposto municipal sobre imóveis (ICI) concedida a imóveis utilizados por entidades não comerciais para fins específicos a que a Itália deu execução (JO L 166 de 18.6.2013, p. 24).

práticas inerentes a aplicação da decisão (78). A única circunstância em que a «impossibilidade absoluta» pode ser aceite é nos casos em que a recuperação seria, desde o início, impossível em termos objetivos e absolutos (79).

- (148) No caso em apreço, as autoridades italianas argumentaram repetidamente que é absolutamente impossível calcular de modo rigoroso o montante de auxílio incompatível a recuperar. Nos termos do Código Civil (artigo 2200.<sup>o</sup>) e do direito fiscal italiano, afirmam, as empresas têm o dever de conservar os registos comerciais e contabilísticos apenas durante 10 anos. É necessário reunir as provas documentais dos danos causados por uma calamidade natural com base em documentos oficiais (registos comerciais e contabilísticos) elaborados à data do acontecimento. Portanto, no que diz respeito a acontecimentos ocorridos há mais de 10 anos, já não é possível determinar o montante de danos sofridos por beneficiários individuais ou o montante já compensado a partir de outras fontes, tais como seguros ou outras medidas de auxílio. É este o caso no que se refere a todos os acontecimentos relativos ao processo SA.33083 (12/C), ou seja, o terramoto no leste da Sicília em 1990, as inundações no norte da Itália em 1994, o terramoto em Marcas e Úmbria em 1997, o terramoto em Molise e Apúlia em 2002 e o terramoto e a erupção do vulcão Etna na província de Catânia em 2002. Portanto, a Itália argumenta que, em relação a estes acontecimentos, já não é possível localizar registos que comprovem os danos (ou qualquer compensação recebida).
- (149) Nos termos do artigo 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, alínea b), do TFUE, os auxílios «destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais» são compatíveis com o mercado interno e os auxílios são incompatíveis e devem ser recuperados apenas se ultrapassarem os danos sofridos. Todavia, a grande maioria dos beneficiários que sofreram danos em consequência de calamidades naturais ocorridas há mais de 10 anos já não dispõe dos documentos necessários para comprovar que sofreu danos, ou para comprovar o montante de danos sofridos, uma vez que ao abrigo da legislação italiana as empresas não são obrigadas a conservar os registos comerciais e contabilísticos durante um período superior a 10 anos. Consequentemente, se a Comissão ordenasse a recuperação do montante do auxílio que ultrapassasse o nível de danos relativamente aos quais os beneficiários ainda conseguem apresentar provas, o Estado-Membro seria obrigado a recuperar auxílios compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, alínea b), e aos quais as empresas que tinham sofrido danos em consequência de uma calamidade natural tinham realmente direito.
- (150) Em princípio, a Comissão deve ordenar a recuperação do auxílio incompatível concedido pela Itália ao abrigo das medidas a que se refere o considerando 109. No entanto, a) os beneficiários das medidas são empresas sediadas em zonas afetadas por calamidades naturais; b) os auxílios destinados a remediar danos causados por calamidades naturais constituem auxílios que, por lei, são compatíveis com o mercado interno nos termos do artigo 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, alínea b) do TFUE; c) a maior parte destas calamidades naturais ocorreu mais de 10 anos antes da data da presente decisão; por último, d), ao abrigo do direito nacional, os beneficiários dos auxílios não são obrigados a conservar registos durante períodos superiores a 10 anos, pelo que seria impossível, em termos objetivos e absolutos, determinar o montante exato dos danos que sofreram em consequência direta da calamidade natural. Portanto, nas circunstâncias muito específicas das medidas de auxílio que são objeto da presente decisão, a Comissão aceita que, no que se refere às calamidades naturais que ocorreram mais de 10 anos antes da data da presente decisão, é jurídica e factualmente impossível de obter as informações necessárias para calcular o montante exato dos auxílios incompatíveis a recuperar. Portanto, executar uma ordem de recuperação nestas condições seria impossível em termos objetivos e absolutos.
- (151) Contudo, a impossibilidade de calcular o montante exato do auxílio incompatível a recuperar não é aplicável às empresas que não tinham instalações (tal como o seu estabelecimento principal ou outra unidade empresarial) na zona afetada pela calamidade natural à data do acontecimento. Estes beneficiários das medidas a que se refere o considerando 109 não devem ser excluídos da recuperação, uma vez que não poderiam ter sofrido quaisquer danos diretos causados pela calamidade natural e consequentemente não poderiam ter direito a auxílios compatíveis com o mercado interno ao abrigo do artigo 107.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, alínea b), do TFUE. As autoridades italianas devem estabelecer se existiam instalações através da consulta de informações nos registos públicos relativos à data do acontecimento.
- (152) Em conclusão, a Comissão considera que, devido à natureza específica dos casos em questão, seria absolutamente impossível para a Itália recuperar quaisquer auxílios concedidos ilegalmente ao abrigo das medidas sob investigação nas circunstâncias em que a calamidade natural tenha ocorrido mais de 10 anos antes da data da presente decisão, com a exceção dos beneficiários sem instalações na zona afetada pela calamidade natural à data

(78) Processo C-404/00 Comissão/Espanha Col. 2003, p. ECR I-6695, n.<sup>o</sup> 47 (ECLI:EU:C:2003:373).

(79) Processo C-75/97 Bélgica/Comissão («Maribel I»), Col. 1999, p. I-3671, n.<sup>o</sup> 86 (ECLI:EU:C:1999:311); Processo C-214/07 Comissão/França Col. 2008, p. I-8357, n.<sup>o</sup>s 13, 22 e 48 (ECLI:EU:C:2008:619).

do acontecimento. Para além desse grupo, não deve ser emitida uma ordem que exija a recuperação dos auxílios concedidos no âmbito de regimes ilegais e incompatíveis nos quais a calamidade natural tenha ocorrido mais de 10 anos antes da data da presente decisão.

## 7. CONCLUSÃO

- (153) A Comissão considera que a Itália implementou ilegalmente as medidas de auxílio a que se refere o considerando 109 em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.
- (154) Já que não é possível identificar motivos para considerar as medidas compatíveis com o mercado interno, é necessário considerá-las incompatíveis.
- (155) O artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 estipula que, «nas decisões negativas relativas a auxílios ilegais, a Comissão decidirá que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário<sup>(80)</sup>. A Comissão não deve exigir a recuperação do auxílio se tal for contrário a um princípio geral de direito comunitário».
- (156) Tomando em consideração as circunstâncias excepcionais discutidas nos considerandos 147 a 152, a recuperação não deve ser ordenada sempre que os auxílios tenham sido concedidos ao abrigo das medidas em questão a beneficiários individuais nas zonas assoladas por calamidades naturais mais de 10 anos antes da data da presente decisão, exceto nos casos em que o beneficiário não tivesse instalações na zona afetada pela calamidade natural à data do acontecimento. A Itália demonstrou que seria absolutamente impossível calcular o montante exato dos auxílios incompatíveis a recuperar. Os beneficiários específicos que tenham direito a auxílios compatíveis com o mercado interno ao abrigo da derrogação do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do TFUE podem já não dispor dos documentos necessários para comprovar os danos causados pela calamidade natural e para demonstrar se já receberam ou não, na íntegra ou em parte, compensação por todos ou parte dos danos sofridos. No entanto, o auxílio deve ser recuperado se tiver sido concedido no âmbito de qualquer uma das medidas em questão a beneficiários específicos sem instalações na zona afetada pela calamidade natural à data do acontecimento (mesmo nos casos em que a calamidade natural tenha ocorrido mais de 10 anos antes da data da presente decisão). A Itália deve determinar se existiam instalações através da consulta das informações constantes dos registos públicos relativos à data do acontecimento.
- (157) Portanto, a Comissão exigirá que a Itália tome todas as medidas necessárias para recuperar apenas os auxílios incompatíveis concedidos e pagos às empresas individuais no âmbito das medidas a que se refere o considerando 109, a não ser que se trate de casos específicos que cumpram as condições de compatibilidade com o mercado interno por força da derrogação constante do artigo 107.º, n.º 2, alínea b), do Tratado, tal como explicado no considerando 136, ou de casos nos quais a subvenção específica se encontre em conformidade com o regulamento de minimis aplicável, ou de casos nos quais o benefício específico seja concedido em conformidade com um regime de auxílios aprovado ou um regulamento de isenção, tal como explicado no considerando 134. No prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, a Itália deve ordenar que os beneficiários dos auxílios reembolssem os supracitados auxílios estatais ilegais e incompatíveis.
- (158) Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 659/1999, o montante a recuperar deve ser acrescido de juros, calculados de acordo com o artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão<sup>(81)</sup>, a contar da data em que foi disponibilizado ao beneficiário e até à recuperação total.
- (159) A Comissão solicita que a Itália devolva o formulário em anexo com o registo dos progressos verificados no procedimento de recuperação, que elabore uma lista de beneficiários e especifique claramente as medidas executadas para a recuperação imediata e efetiva dos auxílios. Solicita ainda à Itália que envie, no prazo de dois meses a contar da data de notificação da presente decisão, quaisquer documentos que demonstrem que foi dado início aos procedimentos de recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis aos beneficiários (por exemplo, documentos administrativos, circulares, ordens de recuperação emitidas, etc.).

<sup>(80)</sup> Ver nota de rodapé 3.

<sup>(81)</sup> Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE (JO L 140 de 30.4.2004, p. 1).

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

*Artigo 1.º*

Artigo 9.º, n.º 17, da Lei n.º 289 de 27 de dezembro de 2012, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 4.º, n.º 90, da Lei n.º 350 de quarta-feira, 24 de dezembro de 2003, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 1.º, n.º 363, da Lei n.º 266 de sexta-feira, 23 de dezembro de 2005, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 1.º, n.º 1011, da Lei n.º 296 de quarta-feira, 27 de Dezembro de 2006, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 2.º, n.º 109, da Lei n.º 244 de segunda-feira, 24 de dezembro de 2007, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 6.º, n.º 4-A, e n.º 4-B, do Decreto-lei n.º 185 de 29 de novembro de 2008, com as alterações que lhe foram introduzidas; Artigo 33.º, n.º 28, da Lei n.º 183 de sábado, 12 de novembro de 2011, com as alterações que lhe foram introduzidas; todas as medidas relevantes promulgadas ao abrigo dessas leis), que reduzem os impostos e as contribuições em dívida pelas empresas em zonas assoladas por calamidades naturais em Itália desde 1990, e que foram ilegalmente executados pela Itália em violação do artigo 108.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, são incompatíveis com o mercado interno.

*Artigo 2.º*

Os auxílios concedidos em casos específicos ao abrigo das medidas a que se refere o artigo 1.º não constituem auxílio se, no momento em que são concedidos, preencherem as condições estabelecidas pelo Regulamento (UE) n.º 1407/2013 ou o Regulamento (UE) n.º 717/2014.

*Artigo 3.º*

Os auxílios concedidos em casos específicos ao abrigo das medidas referidas no artigo 1.º que, à data da sua concessão, preencham as condições estabelecidas num regulamento adotado nos termos do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 994/98 ou de qualquer outro regime de auxílios aprovado, são compatíveis com o mercado interno, até à intensidade máxima de auxílio aplicável a esse tipo de auxílio.

*Artigo 4.º*

1. A Itália recupera junto dos beneficiários os auxílios incompatíveis concedidos ao abrigo do regime introduzido pelo artigo 33.º, n.º 28, da Lei n.º 183 de 12 de novembro de 2011, com as alterações que lhe foram introduzidas, e de todas as medidas de execução relevantes aprovadas nos termos dessa Lei.
2. A Itália também recupera os auxílios incompatíveis concedidos no âmbito de outros regimes a que se refere o artigo 1.º junto de todos os beneficiários sem instalações na zona afetada pela calamidade natural à data do acontecimento.
3. Os montantes a recuperar serão acrescidos de juros a contar da data em que foram colocados à disposição dos beneficiários até à data da sua recuperação efetiva.
4. Os juros serão calculados numa base composta, nos termos do capítulo V do Regulamento (CE) n.º 794/2004 e do Regulamento (CE) n.º 271/2008 que altera o Regulamento (CE) n.º 794/2004.
5. Além disso, a Itália cancelará todos os pagamentos pendentes de auxílios concedidos ao abrigo de todos os regimes referidos no artigo 1.º, com efeitos a contar da data de adoção da presente decisão.

*Artigo 5.º*

1. A recuperação dos auxílios referidos no artigo 4.º deve ser imediata e efetiva.
2. A Itália assegurará a aplicação da presente decisão no prazo de quatro meses a contar da data da respetiva notificação.

*Artigo 6.º*

1. No prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, a Itália transmitirá as seguintes informações:
  - a) a lista dos beneficiários que receberam auxílios a recuperar nos termos do artigo 4.º e o montante total dos auxílios recebidos por cada beneficiário ao abrigo do regime relevante;
  - b) o montante total (montante principal e juros) a recuperar de cada beneficiário;
  - c) uma descrição pormenorizada das medidas já tomadas e planeadas com vista ao cumprimento da presente Decisão;
  - d) documentos comprovativos de que os beneficiários foram intimados a reembolsar os auxílios.
2. A Itália manterá a Comissão informada sobre o estado da situação das medidas nacionais adotadas para aplicar a presente decisão até estar concluída a recuperação do auxílios referidos no artigo 4.º. A pedido da Comissão, a Itália deve transmitir-lhe de imediato informações sobre as medidas já adotadas e previstas para dar cumprimento à presente decisão. Deve fornecer, igualmente, informações pormenorizadas sobre os montantes dos auxílios e os juros de recuperação já reembolsados pelos beneficiários.

*Artigo 7.º*

A República Italiana é a destinatária da presente Decisão.

Feito em Bruxelas, em 14 de agosto de 2015.

*Pela Comissão*  
Margrethe VESTAGER  
*Membro da Comissão*

---

## ANEXO

**Informação acerca dos montantes de auxílio recebidos, a recuperar e já recuperados**

Identidade do beneficiário	Montante total do auxílio recebido ao abrigo do regime (*)	Montante total do auxílio a recuperar (*) (Capital)	Montante total já recuperado (*)	
			Capital	Juros

(\*) Em milhões na moeda nacional.

## III

(Outros atos)

## ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

### DECISÃO DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

N.º 38/15/COL

de 4 de fevereiro de 2015

que adota uma comunicação: «Orientações relativas à aplicabilidade do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de transferência de tecnologia» [2016/196]

O ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA,

TENDO EM CONTA o Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça, nomeadamente o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), e o artigo 25.º

Considerando o seguinte:

O Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia<sup>(1)</sup> foi incorporado no Acordo EEE no ponto 5 do anexo XIV do Acordo EEE.

A Comissão Europeia publicou uma Comunicação intitulada «Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia»<sup>(2)</sup>.

As orientações da Comissão Europeia são igualmente relevantes para o Espaço Económico Europeu.

A aplicação uniforme das regras de concorrência do EEE deve ser assegurada em todo o Espaço Económico Europeu.

Em conformidade com o ponto II do título «Geral» no final do anexo XIV do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização da EFTA, após consulta da Comissão Europeia, deve adotar atos correspondentes aos adotados pela Comissão Europeia, de modo a manter condições iguais de concorrência.

O Comité Consultivo em matéria de Acordos, Decisões e Práticas Concertadas e de Posições Dominantes e da Comissão Europeia deve ser consultado,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

1. A presente comunicação, anexa à presente decisão: «Orientações relativas à aplicabilidade do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de transferência de tecnologia», deve ser emitida.
2. A presente decisão, incluindo a comunicação em anexo, fará fé na língua inglesa.
3. A comunicação será publicada na secção EEE e no suplemento EEE do *Jornal Oficial da União Europeia*.

<sup>(1)</sup> JO L 93 de 28.3.2014, p. 17, incorporado no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 293/2014, de 12 de dezembro de 2014 (ainda não publicada).

<sup>(2)</sup> JO C 89 de 28.3.2014, p. 3.

4. Os Estados da EFTA devem ser informados da presente decisão mediante envio de uma cópia da mesma, a qual deve incluir o anexo.
5. A Comissão Europeia deve ser informada da presente decisão mediante envio de uma cópia da mesma, a qual deve incluir o anexo.

Feito em Bruxelas, em 4 de fevereiro de 2015.

*Pelo Órgão de Fiscalização da EFTA*

Oda Helen SLETNES

*Presidente*

Helga JÓNSDÓTTIR

*Membro do Colégio*

---

## ANEXO

## COMUNICAÇÃO DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

## Orientações relativas à aplicabilidade do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de transferência de tecnologia

- 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 relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal).
- B. A Comissão Europeia («Comissão») publicou uma Comunicação intitulada «Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia»<sup>(1)</sup>. Esse ato não vinculativo estabelece os princípios seguidos pela Comissão para a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»).
- C. O Órgão de Fiscalização da EFTA («Órgão de Fiscalização») considera as orientações da Comissão relevantes para efeitos do EEE. A fim de assegurar a igualdade das condições de concorrência e uma aplicação uniforme das regras da concorrência do EEE em todo o Espaço Económico Europeu («EEE»), o Órgão de Fiscalização adotou a presente comunicação, ao abrigo dos poderes conferidos pelo artigo 5.º, n.º 2, alínea b), do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal. É sua intenção respeitar os princípios e as regras estabelecidos na presente comunicação na aplicação das regras do EEE relevantes aos casos concretos.
- D. A comunicação estabelece designadamente os princípios de avaliação de acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 53.º do Acordo EEE e dela constam orientações sobre a sua aplicação.
- E. A presente comunicação é aplicável aos casos em que o órgão de fiscalização competente é o Órgão de Fiscalização da EFTA, ao abrigo do artigo 56.º do Acordo EEE.
- F. A presente comunicação substitui a anterior comunicação de 2005 do Órgão de Fiscalização sobre a aplicação do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de transferência de tecnologia<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> JO C 89 de 28.3.2014, p. 3.

<sup>(2)</sup> JO L 259 de 4.10.2007, p. 1, e Suplemento EEE n.º 46 de 4.10.2007, p. 1.

**ÍNDICE**

1. **INTRODUÇÃO**
2. **PRINCÍPIOS GERAIS**
  - 2.1. Artigo 53.º e direitos de propriedade intelectual
  - 2.2. Quadro geral de aplicação do artigo 53.º
  - 2.3. Definição de mercado
  - 2.4. Distinção entre concorrentes e não concorrentes
3. **APLICAÇÃO DO RICTT**
  - 3.1. Efeitos do RICTT
  - 3.2. Âmbito e duração do RICTT
    - 3.2.1. O conceito de acordos de transferência de tecnologia
    - 3.2.2. O conceito de «transferência»
    - 3.2.3. Acordos entre duas partes
    - 3.2.4. Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais
    - 3.2.5. Duração
    - 3.2.6. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria
      - 3.2.6.1. Regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e acordos de investigação e desenvolvimento
      - 3.2.6.2. Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais
  - 3.3. Limiares de quota de mercado da zona de segurança
  - 3.4. Restrições graves da concorrência nos termos do regulamento de isenção por categoria
    - 3.4.1. Princípios gerais
    - 3.4.2. Acordos entre concorrentes
    - 3.4.3. Acordos entre não concorrentes
  - 3.5. Restrições excluídas
  - 3.6. Retirada e não aplicação do regulamento de isenção por categoria
    - 3.6.1. Processo de retirada
    - 3.6.2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria
4. **APLICAÇÃO DO ARTIGO 53.º, N.os 1 E 3, FORA DO ÂMBITO DO RICTT**
  - 4.1. Quadro geral da análise
    - 4.1.1. Fatores relevantes
    - 4.1.2. Efeitos negativos dos acordos de licenciamento restritivos
    - 4.1.3. Efeitos positivos dos acordos de licenciamento e quadro de análise desses efeitos

- 4.2. Aplicação do artigo 53.º a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licenciamento
- 4.2.1. Obrigações em matéria de *royalties*
- 4.2.2. Licenças exclusivas e restrições de vendas
- 4.2.2.1. Licenças exclusivas e únicas
- 4.2.2.2. Restrições de vendas
- 4.2.3. Limitação da produção
- 4.2.4. Restrições do domínio de utilização
- 4.2.5. Restrições de utilização cativa
- 4.2.6. Subordinação e agrupamento
- 4.2.7. Obrigações de não concorrência
- 4.3. Acordos de resolução de litígios
- 4.4. Agrupamentos de tecnologias
- 4.4.1. Apreciação da constituição e funcionamento dos agrupamentos de tecnologias
- 4.4.2. Apreciação de restrições individuais em acordos entre o agrupamento e os seus licenciados

## 1. INTRODUÇÃO

- 1) As presentes Orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos de transferência de tecnologia ao abrigo do artigo 53.º do Acordo EEE («artigo 53.º»). Os acordos de transferência de tecnologia dizem respeito ao licenciamento de direitos de tecnologia, em que o licenciante autoriza o licenciado a explorar os direitos de tecnologia licenciados para a produção de bens ou serviços, tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do ato referido no ponto 5 do Anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a categorias de acordos de transferência de tecnologia («RICTT») <sup>(3)</sup>].
- 2) As presentes Orientações dão indicações sobre a aplicação do RICTT, bem como sobre a aplicação do artigo 53.º aos acordos de transferência de tecnologia não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RICTT. O RICTT e as Orientações não prejudicam uma eventual aplicação paralela do artigo 54.º do Acordo EEE («artigo 54.º») aos acordos de transferência de tecnologia <sup>(4)</sup>.
- 3) As normas estabelecidas nas presentes Orientações devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, o que exclui uma aplicação mecânica. Cada caso deve ser apreciado com base nas suas particularidades, devendo as presentes Orientações ser aplicadas de forma razoável e flexível. Os exemplos apresentados são apenas ilustrativos e não pretendem ser exaustivos. O Órgão de Fiscalização continuará a analisar o funcionamento do RICTT e as Orientações no âmbito do sistema de aplicação criado pelo Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal («Protocolo n.º 4») <sup>(5)</sup>, a fim de tomar em consideração a necessidade de eventuais alterações.

<sup>(3)</sup> JO L 93 de 28.3.2014, p. 17, incorporado no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 293/2014, de 12 de dezembro de 2014, (ainda não publicada). O RICTT substitui o ato anteriormente referido no ponto 5 do anexo XIV do Acordo EEE, ou seja, o Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 27 de abril de 2004, relativo à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 123 de 27.4.2004, p. 11), incorporado no Acordo EEE através da Decisão n.º 42/2005 do Comité Misto do EEE, de 11 de março de 2005 (JO L 198 de 28.7.2005, p. 42, e Suplemento EEE n.º 38 de 28.7.2005, p. 24).

<sup>(4)</sup> Ver, por analogia, processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Coletânea 2000, p. I-1365, n.º 130, e ponto 106 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, JO C 208 de 6.9.2007, p. 1 e Suplemento EEE n.º 42 de 6.9.2007, p. 1.

<sup>(5)</sup> Na sequência do Acordo que altera o Protocolo n.º 4 do Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça, de 24 de setembro de 2004, que entrou em vigor em 20 de maio de 2005, o Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça reflete em larga medida, no pilar EFTA, o disposto no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

- 4) As presentes Orientações são aplicáveis sem prejuízo da interpretação do artigo 53.º e do RICCT que possa ser eventualmente emitida pelo Tribunal da EFTA, pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral.

## 2. PRINCÍPIOS GERAIS

### 2.1. Artigo 53.º e direitos de propriedade intelectual

- 5) O objetivo global do artigo 53.º consiste em salvaguardar a concorrência no mercado para promover o bem-estar dos consumidores e a afetação eficaz dos recursos. O artigo 53.º, n.º 1, proíbe todos os acordos e práticas concertadas entre empresas e todas as decisões de associações de empresas <sup>(6)</sup> que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre as Partes Contratantes («Estados do EEE») <sup>(7)</sup> e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência <sup>(8)</sup>. Em derrogação a esta regra, o artigo 53.º, n.º 3, estabelece que a proibição prevista no artigo 53.º, n.º 1, pode ser declarada inaplicável no caso de acordos entre empresas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico e económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.
- 6) A legislação relativa à propriedade intelectual confere direitos exclusivos aos titulares de patentes, direitos de autor, desenhos e modelos, marcas e outros direitos legalmente protegidos. O titular do direito de propriedade intelectual está habilitado por lei a impedir qualquer utilização não autorizada da sua propriedade intelectual e a explorá-la, por exemplo, licenciando-a a terceiros. Logo que um produto que inclua um direito de propriedade intelectual, com exceção dos direitos de execução <sup>(9)</sup>, tenha sido colocado no mercado no EEE pelo titular ou com a sua autorização, o direito de propriedade intelectual fica esgotado na totalidade do território do EEE, incluindo os Estados da EFTA, no sentido em que o titular não pode continuar a utilizá-lo para controlar a venda do produto (princípio do esgotamento no EEE) <sup>(10)</sup>. O titular do direito, no âmbito da legislação relativa à propriedade intelectual, não pode impedir a venda pelos licenciados ou pelos compradores de tais produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O princípio do esgotamento no EEE de um direito é consentâneo com a função essencial dos direitos de propriedade intelectual, que é permitir ao titular do direito impedir outras pessoas de explorarem a sua propriedade intelectual sem o seu consentimento.
- 7) O facto de a legislação relativa à propriedade intelectual conceder direitos de exploração exclusivos não significa que os direitos de propriedade intelectual sejam excluídos da aplicação do direito da concorrência. O artigo 53.º é, em especial, aplicável aos acordos através dos quais o titular concede licenças a uma outra empresa para esta explorar os seus direitos de propriedade intelectual. <sup>(11)</sup> Por outro lado, também não significa que exista um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras do EEE em matéria de concorrência. Com efeito, estes dois corpos legislativos têm o mesmo objetivo fundamental, que é promover o bem-estar dos consumidores e a afetação eficaz dos recursos. A inovação constitui um componente essencial e dinâmico de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investir no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo sucede com a concorrência, na medida em que pressiona as empresas a inovar. Por esta razão, tanto os direitos de propriedade intelectual como a concorrência são necessários para promover a inovação e garantir que esta é explorada em condições competitivas.

<sup>(6)</sup> No texto a seguir, o termo «acordo» inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

<sup>(7)</sup> Ver Orientações do Órgão de Fiscalização sobre o conceito de afetação do comércio previsto nos artigos 53.º e 54.º do Acordo EEE, JO C 291 de 30.11.2006, p. 46 e Suplemento EEE n.º 59 de 30.11.2006, p. 18.

<sup>(8)</sup> No resto do documento, o termo «restrição» inclui o impedimento e a distorção da concorrência.

<sup>(9)</sup> Que inclui direitos de locação. Ver a este respeito o Processo 158/86, *Warner Brothers e Metronome Video*, Coletânea 1988, p. 2605, e o Processo C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Coletânea 1998, p. I-5171.

<sup>(10)</sup> Este princípio do esgotamento de um direito no EEE encontra-se consagrado, nomeadamente, no artigo 7.º, n.º 1, do ato referido no ponto 9 do anexo XVII do Acordo EEE, isto é, a Diretiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008, que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas [JO L 299 de 8.11.2008, p. 25, incorporada no Acordo pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 56/2007, de 9 de junho de 2007 (JO L 266 de 11.10.2007, p. 17 e Suplemento EEE n.º 48 de 11.10.2007, p. 13)], estabelecendo que o direito conferido pela marca não permite ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados no território abrangido pelo Acordo EEE sob essa marca pelo titular ou com o seu consentimento, e no artigo 4.º, n.º 2, do ato referido no ponto 5 do anexo XVII do Acordo EEE, isto é, a Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, (JO L 111 de 5.5.2009, p. 16, incorporada no Acordo pela Decisão do Comité Misto do EEE n.º 39/2011, de 1 de Abril de 2011 (JO L 171 de 30.6.2011, p. 40 e Suplemento EEE n.º 37 de 30.6.2011, p. 47)], que prevê que a primeira venda no território abrangido pelo EEE de uma cópia de um programa efetuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento extinguirá o direito de distribuição no território abrangido pelo EEE dessa mesma cópia, com exceção do direito de controlar a locação ulterior do programa ou de uma sua cópia.

<sup>(11)</sup> Ver, por exemplo, os processos apensos 56/64 e 58/64, *Consten e Grundig*, Coletânea 1966, p. 429.

- 8) Na apreciação dos acordos de licenciamento ao abrigo do artigo 53.º deve ter-se em conta que a criação de direitos de propriedade intelectual implica muitas vezes investimentos substanciais e que se trata frequentemente de uma atividade que envolve riscos. Para não restringir a concorrência dinâmica e manter o incentivo à inovação, o inovador não deve ser indevidamente limitado na exploração dos direitos de propriedade intelectual que vierem a revelar-se com valor. Por estas razões, o inovador deve ter a liberdade de procurar a remuneração adequada para projetos com êxito que se revele suficiente para manter incentivos ao investimento, tomando em consideração os projetos que não tiverem êxito. O licenciamento de direitos de tecnologia pode igualmente requerer que o licenciado realize significativos investimentos irrecuperáveis (ou seja, que após o abandono desse domínio de atividade específico, o investimento não pode ser utilizado pelo licenciado para outras atividades, ou só pode ser vendido com prejuízos significativos) na tecnologia licenciada e nos ativos de produção necessários para a explorar. O artigo 53.º não pode ser aplicado sem tomar em consideração esses investimentos ex ante realizados pelas partes e os riscos a eles associados. O risco com que as partes se confrontam e os investimentos irrecuperáveis que devem ser suportados podem assim levar a que o acordo não seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, ou preencha as condições do artigo 53.º, n.º 3, consoante o caso, durante o período necessário para a rentabilização do investimento.
- 9) Quando da apreciação de acordos de licenciamento ao abrigo do artigo 53.º, o atual enquadramento analítico é suficientemente flexível para atender devidamente aos aspetos dinâmicos do licenciamento de direitos de tecnologia. Não se parte do princípio de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licenciamento enquanto tais geram problemas de concorrência. A maior parte dos acordos de licenciamento não restringe a concorrência e cria antes eficiências pró-concorrenciais. Na realidade, o licenciamento enquanto tal é pró-concorrencial, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação por parte de licenciantes e licenciados. Para além disso, mesmo os acordos de licenciamento que restringem a concorrência podem dar frequentemente origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais, que devem ser apreciados ao abrigo do artigo 53.º, n.º 3, e ponderados face aos efeitos negativos sobre a concorrência<sup>(12)</sup>. A grande maioria dos acordos de licenciamento é, por conseguinte, compatível com o artigo 53.º

## 2.2. Quadro geral de aplicação do artigo 53.º

- 10) O artigo 53.º, n.º 1, proíbe os acordos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência. O artigo 53.º, n.º 1, é aplicável tanto a restrições da concorrência entre as partes num acordo como a restrições da concorrência entre qualquer uma delas e terceiros.
- 11) A apreciação que visa apurar se um acordo de licenciamento restringe a concorrência deve ser efetuada em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo e das suas alegadas restrições.<sup>(13)</sup> Ao proceder a essa apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intertecnologia (ou seja, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (ou seja, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia)<sup>(14)</sup>. O artigo 53.º, n.º 1, proíbe restrições da concorrência intertecnologia e da concorrência intratecnologia. É, por conseguinte, necessário apreciar em que medida o acordo afeta, ou pode afetar, estes dois aspetos da concorrência no mercado.
- 12) As duas questões que se seguem proporcionam um quadro útil para esta apreciação. A primeira questão diz respeito ao impacto do acordo na concorrência intertecnologia, enquanto a segunda se refere ao impacto do acordo na concorrência intratecnologia. Uma vez que tanto a concorrência intertecnologia como a concorrência intratecnologia são suscetíveis de serem simultaneamente afetadas por restrições, pode afigurar-se necessário analisar uma restrição à luz das duas questões apresentadas nas alíneas a) e b) antes de se poder concluir que existe ou não uma restrição da concorrência, na aceção do artigo 53.º, n.º 1:
- a) O acordo de licenciamento restringe a concorrência real ou potencial que teria existido sem o acordo previsto? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1. Ao realizar esta apreciação, é necessário tomar em consideração a concorrência entre as partes e a concorrência de terceiros. Por exemplo, quando duas empresas estabelecidas em Estados do EEE diferentes concedem licenças cruzadas de tecnologias concorrentes e se comprometem a não vender produtos nos mercados nacionais da outra empresa, a concorrência (potencial) que existia antes do acordo é restringida. Do mesmo modo, quando um licenciante impõe aos seus licenciados a obrigação de não utilização de tecnologias concorrentes e estas obrigações excluem tecnologias de terceiros, é restringida a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência do acordo.

<sup>(12)</sup> A metodologia para a aplicação do artigo 53.º, n.º 3, é estabelecida nas Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota de rodapé 4.

<sup>(13)</sup> Ver processo 56/65, Société Technique Minière, Coletânea 1966, p. 337 e processo C-7/95 P, John Deere, Coletânea 1998, p. I-3111, n.º 76.

<sup>(14)</sup> Ver a este respeito, por exemplo, o acórdão proferido no processo Consten e Grundig, citado na nota de rodapé 11.

b) O acordo de licenciamento restringe a concorrência real ou potencial que teria existido na ausência da ou das restrições contratuais? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1. Por exemplo, quando um licenciante restringe os seus licenciados, que não eram concorrentes reais ou potenciais antes do acordo, de concorrerem entre eles, é limitada a concorrência (potencial) que poderia ter existido entre os licenciados na ausência das restrições. Tais restrições incluem a fixação vertical de preços e restrições de vendas territoriais ou a clientes entre licenciados. No entanto, certas restrições podem, nalguns casos, não ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, quando a restrição é objetivamente necessária para a existência de um acordo desse tipo ou natureza <sup>(15)</sup>. Esta exclusão do âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, só pode efetuar-se com base em fatores objetivos externos às próprias partes e não com base nas opiniões subjetivas e características das partes. A questão não é saber se as partes, na sua situação específica, não teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas sim determinar se, num contexto semelhante, dada a natureza do acordo e as características do mercado, não teria sido concluído um acordo menos restritivo entre empresas <sup>(16)</sup>. Não basta alegar que, na ausência da restrição, o fornecedor teria recorrido à integração vertical. A decisão de proceder ou não a uma integração vertical depende de um amplo leque de fatores económicos complexos, alguns deles específicos da empresa em causa.

- 13) O facto de o artigo 53.º, n.º 1, fazer uma distinção entre os acordos que têm uma restrição da concorrência como objetivo e os acordos que têm uma restrição da concorrência como efeito deve ser tido em conta na aplicação do quadro analítico definido no ponto 12 das presentes Orientações. Um acordo ou restrição contratual só é proibido pelo artigo 53.º, n.º 1, se tiver por objetivo ou efeito restringir a concorrência intertecnologia e/ou a concorrência intratecnologia.
- 14) As restrições da concorrência por objetivo são as que, pela sua própria natureza, restringem a concorrência. Trata-se de restrições em relação às quais, tendo em conta os objetivos das regras do EEE em matéria de concorrência, é tão elevado o potencial para os efeitos negativos sobre a concorrência que não é necessário demonstrar o impacto no mercado para efeitos da aplicação do artigo 53.º, n.º 1 <sup>(17)</sup>. Além disso, é pouco provável que, no caso das restrições por objetivo, estejam preenchidas as condições enunciadas no 53.º, n.º 3. Vários fatores permitem apreciar se um acordo tem ou não por objetivo uma restrição da concorrência. Estes fatores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objetivos. Pode igualmente ser necessário considerar o contexto em que é ou será aplicado, bem como a conduta e o comportamento efetivos das partes no mercado <sup>(18)</sup>. Por outras palavras, pode afigurar-se necessária uma análise dos factos subjacentes ao acordo e das circunstâncias específicas da sua aplicação antes de se poder concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição por objetivo da concorrência. A forma como um acordo é efetivamente aplicado pode revelar uma restrição por objetivo, ainda que o acordo formal não inclua qualquer disposição expressa nesse sentido. A existência de elementos de prova da intenção subjetiva das partes de restringir a concorrência constitui um fator relevante, mas não uma condição necessária. Pode considerar-se que um acordo tem um objeto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objetivo restringir a concorrência, prosseguindo igualmente outros objetivos legítimos <sup>(19)</sup>. Quanto aos acordos de licenciamento, o Órgão de Fiscalização considera que as restrições abrangidas pela lista de restrições graves (*hardcore*) da concorrência incluídas no artigo 4.º do RICTT constituem restrições pelo seu próprio objetivo <sup>(20)</sup>.
- 15) Se um acordo não for restritivo da concorrência em função do seu objetivo, é necessário analisar se tem efeitos restritivos na concorrência. Devem ser tidos em conta simultaneamente os efeitos reais e potenciais <sup>(21)</sup>. Por outras palavras, deve afigurar-se que o acordo tem efeitos anticoncorrenciais. Para que os acordos de licenciamento tenham por efeito a restrição da concorrência, devem afetar a concorrência real ou potencial num grau tal que se possa esperar, com um grau de probabilidade razoável, que produzam efeitos negativos nos

<sup>(15)</sup> Ver a este respeito o acórdão proferido no processo Société Technique Minière citado na nota de rodapé 13 e o processo 258/78, Nungesser, Coletânea 1982, p. 2015.

<sup>(16)</sup> Ver, a título de exemplo, os pontos 126 a 127.

<sup>(17)</sup> Ver a este respeito, por exemplo, o processo C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Coletânea 1999, p. I-4125, n.º 99.

<sup>(18)</sup> Ver processos apensos 29/83 e 30/83, CRAM e Rheinzink, Coletânea 1984, p. 1679, n.º 26, e processos apensos 96/82 e outros, ANSEAU-NAVEWA, Coletânea 1983, p. 3369, n.ºs 23-25. Processo T-491/07, Groupement des Cartes Bancaires/Comissão, acórdão de 29 de novembro de 2012, n.º 146.

<sup>(19)</sup> Processo C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, Coletânea 2008, p. I-8637, n.º 21.

<sup>(20)</sup> Orientações adicionais no que diz respeito à noção de restrição da concorrência por objetivo podem ser obtidas nas Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota de rodapé 4. Ver também os processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., Coletânea 2009, p. I-9291, n.ºs 59 a 64; Processo C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, Coletânea 2008, p. I-8637, n.ºs 21 a 39. Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands e o., Coletânea 2009, p. I-4529, n.ºs 31 e 36 a 39, e processo C-32/11, Allianz Hungária biztosító e outros, acórdão de 14 de março de 2013, n.ºs 33 a 38.

<sup>(21)</sup> Ver o acórdão proferido no processo John Deere, citado na nota de rodapé 13.

preços, na produção, na inovação ou na variedade e na qualidade dos bens e serviços no mercado relevante. Os prováveis efeitos negativos na concorrência devem ser sensíveis<sup>(22)</sup>. Um acordo pode ter efeitos anticoncorrenciais sensíveis quando pelo menos uma das partes tem ou obtém um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite às partes explorarem-no. O poder de mercado é a capacidade de manter preços acima dos níveis competitivos ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis competitivos durante um período de tempo não desprezável<sup>(23)</sup>. O grau de poder de mercado normalmente exigido para concluir pela existência de uma infração nos termos do artigo 53.º, n.º 1, é menor do que o grau de poder de mercado exigido para concluir pela existência de uma posição dominante nos termos do artigo 54.º<sup>(24)</sup>.

- 16) Para analisar restrições da concorrência por efeito, é normalmente necessário definir o mercado relevante e examinar e apreciar, em especial, a natureza dos produtos e das tecnologias em causa, a posição das partes, dos concorrentes e dos compradores no mercado, a existência de concorrentes potenciais e o nível dos obstáculos à entrada. Contudo, nalguns casos pode ser possível demonstrar diretamente os efeitos anticoncorrenciais através da análise da conduta no mercado das partes num acordo. Pode, por exemplo, ser possível estabelecer que um acordo conduziu a um aumento dos preços.
- 17) No entanto, os acordos de licenciamento podem também ter um potencial pró-concorrencial significativo, sendo a grande maioria desses acordos, de facto, pró-concorrenciais. Os acordos de licenciamento podem promover a inovação permitindo aos inovadores obter um rendimento que cubra pelo menos parcialmente os seus custos de investigação e desenvolvimento. Os acordos de licenciamento conduzem igualmente à divulgação de tecnologias, que podem criar valor ao reduzir os custos de produção do licenciado ou ao permitir-lhe fabricar produtos novos ou produtos melhorados. Os ganhos de eficiência obtidos a nível do licenciado provêm frequentemente de uma combinação da tecnologia do licenciante e dos ativos e das tecnologias do licenciado. Uma tal integração de ativos e tecnologias complementares pode conduzir a uma configuração custos/produção de outro modo impossível. Por exemplo, a combinação das tecnologias melhoradas pertencentes ao licenciante e dos ativos de produção e de distribuição mais eficientes pertencentes ao licenciado podem permitir a redução dos custos de produção ou conduzir ao fabrico de um produto de maior qualidade. O licenciamento pode igualmente servir o objetivo pró-concorrencial de suprimir obstáculos ao desenvolvimento e exploração da própria tecnologia do licenciado. Em especial em setores com um elevado número de patentes, o licenciamento destina-se frequentemente a permitir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração por parte do licenciante. Quando o licenciante concorda em não invocar os seus direitos de propriedade intelectual para impedir a venda dos produtos do licenciado, o acordo suprime um obstáculo à venda do produto do licenciado, promovendo geralmente desta forma a concorrência.
- 18) Nos casos em que um acordo de licenciamento é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, os efeitos pró-concorrenciais do acordo devem ser ponderados face aos seus efeitos restritivos no contexto do artigo 53.º, n.º 3. Quando estiverem preenchidas todas as quatro condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, o acordo de licenciamento restritivo em questão é válido e aplicável, não podendo ser exigida para o efeito qualquer decisão prévia<sup>(25)</sup>. As restrições graves não satisfazem geralmente as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Em geral, tais acordos não satisfazem (pelo menos) uma das duas primeiras condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Em geral, não geram quaisquer vantagens económicas objetivas, nem benefícios para os consumidores. Além disso, os acordos deste tipo não satisfazem geralmente a terceira condição, relativa ao caráter indispensável das restrições. Por exemplo, se as partes fixam o preço a que devem ser vendidos os produtos fabricados sob licença, tal facto conduzirá, em princípio, a uma produção inferior e a uma afetação incorreta de recursos, bem como a preços mais elevados para os consumidores. A restrição a nível dos preços também não é indispensável para alcançar as eventuais eficiências resultantes de os dois concorrentes dispor em ambas as tecnologias.

<sup>(22)</sup> Encontram-se orientações sobre a questão do caráter sensível na Comunicação do Órgão de Fiscalização relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE (JO C 67 de 20.3.2003, p. 20 e Suplemento EEE n.º 15 de 20.3.2003, p. 11). Esta comunicação estabelece uma definição pela negativa do caráter sensível. Os acordos que não se inscrevem no âmbito da comunicação *de minimis* não têm necessariamente efeitos restritivos sensíveis, sendo necessária uma avaliação individual.

<sup>(23)</sup> Processo T-321/05, Astra Zeneca/Comissão, Coletânea 2010, p. II-2805, n.º 267.

<sup>(24)</sup> Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, ponto 26, citadas na nota de rodapé 4.

<sup>(25)</sup> Ver o artigo 1.º, n.º 2, do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal.

### 2.3. Definição de mercado

- 19) A abordagem do Órgão de Fiscalização em matéria de definição do mercado relevante é apresentada na sua Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito do EEE da concorrência (26). As presentes Orientações abordam apenas os aspetos da definição de mercado com importância especial no domínio do licenciamento de direitos de tecnologia.
- 20) A tecnologia é um *input* integrado quer num produto quer num processo de produção. O licenciamento de direitos de tecnologia pode, por conseguinte, afetar a concorrência tanto a montante, no mercado dos inputs, como a jusante, no mercado da produção propriamente dita. Por exemplo, um acordo entre duas partes que vendem produtos concorrentes a jusante e que se concedem mutuamente licenças cruzadas de direitos de tecnologia relativas ao fabrico desses produtos a montante pode restringir a concorrência no mercado de bens ou serviços relevante a jusante. O licenciamento cruzado (*cross licensing*) pode igualmente restringir a concorrência no mercado a montante de tecnologias e eventualmente também noutras mercados de inputs a montante. Para apreciar os efeitos de acordos de licenciamento sobre a concorrência, pode, por conseguinte, revelar-se necessário definir os mercados do produto relevantes, bem como os mercados da tecnologia relevantes (27).
- 21) O mercado do produto relevante envolve produtos contratuais (que incorporam a tecnologia licenciada) e produtos considerados pelos compradores como permutáveis ou substituíveis em relação aos produtos contratuais, devido às características dos produtos, aos seus preços e à utilização pretendida. Os produtos contratuais podem fazer parte de um mercado do produto final e/ou de um mercado do produto intermédio.
- 22) O mercado da tecnologia relevante inclui os direitos da tecnologia licenciada e seus substitutos, ou seja, outras tecnologias que são consideradas pelos licenciados como permutáveis ou substituíveis em relação aos direitos de tecnologia licenciados, devido às características das tecnologias, às suas *royalties* e à utilização pretendida. Com base na tecnologia comercializada pelo licenciante, é necessário identificar as outras tecnologias que os licenciados poderão passar a utilizar em resposta a um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos, ou seja, às *royalties*. Uma outra abordagem consiste em considerar o mercado dos produtos que incorporam os direitos de tecnologia licenciada (ver ponto 25 *infra*).
- 23) O termo «mercado relevante» utilizado no artigo 3.º do RICTT e definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea m), refere-se ao mercado do produto relevante e ao mercado da tecnologia relevante, tanto no que diz respeito ao seu produto como à sua dimensão geográfica.
- 24) O «mercado geográfico relevante» é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea l), do RICTT e inclui, a área em que as empresas em causa participam no abastecimento e na procura de produtos ou no licenciamento de tecnologia, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto de as condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas. O mercado geográfico dos mercados de tecnologia relevantes pode ser diferente do mercado geográfico dos mercados do produto relevantes.
- 25) Após a definição dos mercados relevantes, podem ser atribuídas quotas de mercado às várias fontes de concorrência que nele operam e utilizadas como indicador do poder relativo dos diferentes operadores. No caso dos mercados da tecnologia, uma forma de proceder consiste em calcular as quotas de mercado com base na parte que cada tecnologia detém nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representa a parte que essa tecnologia detém no mercado em que as diferentes tecnologias concorrentes são licenciadas. Contudo, isto pode frequentemente ser uma mera forma teórica e não muito prática de proceder, devido à falta de informações claras sobre as *royalties*. Uma outra abordagem, que é a utilizada para calcular a zona de segurança, tal como explanado no artigo 8.º, alínea d), do RICTT, consiste em calcular as quotas de mercado no mercado da tecnologia com base nas vendas de produtos que incorporam a tecnologia licenciada nos mercados do produto a jusante (ver, para mais pormenores, o ponto 86 e seguintes). Em casos específicos não abrangidos pela zona de segurança definida pelo RICTT, pode revelar-se necessário, quando possível na prática, aplicar as duas abordagens referidas, a fim de apreciar o poder de mercado do licenciante com mais exatidão e ter em conta outros fatores disponíveis que possam fornecer uma indicação correta do poder relativo das tecnologias disponíveis (ver mais elementos nos pontos 157 e 159 e seguintes) (28).

(26) Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência no Espaço Económico Europeu (EEE) (JO L 200 de 16.7.1998, p. 48, e Suplemento EEE n.º 28 de 16.7.1998, p. 3).

(27) Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão no processo COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto*, em que a Comissão procedeu à análise da fusão de dois produtores de girassol integrados verticalmente, examinando i) o mercado de trocas comerciais a montante (ou seja, o intercâmbio e o licenciamento) das variedades (linhas parentais e híbridos) e ii) o mercado a jusante da comercialização de híbridos. No processo COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, a Comissão definiu, além de um mercado para a produção de melamina de elevada qualidade, também um mercado de tecnologia a montante para o fornecimento de tecnologias de produção de melamina. Ver também processo COMP/M.269, *Shell/Montecatini*.

(28) Ver também Decisão da Comissão no processo COMP/M.5675, *Syngenta/Monsanto*, e Decisão COMP/M.5406, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*.

- 26) Certos acordos de licenciamento podem afetar a concorrência em matéria de inovação. Contudo, quando o Órgão de Fiscalização analisa estes efeitos, limita-se normalmente a examinar o impacto do acordo sobre a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes<sup>(29)</sup>. A concorrência nesses mercados pode ser afetada por acordos que atrasam a introdução de produtos melhorados ou novos que, a prazo, substituirão os produtos existentes. Nesses casos, a inovação constitui uma fonte de concorrência potencial que deve ser tomada em consideração aquando da apreciação do impacto do acordo nos mercados do produto e da tecnologia. Todavia, num número limitado de casos, também pode ser útil e necessário analisar separadamente os efeitos sobre a concorrência em matéria de inovação. É nomeadamente o que acontece quando o acordo afeta a inovação destinada a criar novos produtos e quando é possível determinar muito cedo os polos de investigação e desenvolvimento<sup>(30)</sup>. É então possível determinar se, após o acordo, se manterá um número suficiente de polos de investigação e desenvolvimento competitivos para manter uma concorrência efetiva em matéria de inovação.

#### 2.4. Distinção entre concorrentes e não concorrentes

- 27) Em geral, os acordos entre concorrentes envolvem mais riscos para a concorrência do que os acordos entre não concorrentes. Contudo, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia (concorrência intratecnologia entre licenciados) constitui um complemento importante para a concorrência entre as empresas que utilizam tecnologias concorrentes (concorrência intertecnologia). A concorrência intratecnologia pode, por exemplo, dar origem a preços mais reduzidos dos produtos que englobam a tecnologia em causa, o que pode não só acarretar vantagens diretas e imediatas para os consumidores desses produtos, como também promover a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes. No contexto do licenciamento, o facto de os licenciados venderem o seu próprio produto deve igualmente ser tido em conta. Não estão a revender um produto fornecido por outra empresa. Por conseguinte, poderá haver uma maior margem para a diferenciação dos produtos e a concorrência entre os licenciados com base na qualidade do que no caso de acordos verticais para a revenda de produtos.
- 28) A fim de determinar a relação de concorrência entre as partes, é necessário examinar se estas teriam sido concorrentes reais ou potenciais no caso de o acordo não ter existido. Se, sem o acordo, as partes não tivessem sido concorrentes reais ou potenciais em nenhum dos mercados relevantes afetados pelo acordo, considera-se que não são concorrentes.
- 29) Em princípio, as partes num acordo não são consideradas concorrentes se se encontrarem numa posição de bloqueio unidirecional ou bidirecional. Existe uma posição de bloqueio unidirecional sempre que um direito de tecnologia não puder ser explorado sem infringir outro direito de tecnologia válido ou sempre que uma parte não puder ser ativa, de uma forma comercialmente viável, no mercado relevante sem infringir o direito de tecnologia válido da outra parte. Tal é, por exemplo, o caso quando um direito de tecnologia cobrir um melhoramento de outro direito de tecnologia e o melhoramento não puder ser legalmente utilizado sem uma licença do direito de tecnologia de base. Existe uma posição de bloqueio bidirecional sempre que nenhum dos dois direitos de tecnologia puder ser explorado sem infringir o outro direito de tecnologia válido, ou sempre que nenhuma das partes puder ser ativa, de uma forma comercialmente viável, no mercado relevante sem infringir o direito de tecnologia válido da outra parte e sempre que as partes precisarem, assim, de obter uma licença ou uma dispensa uma da outra.<sup>(31)</sup> No entanto, na prática, há casos em que não existe certeza quanto ao facto de um determinado direito de tecnologia ser válido e infringido.
- 30) As partes são concorrentes reais no mercado do produto se, antes do acordo, ambas já forem ativas no mesmo mercado do produto relevante. O facto de ambas as partes já serem ativas no mesmo mercado do produto relevante, sem terem entrado num acordo de licenciamento, é um forte indicador de que as partes não se bloqueiam mutuamente. Num tal cenário, as partes podem ser consideradas concorrentes reais, a não ser, e até que, se prove a existência de uma posição de bloqueio (nomeadamente através de uma sentença transitada em julgado).
- 31) O licenciado pode ser considerado um concorrente potencial no mercado do produto se, na ausência do acordo, tivesse provavelmente realizado os investimentos suplementares necessários para entrar no mercado relevante em reação a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços dos produtos. A probabilidade de entrada deve ser apreciada em termos realistas, ou seja, com base nos factos do caso em apreço. A entrada é mais provável se o licenciado possuir ativos que possam ser facilmente utilizados para entrar no mercado sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos ou se já tiver desenvolvido planos, ou, de outro modo, começado a investir para entrar no mercado. Tem de haver verdadeiras possibilidades concretas de o licenciado entrar no mercado

<sup>(29)</sup> Ver igualmente os pontos 119 a 122 das Orientações do Órgão de Fiscalização sobre a aplicação do artigo 53.º do Acordo EEE aos acordos de cooperação horizontal («Orientações horizontais») (JO C 362 de 12.12.2013, p.3, e Suplemento EEE n.º 69 de 12.12.2013, p. 1).

<sup>(30)</sup> Ver também o ponto 157.

<sup>(31)</sup> Num cenário em que as empresas assumiram um compromisso geral de licenciar certos direitos de propriedade intelectual, as partes não podem ser consideradas como estando numa posição de bloqueio, com base nestes direitos de propriedade intelectual.

relevante e concorrer com as empresas estabelecidas<sup>(32)</sup>. Sendo assim, o licenciado não pode ser descrito como um concorrente potencial se a sua entrada num mercado não for uma estratégia economicamente viável<sup>(33)</sup>.

- 32) No contexto específico dos direitos de propriedade intelectual, um fator adicional para apreciar se as partes são concorrentes potenciais num determinado mercado é a possibilidade de os seus direitos de propriedade intelectual se encontrarem numa posição de bloqueio, ou seja, de o licenciado não poder entrar no mercado respetivo sem infringir os direitos de propriedade intelectual da outra parte.
- 33) Na ausência de certeza sob a forma de uma decisão judicial definitiva de que existe uma posição de bloqueio e, por conseguinte, de certeza relativamente a este ponto, as partes, ao abordar a questão de saber se são concorrentes potenciais, terão de se basear em todos os elementos de prova disponíveis na altura, nomeadamente a possibilidade de os direitos de propriedade intelectual serem infringidos e se existirem, num caso específico, possibilidades reais de contornar os direitos de propriedade intelectual existentes. Investimentos significativos já efetuados ou planos avançados para entrar num determinado mercado podem apoiar o ponto de vista de que as partes são, pelo menos, concorrentes potenciais, mesmo que não possa ser excluída uma posição de bloqueio. Podem ser necessários elementos de prova especialmente convincentes da existência de uma posição de bloqueio, quando as partes tiverem um interesse comum em alegar a existência de uma posição de bloqueio, a fim de serem consideradas não concorrentes, por exemplo, quando a alegada posição de bloqueio disser respeito a tecnologias que são tecnologias substituíveis (ver ponto 22) ou se houver um significativo incentivo financeiro do licenciante em relação ao licenciado.
- 34) Para constituir uma pressão competitiva realista, a entrada deve poder ocorrer num curto lapso de tempo<sup>(34)</sup>. Normalmente, afigura-se apropriado um período de um ou dois anos. Contudo, em casos específicos, 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. As partes podem, por exemplo, ser consideradas concorrentes potenciais no mercado do produto quando o licenciado produz com base na sua própria tecnologia num mercado geográfico e começa a produzir num outro mercado geográfico com base numa tecnologia licenciada concorrente. Nessas circunstâncias, é provável que o licenciado tivesse podido entrar no segundo mercado geográfico com base na sua própria tecnologia, a menos que tal entrada seja impedida por fatores objetivos, nomeadamente a existência de direitos de propriedade intelectual de bloqueio.
- 35) As partes são concorrentes reais no mercado da tecnologia se ambas já estiverem a licenciar direitos de tecnologia substituíveis ou se o licenciado já estiver a licenciar os seus direitos de tecnologia e o licenciante entrar no mercado da tecnologia através da concessão ao licenciado de uma licença para direitos de tecnologia concorrentes.
- 36) Considera-se que as partes são concorrentes potenciais no mercado da tecnologia se possuírem tecnologias substituíveis próprias e se o licenciado não licenciar a sua própria tecnologia, desde que seja suscetível de o fazer no caso de um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços da tecnologia em causa. No caso dos mercados da tecnologia, é geralmente mais difícil apreciar se as partes são concorrentes potenciais. É por esta razão que, para efeitos de aplicação do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta (ver ponto 83) e as partes são tratadas como não concorrentes.
- 37) Em certos casos, pode igualmente ser possível concluir que, embora o licenciante e o licenciado fabriquem produtos concorrentes, não são concorrentes no mercado do produto e no mercado da tecnologia relevantes, uma vez que a tecnologia licenciada constitui uma inovação de tal forma radical que a tecnologia do licenciado se tornou obsoleta ou não concorrencial. Nesses casos, a tecnologia do licenciante ou cria um novo mercado ou exclui a tecnologia do licenciado do mercado existente. Todavia, é frequentemente impossível determinar esse facto aquando da celebração do acordo. Normalmente, é só quando a tecnologia ou os produtos que a incorporam estão disponíveis junto dos consumidores há já um certo tempo que se afigura evidente que a antiga tecnologia se tornou obsoleta ou não competitiva. Por exemplo, quando a tecnologia CD foi desenvolvida e os leitores e os discos foram colocados no mercado, não era evidente que esta nova tecnologia viesse a substituir a tecnologia dos LP. Essa situação só se tornou evidente anos mais tarde. Por conseguinte, as partes serão consideradas concorrentes se, no momento da conclusão do acordo, não for evidente que a tecnologia do licenciado é obsoleta ou não competitiva. No entanto, uma vez que tanto o artigo 53.º, n.º 1, como o artigo 53.º, n.º 3, devem ser aplicados à luz do contexto real em que o acordo é celebrado, a apreciação é sensível a eventuais alterações significativas da situação de facto. A caracterização da relação entre as partes poderá, por conseguinte, ser alterada para uma relação de não concorrentes se, mais tarde, a tecnologia do licenciado se tornar obsoleta ou não concorrencial no mercado.

<sup>(32)</sup> Processos apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e outros/Comissão*, Coletânea 1998, p. II-3141, n.º 137.

<sup>(33)</sup> Processo T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Comissão Europeia*, Coletânea 2011, p. II-1729, n.º 167.

<sup>(34)</sup> Processo T-461/07, *Visa Europe Ltd e Visa International Service/Comissão Europeia*, Coletânea 2011, p. II-1729, n.º 189.

- 38) Em alguns casos, as partes podem tornar-se concorrentes posteriormente à celebração do acordo devido ao facto de o licenciado desenvolver ou adquirir e começar a explorar uma tecnologia concorrente. Nesses casos, deve ser tido em conta o facto de as partes não serem concorrentes no momento da celebração do acordo e de o acordo ter sido celebrado nesse contexto. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização centrar-se-á principalmente no impacto do acordo sobre a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia (concorrente). Em especial, a lista de restrições graves aplicável a acordos entre concorrentes não será aplicada a esses acordos, a menos que o acordo seja posteriormente alterado em qualquer aspeto material, depois de as partes se terem tornado concorrentes (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT).
- 39) As empresas parte num acordo podem igualmente tornar-se concorrentes após a celebração do mesmo nos casos em que o licenciado já desenvolvia atividades no mercado relevante em que o produto contratual é vendido antes da licença e em que o licenciante entra posteriormente no mercado relevante, quer com base nos direitos de tecnologia licenciados quer com base numa nova tecnologia. Neste caso, a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes também continuará a ser aplicada ao acordo, a não ser que este seja posteriormente alterado em qualquer aspeto substancial (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT). Uma alteração substancial inclui a celebração de um novo acordo de transferência de tecnologia entre as partes no que respeita aos direitos de tecnologia concorrentes que possam ser utilizados para o fabrico de produtos concorrentes dos produtos contratuais.

### 3. APPLICAÇÃO DO RICTT

#### 3.1. Efeitos do RICTT

- 40) As categorias de acordos de transferência de tecnologia que satisfaçam as condições enunciadas no RICTT estão isentas da proibição prevista no artigo 53.º, n.º 1. Os acordos que beneficiam da isenção por categoria são legalmente válidos e aplicáveis. Tais acordos só podem ser proibidos no futuro e apenas mediante a retirada da isenção por categoria pelo Órgão de Fiscalização e pelas autoridades da concorrência dos Estados da EFTA. Os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não podem ser proibidos a título do artigo 53.º por tribunais nacionais no âmbito de litígios entre particulares.
- 41) A isenção por categoria de acordos de transferência de tecnologia baseia-se no pressuposto de que tais acordos — na medida em que sejam abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1 — satisfazem as quatro condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Presume-se, por conseguinte, que esses acordos permitem realizar ganhos de eficiência, que as restrições que incluem são indispensáveis para a obtenção desses ganhos de eficiência, que os consumidores nos mercados afetados receberão uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e que os acordos não conferirão às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa. Os limiares de quota de mercado (artigo 3.º), a lista das restrições graves (artigo 4.º), bem como as restrições excluídas (artigo 5.º) estabelecidos no RICTT têm por objetivo garantir que apenas os acordos restritivos relativamente aos quais se pode razoavelmente presumir que satisfazem as quatro condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, beneficiam da isenção por categoria.
- 42) Tal como estabelecido na secção 4 das presentes Orientações, muitos acordos de licenciamento não são abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1, quer porque não restringem a concorrência, quer porque a restrição da concorrência não é sensível<sup>(35)</sup>. Na medida em que tais acordos seriam de qualquer forma abrangidos pelo âmbito do RICTT, não há necessidade de determinar se são abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1<sup>(36)</sup>.
- 43) Fora do âmbito da isenção por categoria, é importante analisar se, no caso individual, o acordo é abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se são satisfeitas as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Não se parte do princípio de que os acordos de transferência de tecnologia fora do âmbito da isenção por categoria são abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1, ou não satisfazem as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Em especial, o simples facto de as quotas de mercado das partes ultrapassarem os limiares de quota de mercado estabelecidos no artigo 3.º do RICTT não constitui uma base suficiente para concluir que o acordo é abrangido pelo âmbito do artigo 53.º, n.º 1. É necessária uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo. Só quando os acordos incluem restrições graves da concorrência é que se pode normalmente presumir que são proibidos pelo artigo 53.º

<sup>(35)</sup> Ver a este respeito a Comunicação relativa aos acordos de pequena importância citada na nota de rodapé 22.

<sup>(36)</sup> Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal, os acordos suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados da EFTA, mas que não são proibidos pelo artigo 53.º, não podem ser proibidos pela legislação nacional em matéria de concorrência.

### 3.2. Âmbito e duração do RICTT

#### 3.2.1. O conceito de acordos de transferência de tecnologia

- 44) O RICTT e as presentes Orientações abrangem os acordos de transferência de tecnologia. Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, o conceito de «direitos de tecnologia» abrange o saber-fazer, bem como as patentes, os modelos de utilidade, os direitos sobre desenhos e modelos, as topografias de produtos semicondutores, os certificados de proteção suplementar para medicamentos ou outros produtos relativamente aos quais tais certificados de proteção suplementar podem ser obtidos, os certificados de obtentor vegetal e os direitos de autor relativos a programas informáticos ou uma combinação dos mesmos, bem como os pedidos desses direitos e do seu registo. Os direitos de tecnologia licenciados devem permitir ao licenciado fabricar os produtos contratuais, com ou sem outro input. O RICTT aplica-se apenas nos Estados do EEE em que o licenciante é titular de direitos de tecnologia relevantes. De outro modo, não existem direitos de tecnologia a transferir na aceção do RICTT.
- 45) O saber-fazer é definido no artigo 1.º, n.º 1, alínea i), do RICTT como um conjunto de informações práticas, decorrentes da experiência e de ensaios, que são secretas, substanciais e identificadas:
- a) «Secretas» significa que o saber-fazer geralmente não é conhecido nem de fácil acesso;
  - b) «Substanciais» significa que o saber-fazer inclui informações importantes e úteis para o fabrico dos produtos abrangidos pelo acordo de licenciamento ou para a aplicação do processo abrangido por esse acordo. Por outras palavras, a informação deve contribuir de forma significativa para facilitar o fabrico dos produtos contratuais. Em casos em que o saber-fazer licenciado diz respeito a um produto e não a um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil para o fabrico do produto contratual. Esta condição não é satisfeita quando o produto contratual pode ser fabricado com base em tecnologias livremente disponíveis. Contudo, a condição não exige que o produto contratual tenha um valor superior aos produtos fabricados com tecnologias livremente disponíveis. No caso de tecnologias que incidem sobre um processo, esta condição implica que o saber-fazer é útil, na medida em que, no momento da celebração do acordo, se pode razoavelmente esperar que seja capaz de melhorar significativamente a posição concorrencial do licenciado, por exemplo, ao reduzir os seus custos de produção;
  - c) «Identificadas» significa que é possível verificar que o saber-fazer licenciado preenche os critérios de caráter secreto e substancial. Esta condição é preenchida quando o saber-fazer licenciado é descrito em manuais ou outros suportes escritos. Todavia, em alguns casos tal pode não ser razoavelmente possível. O saber-fazer licenciado pode consistir em conhecimentos práticos de que os trabalhadores do licenciante dispõem. Por exemplo, os trabalhadores do licenciante podem dispor de conhecimentos secretos e substanciais sobre um determinado processo de fabrico, que são transmitidos ao licenciado através de formação dos seus trabalhadores. Nesses casos, basta descrever no acordo a natureza geral do saber-fazer e enumerar os trabalhadores que estarão ou estiveram implicados na sua transmissão ao licenciado.
- 46) As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas à compra de produtos pelo licenciado só são abrangidos pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Por conseguinte, o RICTT não é aplicável às partes de um acordo de transferência de tecnologia que digam respeito a um input e/ou equipamentos utilizados para outros fins que não o fabrico dos produtos contratuais. Por exemplo, quando o leite for vendido juntamente com o licenciamento da tecnologia para fabricar queijo, só o leite utilizado no fabrico de queijo com a tecnologia licenciada é abrangido pelo RICTT.
- 47) As disposições previstas em acordos de transferência de tecnologia relativas ao licenciamento de outros tipos de propriedade intelectual, tais como marcas e direitos de autor, que não direitos de autor relativos a programas informáticos (no que respeita aos direitos de autor relativos a programas informáticos, ver pontos 44 e 62), só são abrangidos pelo RICTT se, e na medida em que, essas disposições estiverem diretamente relacionadas com o fabrico ou venda dos produtos contratuais. Esta condição garante que as disposições que abrangem outros tipos de direitos de propriedade intelectual beneficiam da isenção por categoria se esses outros direitos de propriedade intelectual permitirem ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada. Por exemplo, se o licenciante autorizar um licenciado a utilizar a sua marca nos produtos que incorporam a tecnologia licenciada, essa licença de marca pode permitir ao licenciado explorar melhor a tecnologia licenciada, uma vez que os consumidores farão diretamente a associação entre o produto e as características que lhe são conferidas pelos direitos de tecnologia licenciados. A obrigação de o licenciado utilizar a marca do licenciante pode igualmente promover a

divulgação da tecnologia, permitindo ao licenciante identificar-se como sendo a fonte da tecnologia subjacente. O RICTT abrange os acordos de transferência de tecnologia neste cenário, mesmo quando o interesse principal das partes residir na exploração da marca e não da tecnologia<sup>(37)</sup>.

- 48) O RICTT não abrange o licenciamento de direitos de autor, à exceção dos direitos de autor relativos a programas informáticos (exceto para a situação descrita no ponto 47). O Órgão de Fiscalização irá, no entanto, aplicar, como regra geral, os princípios definidos no RICTT e nas presentes Orientações ao apreciar o licenciamento de direitos de autor relativos ao fabrico de produtos contratuais ao abrigo do artigo 53.º.
- 49) Considera-se, por outro lado, que o licenciamento de direitos de execução pública e direitos de locação protegidos por direitos de autor, como para os filmes ou música, coloca problemas específicos, podendo não ser oportuno apreciar este tipo de licenciamento com base nos princípios enunciados nas presentes Orientações. Para efeitos da aplicação do artigo 53.º, é necessário ter em conta a especificidade da obra e a forma como é explorada<sup>(38)</sup>. O Órgão de Fiscalização não aplicará, por conseguinte, o RICTT nem as presentes Orientações por analogia ao licenciamento desses outros direitos.
- 50) O Órgão de Fiscalização não alargará também os princípios enunciados no RICTT e nas presentes Orientações ao licenciamento de marcas (exceto no que respeita à situação referida no ponto 47). O licenciamento de marcas ocorre frequentemente no contexto da distribuição e revenda de bens e serviços e assemelha-se geralmente mais aos acordos de distribuição do que aos acordos de licenciamento de tecnologia. Quando uma licença de marca está diretamente associada à utilização, venda ou revenda de bens e serviços e não constitui o objeto principal do acordo, o acordo de licenciamento é abrangido pelo ato referido no ponto 2 do anexo XIV do Acordo EEE (Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas («Regulamento de isenção por categoria vertical»)<sup>(39)</sup>.

### 3.2.2. O conceito de «transferência»

- 51) O conceito de «transferência» implica que a tecnologia deve passar de uma empresa para outra. Tais transferências assumem normalmente a forma de um licenciamento em que o licenciante concede ao licenciado o direito de utilizar os seus direitos de tecnologia mediante o pagamento de *royalties*.
- 52) Tal como estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT, as cessões em que parte do risco associado à exploração dos direitos de tecnologia permanece com o cedente são também consideradas como acordos de transferência de tecnologia. Em especial, tal é o caso quando a soma a pagar tendo em conta a cessão depende do volume de negócios obtido pelo cessionário no que respeita aos produtos fabricados com a tecnologia cedida, da quantidade fabricada desses produtos ou do número de operações realizadas com a tecnologia em causa.
- 53) Um acordo em que o licenciante se compromete a não exercer os seus direitos de tecnologia contra o licenciado pode também ser encarado como uma transferência de direitos de tecnologia. Na realidade, a essência de uma licença de patente pura é o direito de operar dentro do âmbito do direito exclusivo da patente. Daí resulta que o RICTT também abrange os denominados acordos de não reivindicação e de resolução de litígios, através dos quais o licenciante autoriza o licenciado a produzir no âmbito da patente<sup>(40)</sup>.

### 3.2.3. Acordos entre duas partes

- 54) Em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT, o regulamento abrange apenas os acordos de transferência de tecnologia «entre duas empresas». Os acordos de transferência de tecnologia concluídos entre mais de duas empresas não são abrangidos pelo RICTT. O fator decisivo para distinguir os acordos entre duas empresas e os acordos multilaterais reside no facto de o acordo em questão ter sido concluído por mais de duas empresas.

<sup>(37)</sup> O RICTT poderia abranger agora o acordo de transferência de tecnologia apreciado na Decisão da Comissão no processo *Moosehead/Whitbread* (JOL 100 de 20.4.1990, p. 32), ver em especial o ponto 16 da decisão.

<sup>(38)</sup> Ver a este respeito o processo 262/81, *Coditel* (II), Coletânea 1982, p. 3381.

<sup>(39)</sup> JOL 102 de 23.4.2010, p. 1, incorporado no Acordo EEE pela Decisão 77/2010 (JOL 244 de 16.9.2010, p. 35 e Suplemento EEE n.º 49 de 16.9.2010, p. 34).

<sup>(40)</sup> Os termos «licenciamento» ou «licenciado» utilizados nas presentes Orientações incluem também os acordos de cessão, de não reivindicação ou de resolução de litígios, desde que a transferência dos direitos de tecnologia se verifique como descrito na presente secção. Ver ainda relativamente aos acordos de resolução de litígios os pontos 234 e seguintes.

- 55) Os acordos concluídos entre duas empresas são abrangidos pelo âmbito do RICTT, mesmo que o acordo inclua disposições aplicáveis a vários níveis da cadeia comercial. Assim, o RICTT é aplicável a um acordo de licenciamento respeitante não apenas à fase de produção mas também de distribuição que especifique as obrigações que o licenciado deve ou pode impor aos revendedores dos produtos fabricados ao abrigo da licença <sup>(41)</sup>.
- 56) Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que licenciam a partir de agrupamentos de tecnologias são geralmente acordos multilaterais, pelo que não são abrangidos pelo RICTT <sup>(42)</sup>. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais partes acordam em reunir as suas tecnologias e licenciá-las num pacote. A noção de agrupamento de tecnologias abrange acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em conceder licenças a terceiros e autorizá-los a concederem eles próprios licenças relativamente ao pacote tecnológico.
- 57) Os acordos de licenciamento concluídos entre mais de duas empresas suscitam frequentemente as mesmas questões que os acordos de licenciamento da mesma natureza concluídos entre duas empresas. Na sua apreciação individual de acordos de licenciamento que são da mesma natureza que os abrangidos pela isenção por categoria, mas que são concluídos entre mais de duas empresas, o Órgão de Fiscalização aplicará por analogia os princípios estabelecidos no RICTT. No entanto, os agrupamentos de tecnologias e o licenciamento a partir de agrupamentos de tecnologias são tratados especificamente na secção 4.4.

### 3.2.4. Acordos relativos ao fabrico de produtos contratuais

- 58) O artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RICTT estabelece que, para que os acordos de licenciamento sejam abrangidos pelo mesmo, devem ser celebrados com vista ao «fabrico de produtos contratuais», ou seja, produtos que incorporam ou que são fabricados com os direitos da tecnologia licenciada. A licença deve autorizar o licenciado e/ou os seus subcontratantes a explorar a tecnologia licenciada para o fabrico de bens ou serviços (ver também considerando 7 no preâmbulo do RICTT).
- 59) Sempre que o objetivo do acordo não for o fabrico de produtos contratuais, mas, por exemplo, apenas bloquear o desenvolvimento de uma tecnologia concorrente, o acordo de licenciamento não é abrangido pelo RICTT e as presentes Orientações podem também não ser adequadas para a apreciação do acordo. Mais genericamente, se as partes não explorarem os direitos da tecnologia licenciada, não se verifica qualquer atividade de promoção da eficiência, pelo que não há qualquer razão para a isenção por categoria. Contudo, a exploração não necessita de assumir a forma de uma integração de ativos. Também se verifica exploração quando a licença cria liberdade de conceção para o licenciado, permitindo-lhe explorar a sua própria tecnologia sem se ver confrontado com o risco de alegações de infração por parte do licenciante. No caso de um licenciamento entre concorrentes, o facto de as partes não explorarem a tecnologia licenciada pode indicar que o acordo constitui um cartel disfarçado. Por estas razões, o Órgão de Fiscalização examinará muito cuidadosamente os casos de não exploração.
- 60) O RICTT é aplicável aos acordos de licenciamento relativos ao fabrico de produtos contratuais pelo licenciado e/ou os seus subcontratantes. Por conseguinte, o RICTT não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia (ou às partes desses acordos) que permitem o sublicenciamento. Todavia, o Órgão de Fiscalização aplicará, por analogia, os princípios estabelecidos no RICTT e nas presentes Orientações a tais «acordos-quadro de licenciamento» entre o licenciante e o licenciado (ou seja, um acordo em que o licenciante autoriza o licenciado a sublicenciar a tecnologia). Os acordos entre o licenciado e os sublicenciados relativos ao fabrico de produtos contratuais são abrangidos pelo RICTT.
- 61) A expressão «produtos contratuais» inclui os bens e serviços fabricados com os direitos de tecnologia licenciada. É o que sucede tanto nos casos em que a tecnologia licenciada é utilizada no processo de fabrico como nos casos em que é integrada no próprio produto. Nas presentes Orientações, a expressão «produtos que incorporam a tecnologia licenciada» abrange os dois casos. O RICTT é aplicável a todos os casos em que os direitos da tecnologia são licenciados com o objetivo de produzir bens e serviços. O quadro do RICTT e as presentes Orientações baseiam-se na premissa de que existe uma relação direta entre os direitos da tecnologia licenciada e

<sup>(41)</sup> Ver considerando 6 do RICTT e ainda a secção 3.2.6.

<sup>(42)</sup> Para mais pormenores, ver ponto 248.

um produto contratual. Nos casos em que não existe essa relação, ou seja, quando o objeto do acordo não é permitir o fabrico de um produto contratual, o quadro analítico do RICTT e as presentes Orientações podem não ser apropriados.

- 62) O licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos para efeitos da mera reprodução e distribuição de obras protegidas, ou seja, a produção de cópias destinadas a serem revendidas, não é considerada «produção» na aceção do RICTT e, por conseguinte, não é abrangida pelo RICTT nem pelas presentes Orientações. Tal reprodução para distribuição é, pelo contrário, coberta por analogia pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais<sup>(43)</sup> e pelas Orientações relativas às restrições verticais<sup>(44)</sup>. Existe reprodução para distribuição quando é concedida uma licença para reproduzir o programa informático num suporte, independentemente dos meios técnicos através dos quais é feita essa distribuição. Por exemplo, nem o RICTT nem as presentes Orientações abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos quando seja entregue ao licenciado uma cópia matriz do programa informático para reprodução e venda do programa informático a utilizadores finais. Também não abrangem o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de licenças «shrink wrap», ou seja, um conjunto de condições incluídas na embalagem exterior da cópia física que se presume que o utilizador final aceita aquando da abertura da embalagem, ou o licenciamento de direitos de autor relativos a programas informáticos e a distribuição de programas informáticos através de descarregamento em linha.
- 63) No entanto, quando o programa informático licenciado for incorporado pelo licenciado no produto contratual, tal não é considerado como mera reprodução, mas sim como produção. Por exemplo, o RICTT e as presentes Orientações abrangem o licenciamento dos direitos de autor relativos a programas informáticos se o licenciado tiver o direito de reproduzir o programa informático incorporando-o num dispositivo com o qual o programa informático interaja.
- 64) O RICTT abrange a «subcontratação», através da qual o licenciante licencia os direitos da tecnologia ao licenciado, que se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o licenciante com base nessa tecnologia. A subcontratação pode igualmente incluir o fornecimento, por parte do licenciante, de equipamentos a utilizar para a produção dos bens e serviços abrangidos pelo acordo. Para que este último tipo de subcontratação seja abrangido pelo RICTT, como parte de um acordo de transferência de tecnologia, o equipamento fornecido deve estar diretamente relacionado com o fabrico dos produtos contratuais. A subcontratação é igualmente abrangida pela Comunicação do Órgão de Fiscalização da EFTA relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE<sup>(45)</sup>. Em conformidade com a referida comunicação, que continua a ser aplicável, os acordos de subcontratação, por força dos quais o subcontratante se compromete a fabricar determinados produtos exclusivamente para o contratante, não são em geral abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1. Os acordos de subcontratação através dos quais o contratante determina o preço de transferência do produto contratual intermédio entre subcontratantes numa cadeia de valor de subcontratação, regra geral, também não são abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1, desde que os produtos contratuais sejam produzidos exclusivamente para o contratante. Contudo, outras restrições impostas ao subcontratante, como a obrigação de não realizar ou explorar a sua própria investigação e o seu próprio desenvolvimento, podem ser abrangidas pelo artigo 53.º<sup>(46)</sup>.
- 65) O RICTT é igualmente aplicável a acordos através dos quais o licenciado deve realizar trabalhos de desenvolvimento antes de obter um produto ou um processo pronto para exploração comercial, desde que tenha sido identificado um produto contratual. Mesmo que sejam necessários esses trabalhos e investimento suplementares, o objeto do acordo consiste no fabrico de um produto contratual identificado, ou seja, produtos que são fabricados com os direitos de tecnologia licenciados.
- 66) O RICTT e as presentes Orientações não abrangem acordos em que os direitos de tecnologia são licenciados para permitir ao licenciado continuar a realizar investigação e desenvolvimento em vários domínios, nomeadamente continuar o desenvolvimento de um produto resultante dessa investigação e desenvolvimento<sup>(47)</sup>. Por exemplo, o RICTT e as Orientações não abrangem o licenciamento de um instrumento de investigação tecnológica utilizado na realização de atividades de investigação suplementares. Também não abrangem a subcontratação de investigação e desenvolvimento, através da qual o licenciado se compromete a realizar trabalhos de investigação e desenvolvimento no domínio abrangido pela tecnologia licenciada e a devolver o pacote tecnológico melhorado ao licenciante<sup>(48)</sup>. O principal objeto de tais acordos é o fornecimento de serviços de investigação e desenvolvimento destinados a melhorar a tecnologia, por oposição à produção de bens e serviços com base na tecnologia licenciada.

<sup>(43)</sup> Ver nota de rodapé 39.

<sup>(44)</sup> JO C 362 de 22.11.2012, p. 1, e Suplemento EEE n.º 65 de 22.11.2012, p. 1.

<sup>(45)</sup> JO L 153 de 18.6.1994, p. 30, e Suplemento EEE n.º 15 de 18.6.1994, p. 29.

<sup>(46)</sup> Ver ponto 3 da Comunicação do Órgão de Fiscalização relativa aos contratos de fornecimento citada na nota de rodapé 44.

<sup>(47)</sup> Ver também a secção 2.6.1.

<sup>(48)</sup> No entanto, este último exemplo é abrangido pelo Regulamento (UE) n.º 1217/2010 citado na nota de rodapé 50; ver igualmente a secção 3.2.6.1 *infra*.

### 3.2.5. Duração

- 67) Sob reserva do período de vigência do RICTT, que expira em 30 de abril de 2026, a isenção por categoria será aplicável enquanto o direito de propriedade licenciado não tiver chegado ao seu termo, cessado ou sido declarado nulo. No caso do saber-fazer, a isenção por categoria aplica-se enquanto ele permanecer secreto, salvo se for divulgado publicamente em resultado de uma ação do licenciado, caso em que a isenção é aplicável durante o período de vigência do acordo (ver artigo 2.º do RICTT).
- 68) A isenção por categoria é aplicável a cada direito de tecnologia licenciado abrangido pelo acordo e deixa de ser aplicável na data de cessação, nulidade ou entrada no domínio público do último direito da tecnologia na aceção do RICTT.

### 3.2.6. Relação com outros regulamentos de isenção por categoria

- 69) O RICTT abrange os acordos entre duas empresas relativos ao licenciamento dos direitos de tecnologia tendo em vista o fabrico de produtos contratuais. Contudo, os direitos de tecnologia podem constituir igualmente um elemento de outros tipos de acordos. Além disso, os produtos que incorporam a tecnologia licenciada são seguidamente vendidos no mercado. Assim, é necessário examinar as relações entre o RICTT e o ato referido no ponto 6 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização («Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização»)]<sup>(49)</sup>, o ato referido no ponto 7 do anexo XIV do Acordo EEE [Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento («Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento»)]<sup>(50)</sup> e o Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais<sup>(51)</sup>.

#### 3.2.6.1. Regulamentos de isenção por categoria relativos aos acordos de especialização e acordos de investigação e desenvolvimento

- 70) O RICTT não é aplicável ao licenciamento no contexto dos acordos de especialização abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização nem ao licenciamento no contexto de acordos de investigação e de desenvolvimento abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento (ver considerando 7 e artigo 9.º do RICTT).
- 71) Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea d), do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização, esse regulamento abrange, nomeadamente, os acordos de produção conjunta ao abrigo dos quais duas ou mais partes acordam em fabricar determinados produtos conjuntamente. O regulamento é igualmente aplicável às disposições relativas à cessão ou à utilização de direitos de propriedade intelectual, desde que estes não constituam o objeto principal do acordo, mas estejam diretamente associados e sejam necessários à sua aplicação.
- 72) Quando empresas criam uma empresa comum de produção e concedem a esta empresa uma licença para a exploração de uma tecnologia utilizada na produção dos produtos fabricados pela empresa comum, este tipo de licença é abrangido pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização e não pelo RICTT. Por esta razão, o licenciamento no âmbito de uma empresa comum de produção é normalmente analisado ao abrigo do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de especialização. Contudo, quando a empresa comum procede ao licenciamento da tecnologia a terceiros, a atividade não está associada ao fabrico de produtos pela empresa comum, não sendo por conseguinte abrangida por este regulamento. Tais acordos de licenciamento que permitem reunir as tecnologias das partes constituem agrupamentos de tecnologias e são abordados na secção 4.4 das presentes Orientações.
- 73) O Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange os acordos através dos quais duas ou mais empresas acordam em desenvolver em comum atividades de investigação e desenvolvimento e em explorar em comum os respetivos resultados. Nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea m), desse regulamento, a investigação e o desenvolvimento ou a exploração dos resultados são efetuados em comum, quando as tarefas a eles relativas são executadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comuns, confiadas em comum a um terceiro ou repartidas entre as partes em função de uma especialização na investigação, desenvolvimento, produção ou distribuição, incluindo o licenciamento. O regulamento em apreço também abrange acordos de investigação e desenvolvimento contra remuneração, através dos quais duas ou mais empresas estabelecem que a investigação e o desenvolvimento foram efetuados por uma parte e financiadas por

<sup>(49)</sup> JO L 335 de 18.12.2010, p. 43, incorporado no Acordo EEE pela Decisão 3/2011 (JO L 93 de 7.4.2011, p. 32 e Suplemento EEE n.º 19 de 7.4.2011, p. 7).

<sup>(50)</sup> JO L 335 de 18.12.2010, p. 36, incorporado no Acordo EEE pela Decisão n.º 3/2011 (JO L 93 de 7.4.2011, p. 32 e Suplemento EEE n.º 19 de 7.4.2011, p. 7).

<sup>(51)</sup> Ver nota de rodapé 39.

uma outra parte, com ou sem exploração em conjunto dos respetivos resultados (ver artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea vi), do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento).

- 74) Daqui resulta que o Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento abrange a concessão de licenças entre as partes e pelas partes a uma entidade comum no âmbito de um acordo de investigação e desenvolvimento. Este tipo de licenciamento está sujeito apenas ao Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento e não ao RICTT. No âmbito de tais acordos, as partes podem igualmente determinar as condições para o licenciamento a terceiros dos resultados dos acordos de investigação e desenvolvimento. Contudo, como os terceiros licenciados não são parte no acordo de investigação e desenvolvimento, o acordo de licenciamento individual celebrado com terceiros não é abrangido pelo Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos de investigação e desenvolvimento. Esse acordo de licenciamento é abrangido pela isenção por categoria no RICTT se as condições do mesmo forem preenchidas.

### 3.2.6.2. Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais

- 75) O Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais abrange os acordos celebrados entre duas ou mais empresas, cada uma das quais opera, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que dizem respeito às condições em que as partes podem comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços. Abrange, por conseguinte, os acordos de fornecimento e distribuição<sup>(52)</sup>.
- 76) Uma vez que o RICTT só abrange os acordos celebrados entre duas partes e sendo o licenciado, que vende produtos que incluem a tecnologia licenciada, um fornecedor para efeitos da aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, esses dois regulamentos de isenção por categoria estão estreitamente associados. Os acordos celebrados entre um licenciante e um licenciado estão sujeitos ao RICTT, enquanto os acordos celebrados entre um licenciado e os compradores dos produtos contratuais estão sujeitos ao Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais.<sup>(53)</sup>
- 77) O RICTT isenta também os acordos entre o licenciante e o licenciado quando impõem obrigações ao licenciado quanto à forma como deve vender os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. O licenciado pode nomeadamente ser obrigado a criar um determinado tipo de sistema de distribuição, por exemplo uma distribuição exclusiva ou seletiva. Todavia, os acordos de distribuição celebrados para a aplicação deste tipo de obrigação devem, para serem abrangidos por uma isenção por categoria, estar em conformidade com o Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais. Assim, o licenciante pode obrigar o licenciado a criar um sistema baseado na distribuição exclusiva, em conformidade com regras precisas. Contudo, nos termos do artigo 4.º, alínea b), do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, os distribuidores devem, em geral, poder efetuar vendas passivas nos territórios de outros distribuidores exclusivos do licenciado.
- 78) Além disso, em conformidade com o Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, os distribuidores devem, em princípio, dispor da liberdade de vender, tanto ativa como passivamente, nos territórios abrangidos pelos sistemas de distribuição de outros fornecedores, ou seja, outros licenciados que produzam os seus próprios produtos com base nos direitos de tecnologia licenciados. Tal acontece porque, para efeitos da aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo aos acordos verticais, cada licenciado constitui um fornecedor distinto. Todavia, os motivos subjacentes à concessão da isenção por categoria de restrições de vendas ativas num sistema de distribuição do fornecedor previstos nesse regulamento podem igualmente ser válidos quando os produtos que incluem a tecnologia licenciada são vendidos por diferentes licenciados sob uma marca comum pertencente ao licenciante. Quando esses produtos são vendidos sob uma marca comum, pode ser desejável, pelas mesmas razões de eficiência, aplicar os mesmos tipos de restrições entre os sistemas de distribuição dos licenciados que no caso de um sistema de distribuição vertical único. Em tais casos, é pouco provável que o Órgão de Fiscalização da EFTA conteste eventuais restrições, quando as condições enunciadas no Regulamento de isenção por categoria vertical relativo aos acordos verticais. Para que exista uma identidade de marca comum, os produtos devem ser vendidos e comercializados sob uma marca comum, que é predominante no que respeita às noções de qualidade e outras informações pertinentes para os consumidores. Não basta que o produto tenha, para além das marcas dos licenciados, igualmente a marca do licenciante, que identifica este último como fonte da tecnologia licenciada.

### 3.3. Limiares de quota de mercado da zona de segurança

- 79) Nos termos do artigo 3.º do RICTT, a isenção por categoria de acordos restritivos, ou, por outras palavras, a zona de segurança do RICTT, está sujeita a limiares de quota de mercado, o que limita o âmbito da aplicação da isenção por categoria aos acordos que, apesar de poderem ser restritivos da concorrência, se presume que geralmente satisfazem as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Fora da zona de segurança criada pelos

<sup>(52)</sup> Ver também a brochura «Política de concorrência na Europa — As regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição», Comissão Europeia, Serviço das Publicações da União Europeia 2012, Luxemburgo.

<sup>(53)</sup> Nota de rodapé 39 e nota de rodapé 44, respetivamente.

limiares de quota de mercado, é necessária uma apreciação individual. O facto de as quotas de mercado ultrapassarem os limiares não cria qualquer presunção de que o acordo é abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, ou de que não satisfaz as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3. Na ausência de restrições graves tal como definidas no artigo 4.º do RICTT, é necessária uma análise do mercado.

#### Limiares de quota de mercado relevantes

- 80) O limiar de quota de mercado a aplicar para efeitos da zona de segurança do RICTT depende do facto de o acordo ser concluído entre concorrentes ou não concorrentes.
- 81) Os limiares de quota de mercado são aplicáveis tanto aos mercados relevantes dos direitos de tecnologia licenciados como aos mercados relevantes dos produtos contratuais. Se a quota de mercado detida ultrapassar o limiar aplicável num ou em vários mercados do produto e da tecnologia, o acordo não poderá beneficiar da isenção por categoria nesses mercados relevantes. Por exemplo, se o acordo de licenciamento disser respeito a dois mercados do produto distintos, a isenção por categoria pode ser aplicável a um dos mercados e não ao outro.
- 82) Em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, a zona de segurança prevista no artigo 2.º do RICTT é aplicável aos acordos entre concorrentes na condição de a quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % em qualquer mercado relevante. O limiar de quota de mercado do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT é aplicável se as partes forem concorrentes reais ou concorrentes potenciais nos mercados do produto e/ou concorrentes reais no mercado da tecnologia (para a distinção entre concorrentes e não concorrentes, ver pontos 27 e seguintes).
- 83) A concorrência potencial no mercado da tecnologia não é tida em conta para a aplicação dos limiares de quota de mercado ou da lista de restrições graves relacionada com acordos entre concorrentes. Fora da zona de segurança do RICTT, a concorrência potencial no mercado da tecnologia é tida em conta, mas não dá origem à aplicação da lista de restrições graves a acordos entre concorrentes.
- 84) Quando as empresas parte no acordo de licenciamento não forem concorrentes, é aplicável o limiar de quota de mercado do artigo 3.º, n.º 2, do RICTT. Um acordo entre não concorrentes é abrangido se a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 30 % nos mercados relevantes da tecnologia e do produto afetados.
- 85) Se posteriormente as partes se tornarem concorrentes na aceção do artigo 3.º, n.º 1, do RICTT, por exemplo, quando o licenciado já se encontrava presente, antes do licenciamento, no mercado do produto relevante em que os produtos contratuais são vendidos e mais tarde o licenciante se converter num fornecedor real ou potencial no mesmo mercado relevante, o limiar de quota de mercado de 20 % será aplicável a partir desse momento posterior em que passaram a ser concorrentes. Contudo, nesse caso, continuará a ser aplicada ao acordo a lista de restrições graves relevantes para acordos entre não concorrentes, a menos que seja posteriormente alterado em qualquer aspeto substancial (ver artigo 4.º, n.º 3, do RICTT e ponto 39 das presentes Orientações).

#### Cálculo das quotas de mercado no mercado das tecnologias para a aplicação da zona de segurança

- 86) O cálculo das quotas de mercado nos mercados relevantes em que os direitos da tecnologia são licenciados no âmbito do RICTT afasta-se da prática habitual pelas razões explanadas no ponto 87 das presentes Orientações. No que diz respeito aos mercados da tecnologia, decorre do artigo 8.º, alínea d), do RICTT que, tanto para o produto como para a dimensão geográfica do mercado relevante, a quota de mercado do licenciante deve ser calculada com base nas vendas, realizadas pelo licenciante e por todos os seus licenciados, de produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesta ótica, as vendas combinadas do licenciante e dos seus licenciados de produtos contratuais são calculadas como parte de todas as vendas de produtos concorrentes, independentemente de estes produtos concorrentes serem fabricados com uma tecnologia que esteja a ser licenciada.
- 87) Esta abordagem em matéria de cálculo da quota de mercado do licenciante no mercado da tecnologia como a sua «marca» ao nível do produto foi escolhida devido às dificuldades práticas em calcular a quota de mercado do licenciante com base na receitas das *royalties* [ver ponto 25]. Para além da dificuldade geral de obtenção de dados fiáveis sobre os rendimentos de *royalties*, os rendimentos de *royalties* efetivos podem também subestimar significativamente a posição da tecnologia no mercado no caso de os pagamentos de *royalties* serem reduzidos em resultado de um licenciamento cruzado ou do fornecimento de produtos subordinados. Se a quota de mercado do licenciante no mercado da tecnologia fosse calculada com base nos produtos fabricados com essa tecnologia, em comparação com produtos fabricados com tecnologias concorrentes, esse risco não existiria. Em geral, tal «marca» ao nível do produto refletirá bem a posição de mercado da tecnologia.

88) Idealmente, essa «marca» seria calculada excluindo do mercado do produto os produtos fabricados com tecnologias internas que não fossem objeto de um licenciamento, uma vez que essas tecnologias internas são apenas uma pressão indireta em relação à tecnologia licenciada. No entanto, dado que, na prática, pode ser difícil para o licenciante e para os licenciados saberem se outros produtos, no mesmo mercado do produto, são fabricados com tecnologias licenciadas ou tecnologias internas, o cálculo da quota de mercado da tecnologia, para efeitos de aplicação do RICTT, é baseado nos produtos fabricados com a tecnologia licenciada como parte de todos os produtos vendidos nesse mercado do produto. É provável que esta abordagem, baseada na marca da tecnologia em relação aos mercados do produto globais, reduza a quota de mercado calculada ao incluir os produtos fabricados com tecnologias internas mas, de um modo geral, constitui um bom indicador da relevância da tecnologia. Em primeiro lugar, considera qualquer concorrência potencial de empresas que fabricam os produtos com a sua própria tecnologia e que podem começar a licenciá-la em resposta a um aumento ligeiro mas permanente do preço das licenças. Em segundo lugar, mesmo que seja pouco provável que outros titulares da tecnologia começem a licenciá-la, o licenciante não tem necessariamente poder de mercado no mercado da tecnologia, ainda que possua uma parte elevada das receitas de licenciamento. Se o mercado do produto a jusante for competitivo, a concorrência a esse nível pode de facto limitar o licenciante. Um aumento das *royalties* a montante afeta os custos do licenciado, tornando-o menos competitivo e podendo fazer-lhe perder vendas. A quota de mercado detida por uma tecnologia no mercado do produto reflete igualmente este elemento e constitui, por conseguinte, de uma forma geral, um bom indicador do poder de mercado do licenciante no mercado da tecnologia.

89) Para estimar a relevância da tecnologia, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia deve igualmente ser tomada em conta, podendo por vezes diferir da dimensão geográfica do respetivo mercado do produto a jusante. Para efeitos de aplicação do RICTT, a dimensão geográfica do mercado da tecnologia relevante é também determinada pelos mercados do produto. No entanto, fora da zona de segurança do RICTT, pode revelar-se oportuno considerar também uma possível área geográfica mais vasta, em que o licenciante e os licenciados de tecnologias concorrentes participem no licenciamento dessas tecnologias, em que as condições da concorrência sejam suficientemente homogéneas e possam distinguir-se de áreas vizinhas devido ao facto de as condições de concorrência serem sensivelmente diferentes nessas áreas.

90) No caso de tecnologias novas que não tenham gerado ainda quaisquer vendas no ano civil anterior, é atribuída uma quota de mercado igual a zero. Quando as vendas se iniciarem, a tecnologia começará a acumular quota de mercado. Se a quota de mercado aumentar posteriormente acima do limiar aplicável de 20 % ou 30 %, a zona de segurança deverá continuar a aplicar-se durante um período de dois anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar foi ultrapassado [ver artigo 8.º, alínea e), do RICTT].

#### Cálculo das quotas de mercado nos mercados do produto para a aplicação da zona de segurança

91) No que respeita aos mercados relevantes em que os produtos contratuais são vendidos, a quota de mercado do licenciado deve ser calculada com base nas vendas por ele efetuadas dos produtos que incorporam a tecnologia do licenciante e nas vendas dos produtos concorrentes, ou seja, as vendas totais do licenciado no mercado do produto em causa. Quando o licenciante é igualmente fornecedor de produtos no mercado relevante, as vendas do licenciante no mercado do produto relevante devem igualmente ser tomadas em consideração. Todavia, aquando do cálculo das quotas de mercado relativamente aos mercados do produto, as vendas realizadas por outros licenciados não são tomadas em consideração para o cálculo da quota de mercado do licenciado e/ou do licenciante.

92) As quotas de mercado deverão ser calculadas com base nos dados relativos ao valor das vendas do ano anterior, quando esses dados estiverem disponíveis. Dão normalmente uma indicação mais exata da relevância de uma tecnologia do que os dados relativos ao volume de vendas. Contudo, quando esses dados não estiverem disponíveis, é possível utilizar estimativas que se baseiem noutras informações fiáveis do mercado, incluindo os dados relativos aos volumes de vendas.

93) Os princípios definidos na secção 3.3 das presentes Orientações podem ser ilustrados pelos seguintes exemplos:

#### Licenciamento entre não concorrentes

##### *Exemplo 1*

A empresa A é especializada no desenvolvimento de produtos e técnicas biotecnológicos, tendo desenvolvido um novo produto, o Xeran. Não desenvolve as suas atividades como produtor de Xeran, porque não dispõe de instalações de produção nem de distribuição para tal. A empresa B é um dos fabricantes de produtos concorrentes, recorrendo a tecnologias não protegidas livremente disponíveis. No ano 1, B vendeu produtos no valor de 25 milhões de EUR, fabricados com as tecnologias livremente disponíveis. No ano 2, A concede a B uma licença para o fabrico de Xeran. Nesse ano, B vende produtos no valor de 15 milhões de EUR com recurso às

tecnologias livremente disponíveis e vende Xeran no valor de 15 milhões de EUR. No ano 3 e nos anos seguintes, B fabrica e vende apenas Xeran no valor de 40 milhões de EUR por ano. Para além disso, no ano 2, A também licencia a C. C não desenvolvia anteriormente quaisquer atividades nesse mercado do produto. C fabrica e vende apenas Xeran, no valor de 10 milhões de EUR no ano 2 e de 15 milhões de EUR no ano 3 e seguintes. Está estabelecido que o mercado total de Xeran e dos seus substitutos, em que B e C desenvolvem as suas atividades, tem um valor anual de 200 milhões de EUR.

No ano 2, ano em que foram concluídos acordos de licenciamento, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 0 %, uma vez que a sua quota de mercado deve ser calculada com base nas vendas totais de Xeran realizadas no ano anterior. No ano 3, a quota de A no mercado da tecnologia é de 12,5 %, refletindo o valor de Xeran fabricado por B e C no anterior ano 2. No ano 4 e seguintes, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 27,5 %, refletindo o valor de Xeran fabricado por B e C no ano anterior.

No ano 2, a quota de B no mercado do produto é de 12,5 %, refletindo as vendas de 25 milhões de EUR de B no ano 1. No ano 3, a quota de mercado de B é de 15 %, uma vez que as suas vendas aumentaram para 30 milhões de EUR no ano 2. No ano 4 e seguintes, a quota de mercado de B é de 20 %, uma vez que as suas vendas se elevaram a 40 milhões de EUR por ano. A quota de C no mercado do produto é de 0 % nos anos 1 e 2, de 5 % no ano 3 e de 7,5 % posteriormente.

Dado que os acordos de licenciamento entre A e B, e entre A e C, são acordos entre não concorrentes e que as quotas de mercado individuais de A, B e C são inferiores a 30 % por ano, cada um dos acordos é abrangido pela zona de segurança do RICTT.

#### *Exemplo 2*

A situação é idêntica à do exemplo 1, mas agora B e C operam em mercados geográficos diferentes. Está estabelecido que o mercado total de Xeran e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de EUR em cada mercado geográfico.

Neste caso, a quota de mercado de A nos mercados de tecnologia relevantes deve ser calculada com base nos dados relativos às vendas de produtos de cada um dos dois mercados do produto geográficos, separadamente. No mercado em que B está ativo, a parte de mercado de A depende da venda de Xeran por B. Como neste exemplo se pressupõe que o mercado total é de 100 milhões de EUR, ou seja, metade da dimensão do mercado do exemplo 1, a parte de mercado de A é de 0 % no ano 2, de 15 % no ano 3 e de 40 % em seguida. A quota de mercado de B é de 25 % no ano 2, de 30 % no ano 3 e de 40 % posteriormente. Nos anos 2 e 3, a quota de mercado tanto de A como de B não ultrapassou o limiar de 30 %. No entanto, o limiar é excedido a partir do ano 4 e isto significa que, nos termos do disposto no artigo 8.º, alínea e), do RICTT, após o ano 6, o acordo de licenciamento entre A e B deixará de beneficiar da zona de segurança, devendo ser apreciado numa base individual.

No mercado em que C desenvolve as suas atividades, a quota de mercado de A depende da venda de Xeran por C. A quota de mercado de A no mercado da tecnologia, com base nas vendas de C no ano anterior, é, por conseguinte, de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. A quota de C no mercado do produto é a mesma: de 0 % no ano 2, de 10 % no ano 3 e de 15 % posteriormente. O acordo de licenciamento entre A e C é, por conseguinte, abrangido pela zona de segurança durante todo o seu período de vigência.

#### **Licenciamento entre concorrentes**

#### *Exemplo 3*

As empresas A e B desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto e geográfico relevantes no tocante a um determinado produto químico. Também são ambas titulares de uma patente no que respeita às diferentes tecnologias utilizadas para o fabrico deste produto. No ano 1, A e B assinam um acordo de licenças cruzadas pelo qual cada uma das empresas concede à outra o direito de utilizar as suas tecnologias respetivas. No ano 1, A e B utilizam apenas a sua própria tecnologia na sua produção e A vende produtos no valor de 15 milhões de EUR e B de 20 milhões de EUR. A partir do ano 2, utilizam ambas a sua própria tecnologia e a tecnologia uma da outra. A partir desse ano, A vende produtos no valor de 10 milhões de EUR fabricados com a sua própria tecnologia e 10 milhões de EUR de produtos fabricados com a tecnologia de B. A partir do ano 2, B vende produtos no valor de 15 milhões de EUR fabricados com a sua própria tecnologia e 10 milhões de EUR de produtos fabricados com a tecnologia de A. Está estabelecido que o mercado total do produto e dos seus substitutos tem um valor anual de 100 milhões de EUR.

A fim de apreciar o acordo de licença no âmbito do RICTT, as quotas de mercado de A e B devem ser ambas calculadas com base nos mercados da tecnologia e do produto. A quota de A no mercado da tecnologia depende do montante do produto vendido no ano anterior que foi fabricado por A e B com a tecnologia de A. No ano 2, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é, por conseguinte, de 15 %, refletindo a sua própria produção e vendas de 15 milhões de EUR no ano 1. A partir do ano 3, a quota de mercado de A no mercado da tecnologia é de 20 %, refletindo as vendas no valor de 20 milhões de EUR do produto fabricado com a tecnologia de A e fabricado e vendido por A e B (10 milhões de EUR cada). Do mesmo modo, a quota de mercado de B no mercado da tecnologia é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

As quotas de mercado de A e B no mercado do produto dependem das suas vendas respetivas do produto no ano anterior, independentemente da tecnologia utilizada. A quota de mercado de A no mercado do produto é de 15 % no ano 2 e de 20 % posteriormente. A quota de mercado de B no mercado do produto é de 20 % no ano 2 e de 25 % posteriormente.

Como se trata de um acordo entre concorrentes, a sua quota de mercado combinada, nos mercados da tecnologia e do produto, tem de ser inferior ao limiar de quota de mercado de 20 %, a fim de beneficiar da zona de segurança. É evidente que tal não sucede neste caso. A quota de mercado combinada nos mercados da tecnologia e do produto é de 35 % no ano 2 e de 45 % posteriormente. Este acordo entre concorrentes deve, por conseguinte, ser apreciado numa base individual.

### 3.4. Restrições graves da concorrência nos termos do regulamento de isenção por categoria

#### 3.4.1. Princípios gerais

94) O artigo 4.º do RICTT inclui uma lista de restrições graves da concorrência. Uma restrição da concorrência é considerada grave em função da natureza da restrição e de a experiência ter demonstrado que tais restrições são quase sempre anticoncorrenciais. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral<sup>(54)</sup>, tal restrição pode resultar do objetivo manifesto do acordo ou das circunstâncias próprias de cada caso individual (ver ponto 14). As restrições graves podem, em situações excepcionais, ser objetivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares<sup>(55)</sup>, não sendo abrangidas pelo disposto no artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE. Por outro lado, as empresas podem invocar sempre ganhos de eficiência em sua defesa, ao abrigo do artigo 53.º, n.º 3, no âmbito de processos individuais<sup>(56)</sup>.

95) Decorre do artigo 4.º, n.os 1 e 2, do RICTT que, quando um acordo de transferência de tecnologia inclui uma restrição grave da concorrência, o acordo no seu conjunto não pode beneficiar da isenção por categoria. Para efeitos do RICTT, as restrições graves não podem ser separadas do resto do acordo. Além disso, o Órgão de Fiscalização considera que, no âmbito de uma apreciação individual, não é provável que restrições graves da concorrência satisfaçam as quatro condições do artigo 53.º, n.º 3 (ver ponto 18).

96) O artigo 4.º do RICTT estabelece uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.

#### 3.4.2. Acordos entre concorrentes

97) O artigo 4.º, n.º 1, do RICTT enumera as restrições graves relativas ao licenciamento entre concorrentes. Em conformidade com essa disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:

- a restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros;
- a limitação da produção, exceto as limitações da produção dos produtos contratuais impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou impostas a apenas um dos licenciados num acordo recíproco;

<sup>(54)</sup> Ver, por exemplo, a jurisprudência citada na nota de rodapé 18.

<sup>(55)</sup> Ver o ponto 18 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota 4.

<sup>(56)</sup> Processo T-17/93, Matra, Coletânea 1994, p. II-595, n.º 85.

- c) a repartição de mercados ou de clientes, salvo:
- i) a obrigação imposta ao licenciante e/ou ao licenciado, num acordo não recíproco, de não produzir com os direitos de tecnologia licenciados no território exclusivo reservado à outra parte e/ou de não vender, ativa e/ou passivamente, no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte,
  - ii) a restrição, num acordo não recíproco, de vendas ativas pelo licenciado no território exclusivo ou ao grupo exclusivo de clientes atribuído pelo licenciante a um outro licenciado, desde que este último não fosse uma empresa concorrente do licenciante no momento da conclusão da sua própria licença,
  - iii) a obrigação imposta ao licenciado de fabricar os produtos contratuais apenas para utilização própria, desde que o licenciado não seja limitado na venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,
  - iv) a obrigação imposta ao licenciado, num acordo não recíproco, de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente;
- d) a restrição da capacidade do licenciado para explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou a restrição da capacidade de qualquer das partes no acordo realizar investigação e desenvolvimento, exceto se esta última restrição for indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado.

#### Distinção entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos entre concorrentes

- 98) Em relação a um certo número de restrições graves, o RICTT estabelece uma distinção entre acordos recíprocos e não recíprocos. A lista de restrições graves é mais estrita para os acordos recíprocos do que para os acordos não recíprocos entre concorrentes. Os acordos recíprocos são acordos de licenciamento cruzado em que as tecnologias licenciadas são tecnologias concorrentes ou podem ser utilizadas para o fabrico de produtos concorrentes. Um acordo não recíproco é um acordo em que apenas uma das partes licencia os seus direitos da tecnologia à outra parte ou em que, no caso de licenciamento cruzado, os direitos de tecnologia licenciados não são tecnologias concorrentes e os direitos de tecnologia licenciados não podem ser utilizados para o fabrico de produtos concorrentes. Um acordo não é recíproco para efeitos do RICTT pelo simples facto de incluir uma obrigação de retrocessão ou de o licenciado retroceder sob licença os seus próprios melhoramentos da tecnologia licenciada. Sempre que um acordo não recíproco se tornar posteriormente um acordo recíproco devido à conclusão de uma segunda licença entre as mesmas partes, estas partes podem ter de reexaminar a primeira licença a fim de evitar que o acordo contenha uma restrição grave. Quando da apreciação do caso específico a preço, o Órgão de Fiscalização tomará em consideração o prazo decorrido entre a conclusão da primeira e da segunda licença.

#### Restrições de preços entre concorrentes

- 99) A restrição grave constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RICTT diz respeito aos acordos entre concorrentes que têm por objeto a fixação de preços dos produtos vendidos a terceiros, incluindo os produtos que incorporam a tecnologia licenciada. A fixação dos preços entre concorrentes constitui uma restrição da concorrência pelo seu próprio objetivo. A fixação de preços pode assumir a forma de um acordo direto relativo aos preços exatos a faturar ou de uma tabela de preços com certas reduções máximas autorizadas. É irrelevante se o acordo diz respeito a preços fixos, mínimos, máximos ou recomendados. Pode igualmente praticar-se a fixação de preços de forma indireta, utilizando meios para incentivar as empresas a não se afastarem do nível de preços acordado, por exemplo prevendo que o montante da *royalty* aumentará se os preços dos produtos diminuírem abaixo de um determinado nível. Contudo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar uma certa *royalty* mínima não equivale por si mesma a uma fixação de preço.
- 100) Quando as *royalties* são calculadas com base nas vendas dos produtos individuais, o seu montante tem uma incidência direta sobre o custo marginal do produto e por isso sobre o seu preço<sup>(57)</sup>. Por conseguinte, os concorrentes podem utilizar o licenciamento cruzado com *royalties* recíprocas como meio para coordenarem e/ou aumentarem os preços nos mercados do produto a jusante<sup>(58)</sup>. Todavia, o Órgão de Fiscalização só tratará as

<sup>(57)</sup> Ver a este respeito o ponto 98 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 53.º do Acordo EEE, citadas na nota de rodapé 4.

<sup>(58)</sup> É o que sucede igualmente quando uma parte concede uma licença à outra parte e acorda em comprar um *input* material ao licenciado. O preço de compra pode então ter a mesma função da *royalty*.

licenças cruzadas com *royalties* recíprocas como fixação de preços, quando o acordo não tiver qualquer objetivo pró-concorrencial e, por conseguinte, não constituir um autêntico acordo de licenciamento. Nos casos em que o acordo não cria qualquer valor e, por conseguinte, não tem qualquer justificação comercial válida, o acordo é uma simulação e equivale a um cartel.

- 101) A restrição grave mencionada no artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do RICTT abrange igualmente os acordos em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto, independentemente do facto de a tecnologia licenciada ter ou não sido utilizada. Tais acordos são igualmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), por força do qual a capacidade do licenciado para utilizar os seus próprios direitos da tecnologia não deve ser restringida (ver ponto 116 das presentes Orientações). Em geral, esses acordos restringem a concorrência, na medida em que aumentam, para o licenciado, o custo de utilização dos seus próprios direitos da tecnologia concorrente e restringem a concorrência que existiria na ausência do acordo <sup>(59)</sup>. Tal é válido tanto para os acordos recíprocos como para os não recíprocos.
- 102) Contudo, o acordo em que as *royalties* são calculadas com base no conjunto das vendas do produto pode excepcionalmente satisfazer as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, em casos individuais quando for possível concluir, com base em fatores objetivos, que a restrição é indispensável para que ocorra um licenciamento pró-concorrencial. Tal pode acontecer quando, na ausência da restrição, fosse impossível ou excessivamente difícil calcular e monitorizar a *royalty* devida pelo licenciado, por exemplo, dado que a tecnologia do licenciante não deixa qualquer traço visível no produto final e que não existem outros métodos de monitorização viáveis.

#### Restrições da produção entre concorrentes

- 103) A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT diz respeito a restrições recíprocas da produção impostas às partes. Uma restrição da produção é uma limitação da quantidade que uma parte pode produzir e vender. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não se aplica a limitações da produção impostas ao licenciado num acordo não recíproco ou a limitações da produção impostas a um dos licenciados num acordo recíproco, desde que a limitação da produção diga apenas respeito aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada. O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), identifica, assim, como restrições graves as limitações da produção recíprocas impostas às partes e as limitações da produção impostas ao licenciante no que se refere à sua própria tecnologia. Quando os concorrentes acordam em impor limitações da produção recíprocas, o objetivo e eventual efeito do acordo consiste em reduzir a produção no mercado. O mesmo acontece em acordos que reduzem o incentivo de as partes expandirem a produção, por exemplo, aplicando *royalties* recíprocas por unidade que aumentam à medida que aumenta a produção ou obrigando cada parte a efetuar pagamentos à outra se for ultrapassado um certo nível de produção.
- 104) O tratamento mais favorável das limitações quantitativas não recíprocas baseia-se na consideração de que uma restrição unidirecional não conduz necessariamente a uma produção inferior no mercado, embora o risco de o acordo não ser um acordo de licenciamento autêntico também seja menor no caso de uma restrição não recíproca. Quando um licenciado está disposto a aceitar uma restrição unidirecional, é provável que o acordo dê origem a uma integração real de tecnologias complementares ou a ganhos de eficiência que favorecem uma maior integração da tecnologia superior do licenciante com os ativos de produção do licenciado. De igual modo, num acordo recíproco, uma limitação da produção imposta a apenas um dos licenciados pode refletir o valor superior da tecnologia licenciada por uma das partes e pode servir para promover o licenciamento pró-concorrencial.

#### Repartição de mercados e de clientes entre concorrentes

- 105) A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT diz respeito à repartição dos mercados e dos clientes. Os acordos através dos quais os concorrentes partilham entre si mercados e clientes têm por objetivo restringir a concorrência. Um acordo em que os concorrentes, num acordo recíproco, acordam em não produzir em certos territórios ou em não vender, tanto ativa como passivamente ou apenas ativamente, em certos territórios ou a certos clientes reservados à outra parte, é considerado como uma restrição grave. Assim, por exemplo, um licenciamento exclusivo recíproco entre concorrentes é considerado como uma partilha de mercado.
- 106) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), é aplicável independentemente do facto de o licenciado continuar a poder utilizar os seus próprios direitos de tecnologia. Após o licenciado se ter equipado para utilizar a tecnologia do licenciante a fim de fabricar um determinado produto, pode ser dispendioso manter uma linha de produção separada utilizando uma outra tecnologia a fim de servir clientes abrangidos pelas restrições. Além disso, tendo em conta o potencial anticoncorrencial das restrições, o licenciado pode ter pouco incentivo para produzir utilizando a sua própria tecnologia. É também muito pouco provável que tais restrições sejam indispensáveis para que o licenciamento seja pró-concorrencial.

<sup>(59)</sup> Ver a este respeito o processo 193/83, Windsurfing International, Coletânea 1986, p. 611, n.º 67.

- 107) Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), num acordo não recíproco não é considerada restrição grave para o licenciante a concessão ao licenciado de uma licença exclusiva para fabricar com base na tecnologia licenciada num determinado território, acordando desta forma em não fabricar ele próprio os produtos contratuais nem fornecer os produtos contratuais a partir desse território. Essas licenças exclusivas são objeto de uma isenção por categoria independentemente do âmbito do território. Se a licença for a nível mundial, a exclusividade implica que o licenciante se absterá de entrar ou de permanecer no mercado. A isenção por categoria é igualmente aplicável se o licenciado num acordo não recíproco não for autorizado a produzir num território exclusivo reservado ao licenciante. O objetivo desses acordos pode ser dar ao licenciante e/ou licenciado um incentivo para investir na tecnologia licenciada e desenvolver a mesma. O objeto do acordo não é, por conseguinte, necessariamente partilhar mercados.
- 108) Nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), e pelas mesmas razões, a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos não recíprocos através dos quais as partes estabelecem não proceder a vendas ativas ou passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte. Para efeitos de aplicação do RICTT, o Órgão de Fiscalização considera as vendas como sendo «ativas» e «passivas» na aceção das Orientações relativas às restrições verticais <sup>(60)</sup>. As restrições ao licenciado ou licenciante para vender ativa e/ou passivamente no território ou ao grupo de clientes da outra parte só são objeto de isenção por categoria se esse território ou grupo de clientes tiver sido exclusivamente reservado a essa outra parte. Contudo, em certas circunstâncias específicas, os acordos que prevejam tais restrições de vendas podem, em determinados casos, satisfazer também as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, se a exclusividade for partilhada numa base *ad hoc*, quando, por exemplo, for necessário fazer face a uma escassez temporária na produção do licenciante ou do licenciado a que foi exclusivamente atribuído o território ou grupo de clientes. Em tais casos, o licenciante ou o licenciado é ainda suscetível de ser suficientemente protegido contra vendas ativas e/ou passivas para ter o incentivo de licenciar a sua tecnologia ou de investir no trabalho com a tecnologia licenciada. Tais restrições, mesmo no caso de restringirem a concorrência, promoveriam a divulgação pró-concorrencial e a integração dessa tecnologia nos ativos de produção do licenciado.
- 109) De tanto decorre que o facto de o licenciante nomear o licenciado como seu único licenciado num determinado território, o que implica que não serão concedidas licenças a terceiros para produzir a partir da tecnologia do licenciante no território em questão, também não constitui uma restrição grave. No caso dessas licenças únicas, a isenção por categoria será aplicável independentemente de o acordo ser recíproco ou não, dado que o acordo não impede as partes de explorarem plenamente os seus próprios direitos da tecnologia nos seus territórios respetivos.
- 110) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), exclui da lista de restrições graves, concedendo assim uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado, as restrições num acordo não recíproco impostas às vendas ativas realizadas por um licenciado no território ou a um grupo de clientes atribuídos pelo licenciante a um outro licenciado. No entanto, tal pressupõe que o licenciado protegido não tenha sido um concorrente do licenciante aquando da conclusão do acordo. Não está garantido que tais restrições sejam tratadas nessa situação como restrições graves. Ao permitir que o licenciante conceda a um licenciado, que não se encontrava ainda no mercado, proteção contra vendas ativas por parte de licenciados que são concorrentes do licenciante e que por essa razão já estavam estabelecidos no mercado, tais restrições podem induzir o licenciado a explorar a tecnologia licenciada de forma mais eficaz. Por outro lado, se os licenciados tiverem acordado entre si em não vender ativa ou passivamente em determinados territórios ou a certos grupos de clientes, o acordo equivaleria a um cartel entre os licenciados. Dado que não implica qualquer transferência de tecnologia, um tal acordo não seria além disso abrangido pelo âmbito de aplicação do RICTT.
- 111) O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iii), contém uma outra exceção à restrição grave do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), nomeadamente as restrições de utilização cativa, ou seja, obrigações por força das quais o licenciado só pode fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua própria utilização. Quando o produto contratual é um componente, o licenciado pode, pois, ser obrigado a fabricar esse componente só para o integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender os componentes a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender os componentes enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos, devendo, desta forma, ter a possibilidade de fornecer a terceiros serviços pós-vendas para esses produtos. As restrições associadas à utilização cativa podem ser necessárias para favorecer a divulgação de uma tecnologia, nomeadamente entre concorrentes, e estão abrangidas pela isenção por categoria. Essas restrições são também abordadas na secção 4.2.5.

<sup>(60)</sup> Ver nota de rodapé 44, ponto 51.

- 112) Finalmente, o artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), exclui da lista das restrições graves a obrigação imposta ao licenciado num acordo não recíproco de fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente tendo em vista criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente. Constitui, portanto, uma condição para a aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), que a licença se limite a criar uma fonte de abastecimento alternativa para esse cliente específico. Não constitui, em contrapartida, uma condição que só seja concedida uma licença deste tipo. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), abrange igualmente situações em que mais de uma empresa beneficia de uma licença para abastecer o mesmo cliente específico. O artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea iv), aplica-se independentemente da duração do acordo de licenciamento. Por exemplo, uma licença única para cumprir os requisitos de um projeto de um determinado cliente é abrangida por esta derrogação. A possibilidade de tais acordos repartirem mercados é limitada, na medida em que a licença é concedida apenas para efeitos de abastecimento de um determinado cliente. Nessas circunstâncias, não se pode, designadamente, presumir que o acordo leve o licenciado a deixar de explorar a sua própria tecnologia.
- 113) As restrições nos acordos entre concorrentes que limitam a licença a um ou vários mercados do produto ou domínios técnicos de utilização<sup>(61)</sup> não são restrições graves. Tais restrições beneficiam da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 % independentemente de o acordo ser recíproco ou não. Não se considera que tais restrições tenham por objeto a atribuição de mercados ou clientes. Contudo, a aplicação da isenção por categoria está sujeita à condição de as restrições relativas ao domínio de utilização não ultrapassarem o âmbito das tecnologias licenciadas. Por exemplo, quando os licenciados forem também limitados nos domínios técnicos em que podem utilizar os seus próprios direitos da tecnologia, o acordo equivale a uma partilha de mercado.
- 114) A isenção por categoria é aplicável independentemente de a restrição do domínio de utilização ser simétrica ou assimétrica. Uma restrição do domínio de utilização assimétrica num acordo de licenciamento recíproco implica que ambas as partes sejam autorizadas a utilizar as respetivas tecnologias relativamente às quais concedem licenças no âmbito de diferentes domínios de utilização. Desde que as partes não sejam objeto de restrições na utilização das suas próprias tecnologias, não se presume que o acordo conduza as partes a abandonarem ou a limitarem a sua entrada no ou nos domínios abrangidos pela licença concedida à outra parte. Mesmo que os licenciados se equipem para utilizar a tecnologia licenciada no âmbito do domínio de utilização licenciado, pode não se verificar qualquer impacto nos ativos utilizados para produzir fora do âmbito da licença. Relativamente a este aspeto, é importante que a restrição diga respeito a mercados do produto, setores industriais ou domínios de utilização distintos e não a clientes, atribuídos por território ou por grupo, que adquiram produtos do mesmo mercado do produto ou domínio técnico de utilização. O risco de partilha de mercado é substancialmente maior neste último caso (ver ponto 106 *supra*). Além disso, as restrições relativas ao domínio de utilização podem revelar-se necessárias para promover o licenciamento pró-concorrencial (ver ponto 212 *infra*).

#### Restrições sobre a capacidade de as partes desenvolverem atividades de investigação e desenvolvimento

- 115) A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), abrange restrições da capacidade de qualquer das partes para efetuar investigação e desenvolvimento. As duas partes devem poder realizar atividades independentes de investigação e desenvolvimento. Esta regra é aplicável independentemente de a restrição dizer respeito a um domínio abrangido pela licença ou a outros domínios. Contudo, o simples facto de as partes acordarem em fornecer reciprocamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respetivas não equivale a uma restrição imposta à realização de atividades independentes de investigação e desenvolvimento. O efeito de tais acordos na concorrência deve ser apreciado à luz das circunstâncias do caso específico. O artigo 4.º, n.º 1, alínea d), também não se estende à restrição da capacidade de uma parte para realizar atividades de investigação e desenvolvimento com terceiros, quando esta restrição é necessária para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante. Para serem abrangidas pela derrogação, as restrições impostas para impedir a divulgação do saber-fazer do licenciante devem ser necessárias e proporcionais para garantir essa proteção. Por exemplo, quando o acordo determina que certos empregados do licenciado recebam formação e sejam responsáveis pela utilização do saber-fazer licenciado, pode ser suficiente obrigar o licenciado a não autorizar esses trabalhadores a participar na investigação e desenvolvimento com terceiros. Podem afigurar-se igualmente apropriadas outras salvaguardas.

#### Restrições relativas à utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia

- 116) Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea d), o licenciado deve igualmente poder utilizar livremente os seus próprios direitos da tecnologia concorrente, desde que ao fazê-lo não utilize os direitos de tecnologia licenciados do licenciante. Em relação aos seus próprios direitos da tecnologia, o licenciado não deve estar sujeito a limitações

<sup>(61)</sup> As restrições relativas ao domínio de utilização são abordadas nos pontos 208 e seguintes.

em termos do local onde produz ou vende, dos domínios técnicos de utilização ou mercados do produto em que produz, da quantidade que produz ou vende e do preço a que vende. Não deve também estar obrigado a pagar *royalties* relativamente a produtos fabricados com base nos seus próprios direitos da tecnologia (ver ponto 101). Além disso, o licenciado não deve ser restringido no licenciamento dos seus próprios direitos de tecnologia a terceiros. Quando são impostas restrições ao licenciado no que respeita à utilização dos seus próprios direitos de tecnologia ou ao seu direito de desenvolver atividades de investigação e desenvolvimento, a competitividade da tecnologia do licenciado é reduzida, o que tem por efeito limitar a concorrência nos mercados do produto e da tecnologia existentes, bem como reduzir o incentivo que o licenciado teria em investir no desenvolvimento e melhoria da sua tecnologia. O artigo 4.º, n.º 1, alínea d), não abrange restrições ao licenciado no que diz respeito à utilização de tecnologias de terceiros em concorrência com a tecnologia licenciada. Embora as obrigações de não concorrência possam ter efeitos de exclusão em relação às tecnologias de terceiros (ver secção 4.2.7), não têm normalmente por efeito reduzir o incentivo de os licenciados investirem no desenvolvimento e na melhoria das suas próprias tecnologias.

#### 3.4.3. Acordos entre não concorrentes

- 117) O artigo 4.º, n.º 2, do RICTT enumera as restrições graves relativas aos acordos de licenciamento entre não concorrentes. Em conformidade com esta disposição, o RICTT não é aplicável aos acordos que, direta ou indiretamente, de forma separada ou em conjugação com outros fatores sob o controlo das partes, tiverem por objeto:
- a) a restrição da capacidade de uma parte para determinar os seus preços aquando da venda de produtos a terceiros, sem prejuízo da possibilidade de impor um preço de venda máximo ou de recomendar um preço de venda, desde que tal não corresponda a um preço de venda fixo ou mínimo na sequência de pressões exercidas ou de incentivos oferecidos por qualquer das partes;
  - b) a restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o licenciado pode vender passivamente os produtos contratuais, exceto:
    - i) a restrição de vendas passivas num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado ao licenciante,
    - ii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais para sua utilização exclusiva, desde que o licenciado não tenha restrições de venda dos produtos contratuais, ativa ou passivamente, a título de peças sobresselentes para os seus próprios produtos,
    - iii) a obrigação de fabricar os produtos contratuais apenas para um cliente específico, quando a licença foi concedida para criar uma fonte alternativa de abastecimento para esse cliente,
    - iv) a restrição de vendas a utilizadores finais por um licenciado que opere a nível grossista,
    - v) a restrição de vendas a distribuidores não autorizados pelos membros de um sistema de distribuição seletiva;
  - c) a restrição de vendas ativas ou passivas a utilizadores finais por um licenciado que seja membro de um sistema de distribuição seletiva e que opere a nível retalhista, sem prejuízo da possibilidade de um membro do sistema ser proibido de operar a partir de um local de estabelecimento não autorizado.

#### Fixação dos preços

- 118) A restrição grave da concorrência constante do artigo 4.º, n.º 2, alínea a), diz respeito à fixação dos preços de venda a terceiros. Mais especificamente, essa disposição abrange as restrições que tenham por objeto direto ou indireto a determinação de um preço de venda fixo ou mínimo ou de um nível de preços fixo ou mínimo que o licenciante ou o licenciado deverão respeitar quando venderem os produtos a terceiros. No caso dos acordos que fixam diretamente o preço de venda, a restrição é evidente. Contudo, os preços de venda podem igualmente ser fixados de forma indireta, por exemplo, através de acordos que fixam as margens, que fixam o nível máximo de descontos, que ligam o preço de venda aos preços de venda dos concorrentes, ou através de ameaças,

intimidação, avisos, multas ou rescisões do contrato relativamente à observância de um determinado nível de preços. Os meios diretos ou indiretos utilizados para chegar à fixação dos preços podem ser reforçados se forem combinados com medidas que permitam identificar as vendas a baixo preço, como um sistema de monitorização dos preços ou a obrigação imposta aos licenciados de assinalarem qualquer desvio nos preços. Da mesma forma, a fixação direta ou indireta dos preços pode ser reforçada se for associada a medidas destinadas a reduzir os incentivos que o licenciado teria para diminuir o seu preço de venda, por exemplo a obrigação imposta pelo licenciante ao licenciado de aplicar uma cláusula de cliente mais favorecido, isto é, a obrigação de conceder a um cliente condições mais favoráveis do que a outros. Podem ser utilizados os mesmos meios para que os preços máximos ou recomendados funcionem como preços de venda fixos ou mínimos. Todavia, a apresentação de uma tabela de preços recomendados ou a imposição de preços máximos ao licenciado por parte do licenciante não é considerada por si só como conduzindo a preços de venda fixos ou mínimos.

#### Restrições relativas a vendas passivas pelo licenciado

- 119) O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), identifica como restrições graves da concorrência os acordos ou práticas concertadas que tenham por objeto direto ou indireto restringir as vendas passivas<sup>(62)</sup>, por parte dos licenciados, de produtos que incorporem a tecnologia licenciada<sup>(63)</sup>. As restrições de vendas passivas impostas ao licenciado podem resultar de obrigações diretas, como a obrigação de não vender a determinados clientes ou a clientes estabelecidos em determinados territórios, ou a obrigação de remeter as encomendas desses clientes para outros licenciados. Podem igualmente resultar de medidas indiretas destinadas a incentivar o licenciado a abster-se desse tipo de vendas, que podem, por exemplo, assumir a forma de incentivos financeiros e da criação de um sistema de monitorização que permita verificar o destino efetivo dos produtos licenciados. As limitações de quantidade podem constituir um meio indireto para restringir as vendas passivas. O Órgão de Fiscalização não assumirá que as limitações de quantidade, enquanto tais, servem este objetivo. Contudo, assumirá de outro modo se as limitações de quantidade forem utilizadas para estabelecer um acordo subjacente de partilha do mercado. Indícios dessa situação incluem o ajustamento de quantidades ao longo do tempo, a fim de cobrir apenas a procura local, a combinação de limitações de quantidade com uma obrigação de vender quantidades mínimas no território, bem como obrigações de uma *royalty* mínima associadas a vendas no território, taxas diferenciadas de *royalties* consoante o destino dos produtos, bem como a monitorização do destino dos produtos vendidos por licenciados individuais. A restrição grave geral que cobre as vendas passivas realizadas por licenciados está sujeita a várias derrogações, que são abordadas nos pontos 120 a 125.
- 120) Exceção 1: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), não abrange as restrições de vendas (tanto ativas como passivas) impostas ao licenciante. Todas as restrições de vendas impostas ao licenciante são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. O mesmo é aplicável a todas as restrições relativas a vendas ativas por parte do licenciado, à exceção do referido no ponto 125. A isenção por categoria de restrições relativas a vendas ativas assenta na hipótese de que tais restrições favorecem os investimentos, a concorrência não baseada nos preços e melhoramentos da qualidade dos serviços prestados pelos licenciados, resolvendo problemas de parasitismo e de catividade. No caso de restrições de vendas ativas entre territórios ou grupos de clientes de licenciados, não é necessário que ao licenciado protegido tenha sido concedido um território exclusivo ou um grupo exclusivo de clientes. A isenção por categoria também é aplicável às restrições de vendas ativas quando tiver sido nomeado mais de um licenciado para um determinado território ou grupo de clientes. É provável que se promova o investimento que permite um ganho de eficiência quando um licenciado puder ter a certeza de que apenas estará sujeito à concorrência a nível das vendas ativas por parte de um número limitado de licenciados dentro do território e não também por parte de licenciados fora do território.
- 121) Exceção 2: As restrições impostas às vendas ativas e passivas efetuadas pelos licenciados num território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes que o licenciante se reservou não constituem restrições graves da concorrência [ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea i)], e beneficiam de uma isenção por categoria. Pressupõe-se que, quando as quotas de mercado são inferiores ao limiar, tais restrições, ainda que restrinjam a concorrência, podem contudo ser pró-concorrenciais, na medida em que promovem a divulgação das tecnologias e a integração destas nos ativos de produção do licenciado. Em relação a um território ou grupo de clientes a reservar para o licenciante, este não tem efetivamente de produzir com a tecnologia licenciada no território ou para o grupo de clientes em questão. Pode igualmente ser reservado para o licenciante um território ou grupo de clientes para exploração posterior.

<sup>(62)</sup> Para uma definição de vendas passivas, ver ponto 108 das presentes Orientações e as Orientações do Órgão de Fiscalização relativas às restrições verticais, citadas na nota de rodapé 44, ponto 51.

<sup>(63)</sup> Esta restrição grave é aplicável a acordos de transferência de tecnologia relativos ao comércio na União. Se os acordos de transferência de tecnologia disserem respeito a exportações para fora da União ou a importações/reimportações provenientes do exterior da União, ver acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Coletânea 1998, p. I-1983. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou, no n.º 20, que: «não pode considerar-se que um acordo que engloba o compromisso, assumido pelo revendedor perante o produtor, de reservar a comercialização dos produtos contratuais a um mercado situado no exterior da Comunidade tenha por objetivo restringir de modo sensível a concorrência no interior do mercado comum, ou seja, suscetível de afetar, enquanto tal, o comércio entre os Estados-Membros».

- 122) Exceção 3: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea ii), introduz no âmbito da isenção por categoria uma restrição que obriga o licenciado a só fabricar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada para sua utilização própria (utilização cativa). Quando o produto contratual é um componente, o licenciado pode desta forma ser obrigado a só utilizar esse produto para o integrar nos seus próprios produtos e pode ser obrigado a não vender o produto a outros produtores. Contudo, o licenciado deve poder vender ativa e passivamente os produtos enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos e, por conseguinte, deve poder fornecê-los a terceiros prestando um serviço pós-venda relativamente a esses produtos. As restrições relativas à utilização cativa são igualmente abordadas na secção 4.2.5.
- 123) Exceção 4: Tal como sucede nos acordos entre concorrentes (ver ponto 112), a isenção por categoria é igualmente aplicável a acordos através dos quais o licenciado é obrigado a fabricar os produtos contratuais apenas para um determinado cliente a fim de proporcionar a esse cliente uma fonte de abastecimento alternativa independentemente da duração do acordo de licença [ver artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iii)]. No caso de acordos entre não concorrentes, essas restrições não são provavelmente abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1.
- 124) Exceção 5: O artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv), introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma obrigação de o licenciado, no caso de operar a nível grossista, não vender a clientes finais, mas unicamente a retalhistas. Uma tal obrigação permite ao licenciante atribuir ao licenciado a função de distribuição grossista e não é geralmente abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1 <sup>(64)</sup>.
- 125) Exceção 6: Por fim, o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea v), introduz, no âmbito da isenção por categoria, uma restrição que consiste em proibir os licenciados de venderem a distribuidores não autorizados. Esta exceção permite ao licenciante impor aos licenciados uma obrigação de fazer parte de um sistema de distribuição seletiva. Nesse caso, contudo, os licenciados devem, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2, alínea c), ser autorizados a realizar vendas tanto ativas como passivas a consumidores finais, sem prejuízo da possibilidade de limitar o licenciado a uma função grossista, tal como previsto no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), subalínea iv) (ver ponto 124). No território em que o licenciante opera um sistema de distribuição seletiva, tal sistema não pode ser combinado com territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes sempre que tal conduza a uma restrição das vendas ativas ou passivas aos utilizadores finais, uma vez que conduziria a uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea c), sem prejuízo da possibilidade de proibir que um licenciado exerça as suas atividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado.
- 126) As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território exclusivo ou a um grupo de clientes atribuído a um outro licenciado, embora sejam normalmente uma restrição grave, podem não ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, durante um certo período, se forem objetivamente necessárias para o licenciado protegido penetrar num novo mercado. Tal pode ser o caso quando os licenciados tiverem de realizar investimentos substanciais em ativos de produção e atividades promocionais, a fim de iniciarem e desenvolverem um mercado novo. Os riscos com que um novo licenciado se verá confrontado podem, por conseguinte, ser importantes, nomeadamente dado que as despesas promocionais e as despesas de investimento nos ativos necessários para produzir com uma determinada tecnologia constituem muitas vezes despesas irrecuperáveis, o que significa que, após o abandono desse domínio de atividade específico, o investimento não pode ser utilizado pelo licenciado para outras atividades ou só pode ser vendido com grandes prejuízos. Por exemplo, o licenciado pode ser o primeiro a fabricar e vender um novo tipo de produto, ou o primeiro a aplicar uma nova tecnologia. Nessas circunstâncias, sucede frequentemente que os licenciados não celebrem o acordo de licenciamento sem um certo período de proteção contra as vendas passivas (e ativas) no seu território ou aos seus grupos de clientes por parte de outros licenciados. No caso de serem necessários investimentos substanciais por parte do licenciado para iniciar e desenvolver um novo mercado, as restrições de vendas passivas por parte de outros licenciados nesse território ou a esse grupo de clientes não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, durante o período necessário para o licenciado recuperar esses investimentos. Na maior parte dos casos, um período de até dois anos, a contar da data em que o produto contratual foi pela primeira vez colocado no mercado no território exclusivo pelo licenciado em causa ou vendido ao seu grupo exclusivo de clientes, seria considerado suficiente para o licenciado recuperar os investimentos realizados. No entanto, num caso individual, poderá ser necessário um período mais longo de proteção para o licenciado, para que o mesmo recupere os custos incorridos.
- 127) Do mesmo modo, uma proibição imposta a todos os licenciados de não venderem a certas categorias de utilizadores finais pode não ser restritiva da concorrência, se tal restrição for objetivamente necessária por razões de segurança ou de saúde relacionadas com a natureza perigosa do produto em questão.

<sup>(64)</sup> Ver a este respeito o processo 26/76, Metro (I), Coletânea 1977, p. 1875.

### 3.5. Restrições excluídas

- 128) O artigo 5.º do RICTT enumera três tipos de restrições que não podem beneficiar de uma isenção por categoria e que exigem, por conseguinte, uma apreciação individual dos seus efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais. O artigo 5.º tem por objetivo evitar a concessão de uma isenção por categoria a acordos suscetíveis de limitarem o incentivo para inovar. Decorre do artigo 5.º que a inclusão num acordo de licenciamento de quaisquer restrições contidas nesse artigo não impede a aplicação da isenção por categoria à parte restante do acordo, se esta parte restante for dissociável das restrições excluídas. Trata-se apenas da restrição individual em causa que não é abrangida pela isenção por categoria e que deve, por conseguinte, ser apreciada individualmente.

#### Retrocessões exclusivas

- 129) O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do RICTT diz respeito a retrocessões (ou seja, concessão de licença exclusiva de volta para o licenciante do melhoramento introduzido pelo licenciado) ou cessões exclusivas ao licenciante dos melhoramentos da tecnologia licenciada. A obrigação de conceder ao licenciante uma licença exclusiva relativamente aos melhoramentos da tecnologia licenciada ou de ceder tais melhoramentos ao licenciante é suscetível de reduzir o incentivo do licenciado para inovar, na medida em que este não poderá explorar os melhoramentos que introduzir, inclusive sob a forma de licenciamento a terceiros. Uma retrocessão exclusiva é definida como uma retrocessão que impede o licenciado (que é o inovador e o licenciante do melhoramento neste caso) de explorar o melhoramento (quer para a sua própria produção, quer para licenciamento a terceiros). Tal é aplicável simultaneamente aos casos em que o melhoramento diz respeito à mesma aplicação do que a tecnologia licenciada e quando o licenciado desenvolve novas aplicações da tecnologia licenciada. Nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), as referidas obrigações não são abrangidas pela isenção por categoria.
- 130) O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), é aplicável independentemente de o licenciante pagar ou não uma contrapartida para adquirir o melhoramento ou para obter uma licença exclusiva. No entanto, a existência e o nível dessa contrapartida podem constituir um fator relevante no contexto de uma apreciação individual efetuada ao abrigo do artigo 53.º. Quando as retrocessões são efetuadas mediante remuneração, é menos provável que a obrigação elimine o incentivo do licenciado para inovar. Na apreciação de retrocessões exclusivas não abrangidas pela isenção por categoria, a posição de mercado do licenciante no mercado da tecnologia deve ser igualmente tomada em consideração. Quanto mais forte for a posição do licenciante, mais provável será que as obrigações de retrocessão exclusivas tenham efeitos restritivos sobre a concorrência no domínio da inovação. Quanto mais forte for a posição da tecnologia do licenciante, maior significado assumirá o facto de o licenciado se poder tornar uma importante fonte de inovação e de concorrência futura. O impacto negativo das obrigações de retrocessão pode igualmente ser reforçado no caso de redes paralelas de acordos de licenciamento que incluam tais obrigações. Quando as tecnologias disponíveis são controladas por um número limitado de licenciantes que impõem obrigações de retrocessão exclusivas aos licenciados, o risco de incidências anticoncorrenciais é maior do que quando existem várias tecnologias, das quais apenas algumas são licenciadas com obrigações de retrocessão exclusivas.
- 131) As obrigações de retrocessão não exclusivas são abrangidas pela zona de segurança do RICTT. Tal é o caso também quando não são recíprocas, ou seja, apenas impostas ao licenciado e quando, por força do acordo, o licenciante é autorizado a comunicar os melhoramentos a outros licenciados. Uma obrigação de retrocessão não recíproca pode promover a divulgação de novas tecnologias, permitindo que o licenciante determine livremente se e em que medida transfere os seus próprios melhoramentos para os seus licenciados. Uma cláusula de comunicação desse tipo pode igualmente promover a divulgação da tecnologia, nomeadamente quando cada licenciado souber, no momento da celebração do acordo, que se encontrará em pé de igualdade com outros licenciados no que respeita à tecnologia utilizada para a produção.
- 132) As obrigações de retrocessão não exclusivas podem, em particular, ter efeitos negativos sobre a inovação no caso de um licenciamento cruzado entre concorrentes, quando uma obrigação de retrocessão impõe a ambas as partes for combinada com uma obrigação de ambas as partes partilharem quaisquer melhoramentos introduzidos na sua própria tecnologia com a outra parte. A partilha de todos os melhoramentos entre concorrentes pode impedir cada um dos concorrentes de adquirir uma vantagem competitiva em relação ao outro (ver também ponto 241 *infra*). Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de alcançar uma vantagem competitiva em relação umas às outras, quando o objetivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as respetivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar a mesma base tecnológica na conceção dos seus produtos. É o que acontece quando o objetivo da licença consiste em criar liberdade de conceção e não em melhorar a base tecnológica do licenciado.

## Cláusulas de não contestação e de rescisão

- 133) A restrição excluída referida no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT refere-se às cláusulas de não contestação, ou seja, às obrigações diretas ou indiretas de não contestar a validade da propriedade intelectual do licenciante, sem prejuízo da possibilidade de, no caso de uma licença exclusiva, o licenciante rescindir o acordo de transferência de tecnologia se o licenciado contestar a validade de qualquer dos direitos da tecnologia licenciada.
- 134) A razão para excluir as cláusulas de não contestação do âmbito da isenção por categoria é o facto de os licenciados se encontrarem em geral nas melhores condições para determinar se um direito de propriedade intelectual é ou não válido. Para evitar qualquer distorção da concorrência e em conformidade com os princípios subjacentes à proteção da propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual não válidos devem ser eliminados, uma vez que paralisam a inovação em vez de a promoverem. O artigo 53.º, n.º 1, pode ser igualmente aplicável a cláusulas de não contestação quando a tecnologia licenciada possui um determinado valor e penaliza, por conseguinte, a nível da concorrência, as empresas que não a podem utilizar ou que a podem apenas utilizar mediante o pagamento de *royalties*. Nesses casos, é pouco provável que as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, se encontrem reunidas. No entanto, se a tecnologia licenciada estiver relacionada com um processo tecnicamente desatualizado que o licenciado não utiliza ou se a licença for concedida a título gratuito, não existe qualquer restrição da concorrência<sup>(65)</sup>. Relativamente às cláusulas de não contestação no contexto dos acordos de resolução de litígios, ver pontos 242 e 243.
- 135) Em geral, uma cláusula que obrigue o licenciado a não contestar a titularidade dos direitos de tecnologia não constitui uma restrição da concorrência, na aceção do artigo 53.º, n.º 1. Independentemente de o licenciante ter a titularidade dos direitos da tecnologia, a sua utilização pelo licenciado e por qualquer outra parte depende sempre da obtenção de uma licença, pelo que, geralmente, a concorrência não deveria, assim, ser afetada<sup>(66)</sup>.
- 136) O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do RICTT também exclui da zona de segurança da isenção por categoria, no contexto das licenças não exclusivas, o direito de o licenciante rescindir o acordo no caso de o licenciado contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual de que o licenciante seja titular na União. Esse direito de rescisão pode ter o mesmo efeito que uma cláusula de não contestação, em especial se o abandono da tecnologia do licenciante resultasse numa perda significativa para o licenciado (por exemplo, quando o licenciado já investiu em máquinas ou ferramentas específicas que não podem ser utilizadas para produzir com outra tecnologia) ou se a tecnologia do licenciante for um *input* necessário para a produção do licenciado. Por exemplo, no contexto de patentes essenciais para a norma, o licenciado que produz um produto conforme a uma norma terá de utilizar necessariamente todas as patentes requeridas para a aplicação da norma. Nesse caso, o facto de contestar a validade das patentes relevantes pode resultar numa perda importante se o acordo de transferência de tecnologia for rescindido. Sempre que a tecnologia do licenciante não for essencial para a norma, mas tiver uma posição de mercado muito significativa, o desincentivo à contestação pode também ser elevado, tendo em conta a dificuldade de o licenciado encontrar uma tecnologia alternativa viável que possa obter sob licença. A questão de saber se a perda de lucro do licenciado seria significativa, constituindo, por conseguinte, um forte desincentivo para a contestação, teria de ser apreciada caso a caso.
- 137) Nos cenários descritos no ponto 136, o licenciado pode ser dissuadido de contestar a validade do direito de propriedade intelectual se corresse o risco de rescindir o acordo de licenciamento, o que, por sua vez, poderia implicar riscos substanciais muito para além das suas obrigações de pagamento de *royalties*. No entanto, convém ainda notar que, fora do contexto destes cenários, uma cláusula de rescisão não forneceria muitas vezes um forte desincentivo para a constatação, pelo que não produziria o mesmo efeito de uma cláusula de não contestação.
- 138) O interesse público de reforçar o incentivo de o licenciante licenciar pelo facto de não ser obrigado a continuar a negociar com o licenciado que contesta a própria substância do acordo de licenciamento deve ser ponderado face ao interesse público de eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que pode surgir quando a concessão de um direito de propriedade intelectual enferme de erro<sup>(67)</sup>. Na ponderação dos referidos interesses, deve ter-se em conta se o licenciado cumpre todas as obrigações ao abrigo do acordo aquando da contestação, nomeadamente a obrigação de pagar as *royalties* acordadas.
- 139) No caso do licenciamento exclusivo, as cláusulas de rescisão são normalmente menos suscetíveis de, globalmente, ter efeitos anticoncorrenciais. Uma vez concedida a licença, o licenciante pode encontrar-se numa situação particular de dependência, uma vez que o licenciado será a sua única fonte de rendimento no que respeita aos direitos da tecnologia licenciada se as *royalties* dependerem da produção com os direitos da tecnologia licenciada, na medida em que podem ser muitas vezes uma forma eficaz de estruturar o pagamento das *royalties*. Neste

<sup>(65)</sup> Ver a este respeito o processo 65/86, *Bayer/Süllhofer*, Coletânea 1988, p. 5249.

<sup>(66)</sup> Ver, em matéria de contestação da propriedade de uma marca comercial, a decisão da Comissão no processo *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 de 20.4.1990, p. 32).

<sup>(67)</sup> Processo 193/83, *Windsurfing International*, Coletânea 1986, p. 611, n.º 92.

cenário, os incentivos à inovação e ao licenciamento poderiam ser minados se, por exemplo, o licenciante fosse obrigado a concluir um acordo com um licenciado exclusivo que deixou de fazer esforços significativos para desenvolver, fabricar e comercializar o produto a fabricar ou fabricado com os direitos de tecnologia licenciados <sup>(68)</sup>. É por este motivo que o RICTT concede uma isenção por categoria às cláusulas de rescisão para acordos de licenciamento exclusivo, desde que sejam cumpridas também as outras condições da zona de segurança, como o respeito do limiar de quota de mercado. Fora da zona de segurança, há que realizar uma apreciação caso a caso, tendo em conta os diferentes interesses, tal como descrito no ponto 138.

- 140) Além disso, o Órgão de Fiscalização tem uma posição mais favorável em relação às cláusulas de não contestação e de rescisão relativas ao saber-fazer sempre que, uma vez divulgado, o saber-fazer licenciado seja provavelmente impossível ou muito difícil de recuperar. Nesses casos, uma obrigação de o licenciado não contestar o saber-fazer licenciado promove a divulgação de nova tecnologia, em especial ao permitir que os licenciantes mais fracos concedam licenças a licenciados mais fortes sem temer contestação depois de o licenciado ter absorvido o saber-fazer. Por conseguinte, só não são excluídas do âmbito de aplicação do RICTT as cláusulas de rescisão e de não contestação relativas ao saber-fazer.

**Limitar (entre não concorrentes) a utilização ou desenvolvimento pelo licenciado da sua própria tecnologia**

- 141) No caso de um acordo entre não concorrentes, o artigo 5.º, n.º 2, exclui do âmbito da isenção por categoria qualquer obrigação direta ou indireta que limite a capacidade de o licenciado explorar os seus próprios direitos de tecnologia ou a capacidade de as partes no acordo realizarem investigação e desenvolvimento, a menos que esta última restrição seja indispensável para impedir a divulgação a terceiros do saber-fazer licenciado. O teor desta condição é o mesmo do que o disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea d), da lista de restrições graves no que se refere a acordos entre concorrentes, o que é tratado nos pontos 115 e 116 das presentes Orientações. Contudo, no caso de acordos entre não concorrentes, não se pode considerar que tais restrições tenham em geral efeitos negativos na concorrência ou que as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, não são em geral satisfeitas <sup>(69)</sup>. Esses acordos devem ser apreciados individualmente.
- 142) No caso de acordos entre não concorrentes, o licenciado normalmente não possui uma tecnologia concorrente. No entanto, pode haver casos em que, para efeitos da isenção por categoria, as partes são consideradas não concorrentes, apesar do facto de o licenciado possuir uma tecnologia concorrente. É o que sucede quando o licenciado possui uma tecnologia mas não a licencia e o licenciante não é um fornecedor real ou potencial no mercado do produto. Para efeitos da isenção por categoria, nessas circunstâncias, as partes não são nem concorrentes no mercado da tecnologia nem concorrentes no mercado do produto a jusante <sup>(70)</sup>. Em tais casos, é importante assegurar-se de que o licenciado não é restringido na sua capacidade de explorar a sua própria tecnologia e de continuar o seu desenvolvimento. Esta tecnologia constitui uma pressão concorrencial no mercado, que devia ser mantida. Numa situação desse tipo, as restrições relativas à utilização por parte do licenciado da sua própria tecnologia ou à investigação e desenvolvimento são normalmente consideradas limitativas da concorrência e não satisfazem as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. Por exemplo, uma obrigação imposta ao licenciado de pagar royalties não apenas com base nos produtos que fabrica com a tecnologia licenciada, mas também com base nos produtos que fabrica apenas com a sua própria tecnologia, limita em geral a capacidade de o licenciado explorar a sua própria tecnologia e, por conseguinte, deve ser excluída do âmbito da isenção por categoria.
- 143) Em casos em que o licenciado não possui uma tecnologia concorrente ou não está já a desenvolver tal tecnologia, uma restrição da possibilidade de as partes realizarem atividades independentes de investigação e desenvolvimento pode ser restritiva da concorrência quando estiverem disponíveis apenas algumas tecnologias. Nesse caso, as partes podem ser uma importante fonte (potencial) de inovação no mercado. Tal acontece principalmente quando as partes possuem os ativos e as competências necessários para continuar a realizar investigação e desenvolvimento. Nesse caso, não é provável que as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, sejam satisfeitas. Noutros casos, em que se encontram disponíveis várias tecnologias e as partes não possuem ativos ou competências especiais, a restrição relativa à investigação e desenvolvimento é suscetível quer de não ser abrangida pelo artigo 53.º, n.º 1, por falta de efeitos restritivos significativos, quer de satisfazer as condições previstas no

<sup>(68)</sup> No contexto de um acordo que tecnicamente não é um acordo exclusivo, e sempre que uma cláusula de rescisão não é assim coberta pela zona de segurança do RGIC, o licenciante pode, num caso específico, encontrar-se na mesma situação de dependência em relação a um licenciado com um considerável poder de compra. Uma tal dependência será tida em conta na apreciação individual.

<sup>(69)</sup> Ver ponto 14 *supra*.

<sup>(70)</sup> Ver ponto 36 *supra*.

artigo 53.º, n.º 3. A restrição pode promover a divulgação de novas tecnologias, garantindo ao licenciante que a licença não cria um novo concorrente e persuadindo o licenciado a centrar-se na exploração e desenvolvimento da tecnologia licenciada. Além disso, o artigo 53.º, n.º 1, só é aplicável quando o acordo reduz o incentivo de o licenciado melhorar e explorar a sua própria tecnologia. Não é, por exemplo, provável que seja o caso quando o licenciante tiver o direito de rescindir o acordo de licenciamento depois de o licenciado ter começado a produzir com base na sua própria tecnologia concorrente. Esse direito não reduz o incentivo de o licenciado inovar, uma vez que o acordo só pode ser rescindido quando tiver sido desenvolvida uma tecnologia comercialmente viável e os produtos fabricados com base nela estiverem prontos para serem colocados no mercado.

### 3.6. Retirada e não aplicação do regulamento de isenção por categoria

#### 3.6.1. Processo de retirada

- 144) Nos termos do artigo 6.º do RICTT, o Órgão de Fiscalização e as autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados da EFTA podem retirar o benefício do regulamento de isenção por categoria relativamente aos acordos individuais suscetíveis de terem efeitos anticoncorrenciais (devem tomar-se em consideração tanto os efeitos reais como os potenciais) e que não satisfazam as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. As autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados da EFTA só estão habilitadas a retirar o benefício da isenção por categoria nos casos em que o mercado geográfico relevante não é mais vasto do que o território do Estado da EFTA em questão.
- 145) As quatro condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, são cumulativas e devem ser todas satisfeitas para que a regra de derrogação seja aplicável <sup>(71)</sup>. A isenção por categoria pode, por conseguinte, ser retirada se um determinado acordo não conseguir satisfazer uma ou várias dessas quatro condições.
- 146) Quando o procedimento de retirada é aplicado, cabe à autoridade que retira o benefício da isenção o ónus da prova de que o acordo é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, e que não satisfaz o conjunto das quatro condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3. Tendo em conta o facto de a retirada implicar que o acordo em causa restringe a concorrência na aceção do artigo 53.º, n.º 1, e não satisfaz as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, a retirada é necessariamente acompanhada por uma decisão negativa tomada nos termos dos artigos 5.º, 7.º ou 9.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4.
- 147) Nos termos do disposto no artigo 6.º do RICTT, uma retirada pode nomeadamente justificar-se nos seguintes casos:
- o acesso das tecnologias de terceiros ao mercado é restrinrido, por exemplo através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciados de recorrerem às tecnologias de terceiros;
  - o acesso ao mercado de potenciais licenciados é restrinrido, por exemplo, através do efeito cumulativo de redes paralelas de acordos restritivos semelhantes que proíbam os licenciantes de licenciar a outros licenciados ou porque o único titular da tecnologia que licencia os direitos da tecnologia relevantes conclui uma licença exclusiva com um licenciado já ativo no mercado do produto com base em direitos da tecnologias substituíveis. A fim de serem considerados relevantes, os direitos da tecnologia devem ser técnica e comercialmente substituíveis para permitir ao licenciado estar ativo no mercado do produto relevante.
- 148) Os artigos 4.º e 5.º do RICTT, em que figura a lista das restrições graves da concorrência, bem como as restrições excluídas, têm por objetivo garantir que os acordos que beneficiam de uma isenção por categoria não limitam o incentivo para inovar, não atrasam a divulgação da tecnologia e não restringem indevidamente a concorrência entre o licenciante e o licenciado ou entre licenciados. Todavia, a lista das restrições graves e a lista das restrições excluídas não atendem ao eventual impacto dos acordos de licenciamento. A isenção por categoria não abrange, nomeadamente, os eventuais efeitos cumulativos de restrições semelhantes contidos em redes de acordos de licenciamento. Os acordos de licenciamento podem dar origem à exclusão de terceiros, tanto a nível do licenciante como a nível do licenciado. A exclusão de outros licenciantes pode ser devida ao efeito cumulativo de redes de acordos de licenciamento que proíbam os licenciados de explorarem tecnologias concorrentes, o que dá origem à exclusão de outros licenciantes (potenciais). Pode existir exclusão de licenciantes quando a maior parte das empresas presentes num mercado que podem adquirir (eficazmente) uma licença concorrente é impedida de o fazer devido à existência de acordos restritivos e quando os licenciados potenciais se veem confrontados com obstáculos à entrada relativamente elevados. Pode existir exclusão de outros licenciados em caso de efeito cumulativo de acordos de licenciamento que proíbam os licenciantes de concederem licenças a outros licenciados,

<sup>(71)</sup> Ver a este respeito o ponto 42 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota de rodapé 44.

impedindo assim licenciados potenciais de acederem à tecnologia necessária. O problema da exclusão é examinado mais pormenoradamente nas secções 4.2.2 e 4.2.7. Além disso, é também provável que o Órgão de Fiscalização retire o benefício da isenção por categoria, quando, em acordos individuais, um número significativo de licenciantes de tecnologias concorrentes impuser aos seus licenciados a obrigação de lhes tornar extensivas quaisquer condições mais favoráveis acordadas com outros licenciantes.

### 3.6.2. Não aplicação do regulamento de isenção por categoria

- 149) É definido no artigo 7.º, n.º 2, do RICTT, tal como incorporado no Acordo EEE, um procedimento especial de não aplicação do RICTT nos Estados da EFTA. Considerando que a Comissão pode proceder à não aplicação do RICTT através de um regulamento de que são destinatários os Estados-Membros da UE, o artigo 7.º, n.º 2, do RICTT permite ao Órgão de Fiscalização da EFTA declarar, por intermédio de uma recomendação, que, quando redes paralelas de acordos semelhantes abrangem mais de 50 % de um mercado relevante nos Estados da EFTA, o RICTT não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia que contenham restrições específicas relativas ao mercado em causa. Os destinatários da recomendação são o Estado ou os Estados da EFTA envolvidos no mercado relevante em questão. No seguimento da adoção de uma recomendação pelo Órgão de Fiscalização da EFTA ao abrigo do artigo 7.º, os Estados da EFTA dispõem de três meses para notificar a esse órgão se aceitam a recomendação. A ausência de resposta por parte de um Estado da EFTA será interpretada como uma aceitação. Se um Estado da EFTA aceitar, ou se se interpretar como tendo aceite, a recomendação, tal Estado da EFTA deve aplicar a recomendação no prazo de três meses a contar do dia em que foi adoptada (72).
- 150) Embora a retirada do benefício do RICTT pelo Órgão de Fiscalização nos termos do artigo 6.º implique a adoção de uma decisão nos termos dos artigos 7.º ou 9.º do Capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal, o efeito da não aplicação da isenção por categoria no seguimento de uma recomendação desse órgão e a aceitação pelos Estados da EFTA em aplicação do artigo 7.º do RICTT tem simplesmente por efeito retirar, no que respeita às restrições e aos mercados em causa, o benefício da aplicação do RICTT e restabelecer a plena aplicabilidade do artigo 53.º, n.os 1 e 3, do Acordo EEE. No seguimento da não aplicação da isenção por categoria a um mercado específico no que respeita a acordos que contêm certas restrições, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência relevante do Tribunal da EFTA e dos tribunais da União e por comunicações e decisões precedentes adotadas pelo Órgão de Fiscalização da EFTA fornecerão orientações sobre a aplicação do artigo 53.º a acordos individuais. Se for caso disso, o Órgão de Fiscalização adotará uma decisão relativa a um caso individual, fornecendo orientações para todas as empresas que operam no mercado relevante.
- 151) Para efeitos do cálculo da taxa de cobertura do mercado de 50 %, será conveniente ter em conta cada rede individual de acordos de licenciamento que incluem restrições, ou combinações de restrições, que produzem efeitos semelhantes no mercado.
- 152) O artigo 7.º do RICTT não implica a obrigação por parte do Órgão de Fiscalização de agir quando a taxa de cobertura de 50 % seja ultrapassada. De uma forma geral, a não aplicação é adequada quando é provável que o acesso ao mercado relevante, ou a concorrência que existe nesse mercado, sejam restringidos de forma significativa. Quando o Órgão de Fiscalização for chamada a apreciar a necessidade de aplicar o artigo 7.º, examinará se uma retirada individual não constituiria uma solução mais apropriada. Tal pode depender, em especial, do número de empresas concorrentes que contribuem para produzir um efeito cumulativo no mercado ou do número dos mercados geográficos afetados na União.
- 153) Uma recomendação adotada ao abrigo do artigo 7.º deve definir claramente o seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização deve, em primeiro lugar, definir o ou os mercados do produto e geográficos relevantes e, em segundo lugar, identificar o tipo de restrições de licenciamento relativamente às quais o RICTT deixará de ser aplicável. No que respeita a este último aspeto, o Órgão de Fiscalização pode adaptar o âmbito da recomendação em função dos problemas de concorrência que pretende solucionar. Por exemplo, embora todas as redes paralelas de acordos não concorrentes sejam tomadas em consideração para determinar se a taxa de cobertura de 50 % do mercado é atingida, o Órgão de Fiscalização da EFTA pode não obstante limitar o âmbito da sua recomendação apenas às obrigações de não concorrência que ultrapassem uma determinada duração. Assim, os acordos com uma duração mais curta ou de natureza menos restritiva poderão não ser afetados, considerando-se que o efeito de exclusão das restrições em causa é menos importante. Se for o caso, o Órgão de Fiscalização da EFTA pode igualmente fornecer uma orientação especificando o nível da quota de mercado que,

(72) Contudo, decorre do artigo 7.º, n.º 2, do RICTT que, se um Estado da EFTA destinatário notificar ao Órgão de Fiscalização da EFTA que não aceita a sua recomendação, esse órgão notificará à Comissão tal resposta. Se a Comissão discordar da posição do Estado da EFTA em questão, aplica-se o artigo 92.º, n.º 2, do Acordo EEE.

no contexto do mercado específico, pode ser considerado insuficiente para se considerar que uma empresa individual contribui de forma significativa para o efeito cumulativo. Em geral, considera-se que, quando a quota de mercado detida pelos produtos que incorporam uma tecnologia licenciada por um licenciante individual não ultrapassa 5 %, o acordo ou a rede de acordos que cobrem essa tecnologia não contribui de forma significativa para o efeito cumulativo de exclusão do mercado<sup>(73)</sup>.

- 154) O período de transição mínimo de seis meses de não aplicação do RICTT, a estabelecer pelo Órgão de Fiscalização na recomendação em aplicação do artigo 7.º, n.º 2, deve permitir às empresas em causa adaptar os seus acordos a fim de atender à não aplicação do RICTT. O Órgão de Fiscalização da EFTA considera que o período de transição deve iniciar-se na data de adoção das medidas nacionais de execução por um Estado da EFTA destinatário.
- 155) A recomendação e as medidas nacionais de execução da não aplicação do RICTT não afetarão o estatuto de isenção por categoria dos acordos em causa durante o período que precede a entrada em vigor das medidas nacionais de execução.

#### 4. APLICAÇÃO DO ARTIGO 53.º, N.ºS 1 E 3, FORA DO ÂMBITO DO RICTT

##### 4.1. Quadro geral da análise

- 156) Os acordos que não podem beneficiar de uma isenção por categoria, por exemplo quando os limiares de quota de mercado são ultrapassados ou quando o acordo foi concluído entre mais de duas partes, devem ser apreciados individualmente. Os acordos que não restrinjam a concorrência na aceção do artigo 53.º, n.º 1, ou que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, são válidos e aplicáveis. Recorde-se que não existe qualquer presunção de ilegalidade dos acordos não abrangidos pelo âmbito da isenção por categoria, desde que não contenham restrições graves da concorrência. Não existe em especial qualquer presunção de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, pelo simples facto de os limiares de quota de mercado serem excedidos. Esses acordos devem ser sempre apreciados individualmente, com base nos princípios descritos nas presentes Orientações.

**Zona de segurança no caso de existirem suficientes tecnologias controladas independentemente**

- 157) A fim de fomentar a previsibilidade para além da aplicação do RICTT e de limitar a análise pormenorizada a casos suscetíveis de apresentar verdadeiros problemas de concorrência, o Órgão de Fiscalização considera que, fora da área das restrições graves, não é provável que haja uma infração ao artigo 53.º, quando existem quatro ou mais tecnologias controladas independentemente, para além das tecnologias controladas pelas partes no acordo, que podem ser substituíveis em relação à tecnologia licenciada a um custo comparável para o utilizador. Ao apreciar se as tecnologias são suficientemente substituíveis, há que a atender ao poder comercial relativo das tecnologias em questão. A pressão competitiva exercida por uma tecnologia é limitada se não constituir uma alternativa comercialmente viável para a tecnologia licenciada. Por exemplo, se, devido a efeitos de rede no mercado, os consumidores revelarem uma forte preferência por produtos que incorporam a tecnologia licenciada, outras tecnologias já no mercado ou suscetíveis de entrarem no mercado num período razoável de tempo podem não constituir uma verdadeira alternativa, podendo, por conseguinte, impor apenas uma pressão competitiva.
- 158) O facto de um acordo não ser abrangido pela zona de segurança descrita no ponto 157 não implica que o acordo seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, e, caso o seja, que as condições do artigo 53.º, n.º 3, não são satisfeitas. Quanto à zona de segurança da quota de mercado do RICTT, esta zona de segurança suplementar apenas permite presumir que o acordo não é proibido pelo artigo 53.º Fora da zona de proteção, é necessária uma apreciação individual do acordo com base nos princípios desenvolvidos nas presentes orientações.

##### 4.1.1. Fatores relevantes

- 159) Quando se aplicar o artigo 53.º a casos individuais, é conveniente ter devidamente em conta a forma como a concorrência se processa no mercado em causa. Relativamente a este aspeto, devem ser designadamente tomados em consideração os seguintes fatores:
- a natureza do acordo;
  - a posição de mercado das partes;

<sup>(73)</sup> Ver a este respeito o ponto 8 da Comunicação do Órgão de Fiscalização relativa aos acordos de menor importância, citada na nota de rodapé 22.

- c) a posição de mercado dos concorrentes;
  - d) a posição de mercado dos compradores nos mercados relevantes;
  - e) os obstáculos à entrada no mercado; e
  - f) a maturidade do mercado.
- 160) A importância dos fatores específicos pode variar consoante os casos e depende de todos os outros fatores. Por exemplo, o facto de as partes deterem uma elevada quota de mercado constitui geralmente um bom indício do seu poder de mercado, salvo quando os obstáculos à entrada são reduzidos. Por conseguinte, não é possível estabelecer regras rigorosas sobre a importância respetiva destes diferentes fatores.
- 161) Os acordos de transferência de tecnologia podem assumir várias formas. Por essa razão, afigura-se importante analisar a natureza do acordo na perspetiva da relação de concorrência entre as partes, bem como as restrições dele constantes. No que respeita a este último ponto, é necessário ir mais longe do que as condições expressas do acordo. A forma como o acordo foi implementado pelas partes e os incentivos por elas enfrentados podem sugerir a existência de restrições implícitas.
- 162) A posição de mercado das partes, incluindo quaisquer empresas controladas *de facto* ou *de jure* pelas partes, dá uma indicação do grau de poder de mercado que possuem eventualmente o licenciante, o licenciado ou ambos. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, maiores são os riscos de que exista poder de mercado. É o que sucede, nomeadamente, quando a quota de mercado traduz as vantagens em matéria de custos ou outras vantagens competitivas que as partes possuem face aos seus concorrentes. Tais vantagens podem, por exemplo, dever-se ao facto de terem sido os primeiros a penetrar no mercado, de deterem patentes essenciais ou de possuírem tecnologias mais avançadas. No entanto, as partes de mercado são sempre apenas um fator para apreciar posições de mercado. Por exemplo, em especial no caso dos mercados da tecnologia, as quotas de mercado nem sempre são um bom indicador do poder relativo das tecnologias em questão e os dados relativos às quotas de mercado podem variar consideravelmente consoante os diferentes métodos de cálculo.
- 163) As quotas de mercado e as eventuais vantagens e desvantagens competitivas constituem igualmente fatores utilizados para apreciar a posição de mercado dos concorrentes. Quanto mais fortes e numerosos forem os concorrentes reais, menor será o risco de as partes serem capazes de individualmente exercer o poder de mercado. Contudo, se o número de concorrentes for bastante reduzido e a sua posição de mercado (dimensão, custos, potencial I&D, etc.) for relativamente semelhante, estaremos em presença de uma estrutura de mercado em que aumenta o risco de colusão.
- 164) A posição de mercado dos compradores permite verificar se um ou mais compradores possuem ou não poder de compra. O primeiro indicador de poder de compra é a quota detida pelo comprador no mercado das aquisições. Esta quota reflete a importância da sua procura para os eventuais fornecedores. Outros indicadores são a posição do comprador no seu mercado de revenda, incluindo características tais como a dimensão da cobertura geográfica dos seus estabelecimentos e a sua imagem de marca junto dos consumidores finais. Em certos casos, o poder de compra pode impedir o licenciante e/ou o licenciado de exercerem o seu poder de mercado, solucionando desta forma um problema de concorrência que de outro modo teria existido. É o que sucede nomeadamente quando compradores poderosos têm capacidade e incentivo para introduzir novas fontes de abastecimento nesse mercado em caso de um aumento ligeiro mas permanente dos preços relativos. Quando os compradores fortes obtêm simplesmente condições favoráveis do fornecedor ou se contentam em repercutir cada aumento de preços nos seus clientes, a posição que detêm não é de molde a impedir o licenciado de exercer o seu poder no mercado do produto e, por conseguinte, não resolve os problemas de concorrência nesse mercado.<sup>(74)</sup>
- 165) Os obstáculos à entrada são avaliados calculando a medida em que as empresas presentes no mercado podem aumentar os seus preços para além do nível competitivo sem suscitar a entrada no mercado de novas empresas. Na ausência de obstáculos à entrada, a possibilidade de entrada fácil e rápida tornaria tais aumentos não rentáveis. Quando for provável que as entradas efetivas que impeçam ou limitem o exercício do poder de mercado possam ocorrer num prazo de um ou dois anos, considera-se geralmente que os obstáculos à entrada são reduzidos.

<sup>(74)</sup> Ver a este respeito o processo T-228/97, *Irish Sugar*, Coletânea 1999, p. II-2969, n.º 101.

- 166) Os obstáculos à entrada podem dever-se a um grande número de fatores, como, por exemplo, economias de escala e de gama, regulamentações, nomeadamente quando criam direitos exclusivos, auxílios estatais, direitos aduaneiros à importação, direitos de propriedade intelectual e propriedade de recursos quando o fornecimento é limitado, por exemplo por limitações naturais, instalações essenciais, vantagens associadas ao facto de ser a primeira empresa implantada ou fidelidade à marca por parte dos consumidores devida a poderosas ações publicitárias durante um período prolongado. Podem igualmente constituir um obstáculo à entrada acordos restritivos entre empresas que dificultem o acesso ao mercado e dele excluam concorrentes (potenciais). Podem existir obstáculos à entrada em todas as fases do processo de investigação e desenvolvimento, produção e distribuição. A questão de saber se alguns destes fatores podem ser descritos como obstáculos à entrada depende em especial de darem ou não origem a custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são os custos que foram suportados para penetrar ou operar num mercado, mas que são perdidos a partir do momento em que a empresa abandona esse mercado. Quanto maiores forem os custos irrecuperáveis, mais os novos candidatos potenciais devem ponderar os riscos inerentes à entrada no mercado e mais credíveis serão as ameaças de os operadores estabelecidos responderem a esta nova concorrência, na medida em que os custos irrecuperáveis tornarão onerosa qualquer saída do mercado. De uma forma geral, qualquer entrada num mercado impõe custos irrecuperáveis, por vezes reduzidos e outras vezes importantes. Por esta razão, a concorrência real é em geral mais eficaz e pesará mais na apreciação de um caso do que a concorrência potencial.
- 167) Num mercado maduro, ou seja, num mercado que existe há algum tempo, no qual a tecnologia utilizada é bem conhecida, largamente utilizada e relativamente estável e em que a procura é relativamente estável ou mesmo em declínio, as restrições da concorrência são mais suscetíveis de ter efeitos negativos do que em mercados mais dinâmicos.
- 168) Na apreciação de restrições específicas podem ter de ser tomados em consideração outros fatores. Tais fatores incluem, nomeadamente, efeitos cumulativos, ou seja, a percentagem do mercado coberto por acordos semelhantes, a duração dos acordos e o quadro regulamentar, bem como certos comportamentos suscetíveis de indicar ou facilitar a colusão, tais como liderança em matéria de preços, alterações de preços anunciamadas antecipadamente, discussões sobre o preço «justo», rigidez dos preços em resposta a capacidade excedentária, discriminações através dos preços e comportamentos colusivos anteriores.

#### 4.1.2. Efeitos negativos dos acordos de licenciamento restritivos

- 169) Os efeitos negativos para a concorrência no mercado que podem resultar dos acordos de transferência de tecnologia restritivos são, nomeadamente, os seguintes:
- redução da concorrência intertecnologia entre as empresas que operam no mercado da tecnologia ou num mercado do produto que incorpora as tecnologias em questão, facilitando, nomeadamente, a colusão, tanto explícita como implícita;
  - exclusão dos concorrentes através do aumento dos seus custos, da restrição do seu acesso a inputs essenciais ou do levantamento de outros obstáculos à entrada; e
  - redução da concorrência intratecnologia entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia.
- 170) Os acordos de transferência de tecnologia podem reduzir a concorrência intertecnologia, ou seja, a concorrência entre as empresas que concedem licenças ou fabricam produtos com base em tecnologias substituíveis. Tal é nomeadamente o caso quando são impostas obrigações recíprocas. Por exemplo, quando concorrentes transferem entre si tecnologias concorrentes e impõem uma obrigação recíproca de se fornecerem mutuamente futuros melhoramentos das suas tecnologias respetivas e quando este acordo impede um concorrente de obter um avanço tecnológico sobre um outro, a concorrência em matéria de inovação entre as partes é restringida (ver igualmente ponto 241).
- 171) O licenciamento entre concorrentes pode igualmente facilitar a colusão. O risco de colusão é particularmente elevado em mercados concentrados. A colusão exige que as empresas em causa tenham a mesma opinião sobre o que constitui o seu interesse comum e sobre a forma como os mecanismos de coordenação funcionam. Para que a colusão funcione, as empresas devem também poder monitorizar o comportamento de mercado umas das outras e devem existir elementos dissuasores para impedir desvios das políticas comuns no mercado, ao mesmo tempo que os obstáculos à entrada devem ser suficientemente elevados para limitar a entrada ou expansão de estranhos. Os acordos podem facilitar a colusão ao reforçar a transparência do mercado, controlar certos comportamentos e aumentar os obstáculos à entrada. Acordos de licenciamento que deem origem a um grau elevado de similitude dos custos podem também excepcionalmente facilitar a colusão, uma vez que as empresas que têm custos semelhantes são mais suscetíveis de ter pontos de vista semelhantes relativamente às condições de coordenação <sup>(75)</sup>.

<sup>(75)</sup> Ver a este respeito o ponto 36 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas aos acordos de cooperação horizontal, citadas na nota de rodapé 29.

- 172) Os acordos de licenciamento podem igualmente ter consequências na concorrência intertecnologia ao criar obstáculos que impedem a entrada de concorrentes ou a sua expansão no mercado. Tais efeitos de exclusão podem ser produzidos por restrições que impedem os licenciados de obter licenças de terceiros ou dissuadindo-os de o fazer. Por exemplo, terceiros podem ser impedidos de entrar no mercado quando os licenciantes existentes impuserem aos licenciados obrigações de não concorrência tais que os terceiros dispõem de um número insuficiente de licenciados e quando for difícil a sua entrada. Os fornecedores de tecnologias substituíveis podem igualmente ser excluídos quando um licenciante com um grau suficiente de poder de mercado associar diferentes partes de uma tecnologia e as licenciar globalmente num pacote, embora apenas seja necessária uma parte desse pacote para fabricar um determinado produto.
- 173) Os acordos de licenciamento podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia, ou seja, a concorrência entre as empresas que fabricam produtos a partir da mesma tecnologia. Um acordo que impõe restrições territoriais aos licenciados, impedindo-os de vender nos territórios uns dos outros, reduz a concorrência recíproca. Os acordos de licenciamento podem igualmente reduzir a concorrência intratecnologia ao facilitarem a colusão entre licenciados. Além disso, os acordos de licenciamento que reduzem a concorrência intratecnologia podem facilitar a colusão entre os proprietários de tecnologias concorrentes ou reduzir a concorrência intratecnologia ao aumentarem os obstáculos à entrada no mercado.

#### 4.1.3. Efeitos positivos dos acordos de licenciamento e quadro de análise desses efeitos

- 174) Mesmo os acordos de licenciamento restritivos também têm muitas vezes efeitos pró-concorrenciais sob a forma de ganhos de eficiência que podem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais. A apreciação dos possíveis efeitos pró-concorrenciais é efetuada no âmbito do artigo 53.º, n.º 3, que prevê uma derrogação à regra de proibição constante do artigo 53.º, n.º 1. Para que esta derrogação seja aplicável, o acordo de licenciamento deve apresentar vantagens económicas objetivas, as restrições da concorrência devem ser indispensáveis para atingir esses ganhos de eficiência, os consumidores devem obter uma parte equitativa desses ganhos de eficiência e o acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Uma empresa que invoque o artigo 53.º, n.º 3, deve demonstrar, através de argumentos e elementos de prova convincentes, que estão reunidas as condições exigidas para beneficiar de uma isenção (76).
- 175) A apreciação de acordos restritivos à luz do artigo 53.º, n.º 3, é efetuada tendo em conta o contexto real em que tais acordos são concluídos (77) e com base nos factos existentes num dado momento. A apreciação é, portanto, sensível a alterações essenciais dos factos. A regra de derrogação prevista no artigo 53.º, n.º 3, é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal deixar de se verificar (78). Contudo, ao aplicar o artigo 53.º, n.º 3, é necessário tomar em consideração os investimentos irrecuperáveis iniciais realizados por qualquer uma das partes, bem como o tempo necessário e as restrições exigidas para realizar e recuperar um investimento de melhoria da eficiência. O artigo 53.º não pode ser aplicado sem tomar em consideração o investimento *ex ante* e os riscos a ele relativos. O risco com que as partes se confrontam, bem como os investimentos irrecuperáveis que devem ser realizados para aplicar o acordo, podem assim conduzir a que o acordo não seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, ou que satisfaça as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, consoante o caso, durante o tempo necessário para a recuperação do investimento.
- 176) A primeira condição do artigo 53.º, n.º 3, exige uma apreciação dos benefícios objetivos em termos de eficiências produzidas pelo acordo. Relativamente a este aspeto, os acordos de licenciamento podem permitir reunir tecnologias e outros ativos complementares, o que permitirá colocar no mercado produtos novos ou melhorados ou ainda fabricar produtos existentes a custos inferiores. À exceção do caso dos cartéis mais graves, o licenciamento é frequente, uma vez que é mais eficiente para o licenciante licenciar a sua tecnologia do que explorá-la ele próprio. É o que pode suceder quando o licenciado tem já acesso aos ativos de produção necessários. O acordo permite então ao licenciado aceder a uma tecnologia que pode ser combinada com esses ativos, o que lhe permite explorar tecnologias novas ou melhoradas. Um outro exemplo de licenciamento que potencialmente favorece os ganhos de eficiência é quando o licenciado já possui uma tecnologia e a combinação desta tecnologia com a do licenciante dá origem a sinergias. Quando as duas tecnologias são combinadas, o licenciado pode então obter uma configuração custos/produção que não poderia alcançar de outra forma. Os acordos de licenciamento, a exemplo do que sucede com os acordos de distribuição verticais, podem igualmente criar ganhos de eficiência na fase da distribuição. Pode tratar-se da redução de custos ou do fornecimento de

(76) Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., Coletânea 2009, p. I-9291, n.º 82.

(77) Ver Processos apensos 25/84 e 26/84, Ford, Coletânea 1985, p. 2725; Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., Coletânea 2009, p. I-9291, n.º 103.

(78) Ver a este respeito, por exemplo, a Decisão da Comissão, de 3 de março de 1999, no processo TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Do mesmo modo, a proibição prevista no artigo 53.º, n.º 1, apenas é aplicável a acordos que tiverem objetivos ou efeitos restritivos.

serviços de melhor qualidade aos consumidores. Os efeitos positivos dos acordos verticais são descritos nas Orientações relativas às restrições verticais<sup>(79)</sup>. Um outro exemplo de eventuais ganhos de eficiência são os acordos em que os proprietários da tecnologia reúnem um pacote tecnológico para licenciamento a terceiros. Tais acordos de agrupamento podem, em especial, reduzir os custos de transação, uma vez que os licenciados não têm de concluir acordos de licenciamento distintos com cada licenciante. O licenciamento pró-concorrencial pode igualmente verificar-se para garantir a liberdade de conceção. Em setores em que existe um grande número de direitos de propriedade intelectual e quando os produtos individuais podem infringir alguns dos direitos de propriedade intelectual existentes e futuros, os acordos de licenciamento, através dos quais as partes acordam em não utilizar os seus direitos de propriedade intelectual umas contra as outras, são muitas vezes pró-concorrenciais, uma vez que permitem às partes desenvolver as suas tecnologias respetivas sem o risco de posteriores alegações de infração.

- 177) Ao aplicar o teste de indispensabilidade exigido no artigo 53.º, n.º 3, o Órgão de Fiscalização examinará nomeadamente se cada restrição permite realizar a atividade em causa da forma mais eficaz do que se a restrição em causa não tivesse existido. Nesta apreciação devem ser tomadas em consideração as condições e realidades do mercado com que as partes se confrontam. Não é necessário que as empresas que invocam o benefício do artigo 53.º, n.º 3, tenham em conta alternativas hipotéticas e teóricas. Devem, contudo, explicar e demonstrar a razão pela qual alternativas aparentemente realistas e em grande medida menos restritivas seriam significativamente menos eficientes. Se o recurso a uma alternativa que se afigure comercialmente realista e menos restritiva viesse dar origem a perdas de eficiência significativas, a restrição em causa seria considerada indispensável. Em certos casos, pode igualmente revelar-se necessário analisar se o acordo enquanto tal é indispensável para obter ganhos de eficiência. Tal pode, por exemplo, acontecer em relação aos agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias complementares mas não essenciais<sup>(80)</sup>, caso em que é necessário examinar em que medida a inclusão dessas tecnologias dá origem a ganhos de eficiência específicos ou se o agrupamento podia ser limitado a tecnologias para as quais não existe qualquer substituto sem perda significativa de eficiência. No caso de um simples licenciamento entre duas partes, não é geralmente necessário ir além de uma análise do caráter indispensável das diferentes restrições individuais. Normalmente, não existem alternativas menos restritivas em relação ao acordo de licenciamento.
- 178) A condição de os consumidores deverem receber uma parte equitativa dos benefícios significa que os consumidores dos produtos fabricados no quadro da licença devem beneficiar de compensações, pelo menos em relação aos efeitos negativos do acordo<sup>(81)</sup>. Tal significa que os ganhos de eficiência devem compensar inteiramente o eventual impacto negativo do acordo nos preços, produção e outros fatores relevantes. Podem concretizar-se através da alteração da estrutura de custos da empresa em causa, o que constituirá um incentivo para reduzir os preços, ou permitindo que os consumidores tenham acesso a produtos novos ou melhorados, compensando-os por eventuais aumentos prováveis dos preços<sup>(82)</sup>.
- 179) A última condição enunciada no artigo 53.º, n.º 3, segundo a qual um acordo não deve conferir às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, pressupõe uma análise das pressões concorrenciais que subsistem no mercado e do impacto do acordo sobre essas fontes de concorrência. Aquando da aplicação da última condição prevista no artigo 53.º, n.º 3, é conveniente ter em conta a relação entre o artigo 53.º, n.º 3, e o artigo 54.º. Segundo jurisprudência constante relativa ao artigo 101.º, n.º 3, e ao artigo 102.º do Tratado, a aplicação do artigo 53.º, n.º 3, não pode impedir a aplicação do artigo 54.º<sup>(83)</sup>. Além disso, como os artigos 53.º e 54.º se destinam ambos a manter a concorrência efetiva no mercado, é conveniente, por razões de coerência, que o artigo 53.º, n.º 3, seja interpretado no sentido de excluir qualquer aplicação da derrogação aos acordos restritivos que constituem um abuso de posição dominante<sup>(84)</sup>.
- 180) O facto de o acordo reduzir substancialmente uma das dimensões da concorrência não significa necessariamente que toda a concorrência seja eliminada na aceção do artigo 53.º, n.º 3. Um acordo de agrupamento de

<sup>(79)</sup> Citadas na nota de rodapé 44. Ver em especial os pontos 106 e seguintes.

<sup>(80)</sup> Relativamente a estas noções, ver secção 4.4.1.

<sup>(81)</sup> Ver o ponto 85 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota 4.

<sup>(82)</sup> Ver pontos 98 e 102.

<sup>(83)</sup> Ver, por analogia, o n.º 130 dos processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, citado na nota de rodapé 4. De modo semelhante, a aplicação do artigo 53.º, n.º 3, não impede a aplicação das regras do EEE sobre a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas disposições são aplicáveis, em determinadas circunstâncias, aos acordos, decisões e práticas concertadas na aceção do artigo 53.º, n.º 1, ver, a este respeito, o processo C-309/99, *Wouters*, Coletânea 2002, p. I-1577, n.º 120.

<sup>(84)</sup> Ver a este respeito o processo T-51/89, *Tetra Pak* (I), Coletânea 1990, p. II-309. Ver igualmente o ponto 106 das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas à aplicação do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE, citadas na nota 4.

tecnologias, por exemplo, pode dar origem à criação de uma norma industrial, que conduzirá a uma situação em que a concorrência é reduzida em termos de formato tecnológico. A partir do momento em que os principais operadores do mercado tiverem adotado um determinado formato, os efeitos de rede podem dificultar muito a sobrevivência de formatos alternativos. Tal não significa contudo que a criação de uma norma industrial de facto elimina sempre a concorrência na aceção da última condição do artigo 53.º, n.º 3. No quadro desta norma, os fornecedores podem estar em concorrência a nível dos preços, da qualidade e das características dos produtos. Todavia, para que o artigo 53.º, n.º 3, seja respeitado, deve garantir-se que o acordo não restringe indevidamente a concorrência nem restringe indevidamente qualquer futura inovação.

#### 4.2. Aplicação do artigo 53.º a diferentes tipos de restrições próprias dos acordos de licenciamento

- 181) A presente secção aborda os diferentes tipos de restrições que normalmente constam dos acordos de licenciamento. Dada a sua importância, é útil proporcionar uma orientação quanto à forma como são apreciadas fora da zona de segurança do RICTT. As restrições já tratadas nas outras secções das presentes Orientações, nomeadamente nas secções 3.4 e 3.5, só serão tratadas resumidamente na presente secção.
- 182) A presente secção abrange simultaneamente os acordos entre não concorrentes e os acordos entre concorrentes. No que respeita a estes últimos, é estabelecida uma distinção, se for caso disso, entre acordos recíprocos e acordos não recíprocos. Essa distinção não é necessária no caso de acordos entre não concorrentes. Com efeito, quando as empresas não são nem concorrentes reais nem concorrentes potenciais num mercado da tecnologia relevante ou num mercado de produtos que incorporam a tecnologia licenciada, uma licença recíproca não diverge, a nível prático, de duas licenças distintas. A situação é diferente para os acordos em que as partes reúnem um pacote tecnológico, que é então licenciado a terceiros. Tais acordos constituem os acordos de agrupamentos de tecnologias que são tratados na secção 4.
- 183) A presente secção não aborda as obrigações incluídas nos acordos de licenciamento que não restringem geralmente a concorrência na aceção do artigo 53.º, n.º 1. Estas obrigações incluem, nomeadamente:
- a) obrigações de confidencialidade;
  - b) obrigações impostas ao licenciado de não sublicenciar;
  - c) obrigações de não utilizar os direitos de tecnologia licenciados após o termo do acordo, desde que os direitos de tecnologia licenciados permaneçam válidos e em vigor;
  - d) obrigações de prestar assistência ao licenciante na aplicação dos direitos de propriedade intelectual licenciados;
  - e) obrigações de pagar as *royalties* mínimas ou de produzir uma quantidade mínima de produtos que incorporem a tecnologia licenciada; e
  - f) obrigações de utilizar a marca do licenciante ou de indicar a designação do licenciante no produto.

##### 4.2.1. Obrigações em matéria de royalties

- 184) As partes num acordo de licenciamento têm normalmente liberdade para determinar as *royalties* a pagar pelo licenciado e o seu modo de pagamento, sem que o acordo seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1. Este princípio é aplicável simultaneamente aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes. As obrigações em matéria de royalties podem, por exemplo, assumir a forma de pagamentos de montantes fixos, de uma percentagem sobre o preço de venda ou de um montante fixo por cada produto que incorpora a tecnologia licenciada. Quando a tecnologia licenciada diz respeito a um input integrado seguidamente num produto final, o facto de as *royalties* serem calculadas com base no preço do produto final não dá geralmente origem a restrições da concorrência, desde que esse produto incorpore a tecnologia licenciada<sup>(85)</sup>. No caso das *royalties* relativas ao licenciamento de programas informáticos com base no número de utilizadores e *royalties* calculadas com base em unidades de equipamento, estas são regra geral compatíveis com o artigo 53.º, n.º 1.
- 185) No caso de acordos de licenciamento entre concorrentes, deve-se ter em mente (ver pontos 100 a 101 e 116 *supra*) que, num número limitado de circunstâncias, as obrigações relativas às *royalties* podem constituir uma fixação de preços, o que é considerado uma restrição grave — ver artigo 4.º, n.º 1, alínea a). Constituirá uma restrição grave, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), se os concorrentes previrem *royalties* recíprocas em circunstâncias em que a licença é fictícia, na medida em que o seu objetivo não é permitir uma integração de tecnologias complementares, nem atingir um outro objetivo pró-concorrencial. Constituirá também uma restrição grave, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e d), se as *royalties* abrangerem também os produtos fabricados unicamente com os próprios direitos de tecnologia do licenciado.

<sup>(85)</sup> Tal não prejudica a eventual aplicação do artigo 54.º à fixação das *royalties* (ver processo 27/76, *United Brands*, n.º 250; ver igualmente processo C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland GmbH*, Coletânea 2009, p. I-6155, n.º 142).

- 186) Outros tipos de acordos de *royalties* entre concorrentes são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %, ainda que restrinjam a concorrência. Fora da zona de segurança da isenção por categoria, pode ser aplicável o artigo 53.º, n.º 1, quando os concorrentes concederem mutuamente licenças e impuserem *royalties* claramente desproporcionadas em relação ao valor de mercado da licença e quando tais *royalties* tiverem impacto significativo nos preços de mercado. Ao apreciar se as *royalties* são desproporcionadas, é necessário ter em conta as *royalties* pagas por outros licenciados no mercado do produto pelas mesmas tecnologias ou por tecnologias substitutivas. Nesses casos, é pouco provável que estejam satisfeitas as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3.
- 187) Independentemente do facto de a isenção por categoria só se aplicar se os direitos de tecnologia forem válidos e aplicáveis, as partes podem normalmente acordar em alargar a obrigação de *royalties* para além do período de validade dos direitos de propriedade intelectual licenciados, sem infringir o artigo 53.º, n.º 1. Quando esses direitos terminarem, os terceiros podem legalmente explorar a tecnologia em questão e entrar em concorrência com as partes no acordo. Essa concorrência real e potencial será normalmente suficiente para garantir que as obrigações em questão não têm qualquer efeito anticoncorrencial significativo.
- 188) No caso de acordos entre não concorrentes, a isenção por categoria abrange os acordos em que as *royalties* são calculadas com base simultaneamente nos produtos fabricados com a tecnologia licenciada e nos produtos fabricados com tecnologias licenciadas de terceiros. Tais acordos podem facilitar o cálculo das *royalties*. Contudo, podem igualmente dar origem a uma exclusão do mercado, dado aumentarem o custo de utilização dos inputs de terceiros, podendo ter assim efeitos semelhantes aos de uma obrigação de não concorrência. Nos casos em que as *royalties* são pagas não apenas em relação aos produtos fabricados com a tecnologia licenciada, mas também em relação aos produtos fabricados com a tecnologia de terceiros, tais *royalties* aumentarão os custos destes últimos produtos e reduzirão a procura da tecnologia de terceiros. Fora do âmbito da isenção por categoria, deve ser considerada, portanto, a questão de saber se a restrição tem efeitos de exclusão. Para esse fim, afigura-se apropriado utilizar o quadro analítico definido na secção 4.2.7 *infra*. No caso de efeitos de exclusão significativos, tais acordos são abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1, e é pouco provável que satisfaçam as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, a menos que não exista qualquer outro método prático de calcular e monitorizar o pagamento das *royalties*.

#### 4.2.2. Licenças exclusivas e restrições de vendas

- 189) Para o efeito das presentes Orientações, afigura-se útil estabelecer uma distinção entre restrições da produção num determinado território (licenças exclusivas ou únicas) e restrições da venda de produtos que incorporam a tecnologia licenciada num determinado território e a um determinado grupo de clientes (restrições de vendas).

##### 4.2.2.1. Licenças exclusivas e únicas

- 190) Uma «licença exclusiva» significa que o próprio licenciante não está autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciada, nem a licenciar os direitos da tecnologia licenciada a terceiros, em geral ou para uma determinada utilização ou num determinado território. Tal significa que, em geral ou para essa utilização determinada ou nesse determinado território, o licenciado é o único autorizado a produzir com base nos direitos da tecnologia licenciada.
- 191) Quando o licenciante se compromete a não produzir ele próprio nem a licenciar a outros para produzirem num determinado território, este território pode abranger todo o mundo ou qualquer parte do mesmo. Quando o licenciante se compromete apenas a não licenciar a terceiros para produzirem num determinado território, a licença é uma licença única. Muitas vezes a concessão de licenças exclusivas ou únicas é acompanhada de restrições de vendas, que limitam as partes em relação ao local onde podem vender produtos que incorporam a tecnologia licenciada.
- 192) A concessão de licenças exclusivas recíprocas entre concorrentes é abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT que identifica a partilha de mercado e de clientes entre concorrentes como uma restrição grave. A concessão recíproca de licenças únicas entre concorrentes é, no entanto, objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. No âmbito de um acordo desse tipo, as partes comprometem-se mutuamente a não licenciar as suas tecnologias concorrentes a terceiros. Em casos em que as partes dispõem de um poder de mercado significativo, tais acordos podem facilitar a colusão, garantindo que as partes são as únicas fontes de produção no mercado com base nas tecnologias licenciadas.

- 193) A concessão de licenças exclusivas não recíprocas entre concorrentes é objeto de isenção por categoria até ao limitar de quota de mercado de 20 %. Acima do limitar de quota de mercado, deve analisar-se quais os eventuais efeitos anticoncorrenciais dessa concessão de licenças exclusivas. Quando a licença exclusiva é mundial, implica que o licenciante abandona o mercado. Em casos em que a exclusividade se limita a um determinado território, como um Estado do EEE, o acordo implica que o licenciante se abstém de produzir bens e serviços dentro do território em questão. No contexto do artigo 53.º, n.º 1, deve ser apreciada, em especial, a importância competitiva do licenciante. Se o licenciante dispuser de uma posição de mercado limitada no mercado do produto ou não tiver capacidade para explorar eficazmente a tecnologia no território do licenciado, não é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1. Existe um caso especial quando o licenciante e o licenciado apenas estiverem em concorrência no mercado da tecnologia e o licenciante, por exemplo, sendo um instituto de investigação ou uma pequena empresa baseada na investigação, não dispuser de ativos de produção e distribuição para introduzir efetivamente no mercado produtos que incorporam a tecnologia licenciada. Nesses casos, não é provável que haja infração ao artigo 53.º, n.º 1.
- 194) A concessão de licenças exclusivas entre não concorrentes — na medida em que seja abrangida pelo artigo 53.º, n.º 1<sup>(86)</sup> — pode satisfazer as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3. O direito de conceder uma licença exclusiva é geralmente necessário para induzir o licenciado a investir na tecnologia licenciada e para introduzir atempadamente os produtos no mercado. É em especial o que sucede quando o licenciado deve realizar investimentos avultados para continuar a desenvolver a tecnologia licenciada. A intervenção contra a exclusividade depois de o licenciado ter tido êxito comercial com a tecnologia licenciada privaria o licenciado de colher os frutos do seu êxito e seria prejudicial para a concorrência, a divulgação da tecnologia e a inovação. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização só intervirá excepcionalmente em relação à concessão de licenças exclusivas em acordos entre não concorrentes, independentemente do âmbito territorial da licença.
- 195) No entanto, se o licenciado já detiver uma tecnologia substituível utilizada na produção interna, a licença exclusiva poderá não ser necessária para incentivar o licenciado a introduzir um produto no mercado. Num tal cenário, a concessão de licenças exclusivas pode, pelo contrário, ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, em especial quando o licenciado dispuser de poder de mercado no mercado do produto. A principal situação em que a intervenção pode estar garantida é quando um licenciado em posição dominante obtém uma licença exclusiva para uma ou mais tecnologias concorrentes. Tais acordos são suscetíveis de ser abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1, e têm poucas possibilidades de satisfazer as condições constantes do artigo 53.º, n.º 3. No entanto, para que o artigo 53.º, n.º 1, seja aplicável, a entrada no mercado da tecnologia tem de ser difícil e a tecnologia licenciada tem de constituir uma fonte efetiva de concorrência no mercado. Em tais circunstâncias, uma licença exclusiva pode excluir terceiros licenciados do mercado, levantar obstáculos à entrada e permitir ao licenciado conservar o seu poder de mercado.
- 196) Os acordos através dos quais duas ou mais partes se concedem mutuamente licenças cruzadas e se comprometem a não conceder licenças a terceiros coloca problemas específicos quando o pacote tecnológico resultante das licenças cruzadas cria uma norma industrial de facto a que terceiros devem ter acesso para se tornarem concorrentes efetivos no mercado. Nesses casos, o acordo cria uma norma fechada reservada às partes. O Órgão de Fiscalização apreciará esses acordos com base nos mesmos princípios que os aplicados aos agrupamentos de tecnologias (ver secção 4.4). Exigir-se-á normalmente que as tecnologias na base dessa norma sejam licenciadas a terceiros em condições justas, razoáveis e não discriminatórias<sup>(87)</sup>. Quando as partes no acordo estiverem em concorrência com terceiros num mercado do produto existente e os acordos incidirem sobre esse mercado do produto, uma norma fechada pode ter efeitos de exclusão importantes. A incidência negativa na concorrência só pode ser evitada concedendo igualmente licenças a terceiros.

#### 4.2.2.2. Restrições de vendas

- 197) Também no que respeita às restrições de vendas deve ser estabelecida uma distinção importante entre o licenciamento entre concorrentes e entre não concorrentes.
- 198) As restrições relativas às vendas ativas e passivas efetuadas por uma ou por ambas as partes num acordo recíproco entre concorrentes são restrições graves da concorrência nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT. Tais restrições de vendas são geralmente abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, e têm pouca possibilidade de satisfazer as condições constantes do artigo 53.º, n.º 3. Considera-se em geral que tais restrições constituem uma partilha de mercado, uma vez que impedem a parte afetada de vender ativa e passivamente em territórios e a grupos de clientes que abastecem efetivamente, ou que poderiam ter razoavelmente abastecido, na ausência do acordo.

<sup>(86)</sup> Ver o acórdão no processo Nungesser, citado na nota de rodapé 15.

<sup>(87)</sup> Ver a este respeito a Comunicação da Comissão no processo Canon/Kodak (JO C 330 de 1.11.1997, p. 10) e o processo IGR Stereo Television mencionado no XI Relatório sobre a política de concorrência, ponto 94.

- 199) No caso de acordos não recíprocos entre concorrentes, a isenção por categoria é aplicável a restrições relativas às vendas ativas e passivas por parte do licenciado ou do licenciante no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservado à outra parte (ver artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea i), do RICTT. Acima do limiar de quota de mercado de 20 %, as restrições de vendas entre licenciante e licenciado são abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, quando uma ou ambas as partes dispuserem de um poder de mercado significativo. Tais restrições podem, no entanto, ser indispensáveis para a divulgação de tecnologias valiosas e, por conseguinte, satisfazer as condições previstas no 53.º, n.º 3. É o que pode acontecer quando o licenciante dispuser de uma posição de mercado relativamente fraca no território em que ele próprio explora a tecnologia. Nessas circunstâncias, em especial as restrições de vendas ativas podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na ausência de tais restrições, o licenciante arriscar-se-ia a enfrentar uma concorrência ativa na sua principal área de atividade. Do mesmo modo, as restrições de vendas ativas impostas pelo licenciante podem ser indispensáveis, em especial quando o licenciado dispõe de uma posição de mercado relativamente fraca no território que lhe é atribuído e tem de realizar investimentos significativos a fim de explorar de forma eficaz a tecnologia licenciada.
- 200) A isenção por categoria abrange igualmente as restrições de vendas ativas no território ou ao grupo de clientes atribuído a um outro licenciado, que não era concorrente do licenciante no momento da conclusão do acordo de licenciamento com o licenciante. Isso só acontece, porém, se o acordo entre as partes em questão não for recíproco (ver artigo 4.º, n.º 1, alínea c), subalínea ii), do RICTT). Acima do limiar de quota de mercado, tais restrições de vendas ativas podem ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, quando as partes dispuserem de um poder de mercado significativo. Todavia, é provável que a restrição seja indispensável, na aceção do 53.º, n.º 3, durante o tempo necessário para que o licenciado protegido penetre num novo mercado e estabeleça uma presença no mercado do território atribuído ou face ao grupo de clientes atribuído. Esta proteção contra vendas ativas permite ao licenciado superar assimetrias a que está sujeito devido ao facto de alguns dos licenciados serem empresas concorrentes do licenciante e, portanto, já estabelecidas no mercado. As restrições de vendas passivas por parte de licenciados num território ou a um grupo exclusivo de clientes atribuídos a um outro licenciado são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT.
- 201) No caso de acordos entre não concorrentes, as restrições de vendas entre o licenciante e um licenciado podem beneficiar de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. Acima do limiar de quota de mercado, as restrições de vendas ativas e passivas efetuadas por licenciados em territórios ou a grupos de clientes reservados exclusivamente ao licenciante podem ser indispensáveis para a divulgação de tecnologias valiosas e, por conseguinte, não ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, ou satisfazer as condições do artigo 53.º, n.º 3. É o que pode acontecer quando o licenciante dispõe de uma posição de mercado relativamente fraca no território em que ele próprio explora a tecnologia. Nessas circunstâncias, em especial as restrições de vendas ativas podem ser indispensáveis para induzir o licenciante a conceder a licença. Na ausência de tais restrições, o licenciante arriscar-se-ia a enfrentar uma concorrência ativa na sua principal área de atividade. Noutros casos, as restrições de vendas impostas ao licenciado poderão ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, e terão poucas possibilidades de satisfazer as condições constantes do artigo 53.º, n.º 3. É provavelmente o caso quando o licenciante dispuser individualmente de um poder de mercado significativo e também quando uma série de acordos semelhantes, concluídos por licenciantes que em conjunto detêm uma forte posição no mercado, tiver um efeito cumulativo.
- 202) As restrições de vendas impostas ao licenciante, quando abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1, satisfazem normalmente as condições previstas no artigo 53.º, n.º 3, a menos que não existam alternativas reais para a tecnologia do licenciante no mercado ou que tais alternativas sejam licenciadas pelo licenciado de terceiros. Tais restrições, nomeadamente, as relativas às vendas ativas, são frequentemente indispensáveis, na aceção do artigo 53.º, n.º 3, para incentivar o licenciado a investir na produção, na comercialização e na venda dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada. É provável que o licenciado tivesse nitidamente menos incentivos para investir se enfrentasse a concorrência direta do licenciante, cujos custos de produção não são agravados pelas royalties a pagar, conduzindo eventualmente a níveis subotimizados de investimento.
- 203) No que respeita às restrições de vendas entre licenciados em acordos entre não concorrentes, o RICTT concede uma isenção por categoria às restrições de vendas ativas entre territórios ou grupos de clientes. Acima do limiar de quota de mercado de 30 %, a restrição de vendas ativas entre territórios e grupos de clientes dos licenciados limita a concorrência intratecnologia e pode ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, se um licenciado individual detiver um poder de mercado significativo. Todavia, tais restrições podem satisfazer as condições do artigo 53.º, n.º 3, quando forem necessárias para impedir qualquer parasitismo e incentivar o licenciado a realizar os investimentos necessários para uma exploração eficiente da tecnologia licenciada no seu território, bem como para promover as vendas do produto fabricado sob licença. As restrições relativas às vendas passivas constam da lista das restrições graves referida no artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT (ver pontos 119 a 127 *supra*).

#### 4.2.3. Limitação da produção

- 204) As limitações recíprocas da produção no âmbito de acordos de licenciamento entre concorrentes constituem uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT (ver ponto 103 *supra*). O artigo 4.º, n.º 1, alínea b), não abrange a limitação da produção aplicável à tecnologia do licenciante imposta ao licenciado num acordo não recíproco ou a um dos licenciados num acordo recíproco. Tal limitação é objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. Para além deste limiar, as limitações da produção impostas ao licenciado podem restringir a concorrência em casos em que as partes dispõem de um poder de mercado significativo. Contudo, é provável que o artigo 53.º, n.º 3, seja aplicável em casos em que a tecnologia do licenciante é substancialmente melhor do que a tecnologia do licenciado e a limitação da produção ultrapassa significativamente a produção do licenciado antes da conclusão do acordo. Nesse caso, o efeito da limitação da produção é restrito mesmo em mercados em que a procura é crescente. Na aplicação do artigo 53.º, n.º 3, deve ter-se em conta igualmente o facto de tal limitação poder ser necessária para induzir o licenciante a divulgar a sua tecnologia o mais amplamente possível. Um licenciante poderia, por exemplo, hesitar em licenciar aos seus concorrentes se não pudesse limitar a licença a um local de produção específico com uma determinada capacidade (licença de sítio). Se o acordo de licenciamento der origem a uma real integração de ativos complementares, a limitação da produção do licenciado pode, portanto, satisfazer as condições enunciadas no artigo 3.º, n.º 3. Todavia, tal é pouco provável quando as partes dispuserem de um poder de mercado significativo.
- 205) A limitação da produção nos acordos de licenciamento entre não concorrentes beneficia da isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. O principal risco anticoncorrencial associado às limitações da produção dos licenciados nos acordos entre não concorrentes é a redução da concorrência intratecnologia entre licenciados. O significado de tais efeitos anticoncorrenciais depende da posição de mercado do licenciante e dos licenciados e da medida em que a limitação da produção impede o licenciado de satisfazer a procura dos produtos que incorporam a tecnologia licenciada.
- 206) Quando a limitação da produção está associada a territórios exclusivos ou grupos exclusivos de clientes, os efeitos restritivos aumentam. A combinação destes dois tipos de restrições aumenta a probabilidade de um acordo ter por objetivo a partilha dos mercados.
- 207) A limitação da produção imposta aos licenciados em acordos entre não concorrentes pode igualmente ter efeitos pró-concorrenciais quando promovem a divulgação de uma tecnologia. O licenciante, enquanto fornecedor de tecnologia, deve normalmente poder determinar a produção fabricada pelo licenciado com a tecnologia licenciada. Se o licenciante não tivesse a liberdade de determinar a produção do licenciado, um certo número de acordos de licenciamento poderia nunca ter existido, o que teria consequências negativas em relação à divulgação de uma tecnologia nova. Tal poderá nomeadamente acontecer quando o licenciante for igualmente um produtor, uma vez que a produção do licenciado pode então encontrar-se no território principal de atividade do licenciante, tendo assim uma incidência direta nas suas atividades. Por outro lado, a limitação da produção é, sem dúvida, menos necessária para garantir a divulgação da tecnologia do licenciante, quando combinada com restrições de vendas que proíbam o licenciado de vender no território ou a um grupo de clientes reservado ao licenciante.

#### 4.2.4. Restrições do domínio de utilização

- 208) Quando existem restrições do domínio de utilização, a licença é limitada quer a um ou a vários domínios técnicos de aplicação, quer a um ou a vários mercados do produto ou setores industriais. Um setor industrial pode englobar vários mercados do produto, mas não faz parte de um mercado do produto. Existem inúmeros casos em que uma mesma tecnologia pode ser utilizada para fabricar diferentes produtos ou pode ser incorporada em produtos que pertencem a diferentes mercados do produto. Uma nova tecnologia de moldagem pode por exemplo ser utilizada para fabricar garrafas e copos de plástico, pertencendo cada produto a um mercado do produto separado. Contudo, um mercado do produto único pode comportar vários domínios técnicos de utilização. Por exemplo, uma nova tecnologia de motores pode ser utilizada em motores de quatro cilindros e em motores de seis cilindros. Do mesmo modo, uma tecnologia para o fabrico de conjuntos de circuitos integrados (*chipsets*) pode ser utilizada para fabricar conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU (unidades centrais de processamento) e com mais de quatro CPU. Uma licença que limite a utilização da tecnologia licenciada ao fabrico de, por exemplo, motores de quatro cilindros e conjuntos de circuitos integrados que funcionem com até quatro CPU constitui uma restrição do domínio técnico de utilização.

- 209) Dado que as restrições do domínio de utilização são abrangidas pela isenção por categoria e que certas restrições associadas aos clientes são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c), e do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), do RICTT, é importante estabelecer uma distinção entre as duas categorias de restrições. Uma restrição relativamente aos clientes pressupõe que sejam identificados grupos de clientes específicos e que as partes sejam restringidas nas vendas que realizam a esses grupos. O facto de uma restrição do domínio técnico de utilização poder corresponder a certos grupos de clientes num mercado do produto não implica que a restrição deva ser classificada como uma restrição dos clientes. Por exemplo, o facto de certos clientes comprarem predominantemente conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com mais de quatro CPU não implica que uma licença limitada a conjuntos de circuitos integrados para funcionarem com um máximo de quatro CPU constitua uma restrição dos clientes. Todavia, o domínio de utilização deve ser definido objetivamente por referência a características técnicas identificadas e significativas do produto contratual.
- 210) Uma vez certas limitações da produção são restrições graves nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do RICTT, é importante notar que as restrições do domínio de utilização não são consideradas como limitação da produção, dado que uma restrição do domínio de utilização não limita a produção que o licenciado pode produzir no âmbito do domínio de utilização licenciado.
- 211) Uma restrição do domínio de utilização limita a exploração da tecnologia licenciada pelo licenciado a um ou mais domínios de utilização específicos sem limitar a capacidade de o licenciante explorar a tecnologia licenciada. Além disso, tal como sucede com os territórios, estes domínios de utilização podem ser atribuídos ao licenciado através de uma licença exclusiva ou única. As restrições do domínio de utilização combinadas com uma licença exclusiva ou única também restringem a capacidade de o licenciante explorar a sua própria tecnologia, impedindo-o de explorar ele próprio, incluindo através da concessão de licenças a outros. No caso de uma licença única, só é restringida a concessão de licenças a terceiros. As restrições do domínio de utilização combinadas com licenças exclusivas e únicas são tratadas da mesma forma que as licenças exclusivas e as licenças únicas abordadas na secção 4.2.2 *supra*. Em especial no que se refere aos acordos de licenciamento entre concorrentes, isto significa que a concessão de licenças exclusivas recíprocas é uma restrição grave nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c).
- 212) As restrições do domínio de utilização podem ter efeitos pró-concorrenciais dado incentivarem o licenciante a licenciar a sua tecnologia para aplicações não abrangidas pela sua principal área de atividade. Se um licenciante não pudesse impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia ou em domínios em que o valor da tecnologia ainda não está bem estabelecido, o licenciante não teria provavelmente qualquer incentivo para licenciar ou teria de cobrar uma *royalty* mais elevada. O facto de, em certos setores, o licenciamento ocorrer frequentemente para garantir a liberdade de conceção, suprimindo o risco de alegações de infração, deve igualmente ser tido em conta. Dentro do âmbito da licença, o licenciado pode desenvolver a sua própria tecnologia sem temer alegações de infração por parte do licenciante.
- 213) As restrições do domínio de utilização impostas aos licenciados em acordos entre concorrentes reais ou potenciais são objeto de uma isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 20 %. O principal problema em termos de concorrência no caso dessas restrições é o risco de que o licenciado deixe de constituir uma força competitiva fora do domínio de utilização licenciado. O risco é maior no caso do licenciamento cruzado entre concorrentes, em que o acordo prevê restrições assimétricas do domínio de utilização. Uma restrição do domínio de utilização é assimétrica quando uma parte é autorizada a utilizar a tecnologia licenciada num setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de utilização e a outra parte é autorizada a utilizar a outra tecnologia licenciada num outro setor industrial, mercado do produto ou domínio técnico de utilização. Podem nomeadamente surgir problemas de concorrência quando as instalações de produção do licenciado, que estão equipadas para utilizar a tecnologia licenciada, são também utilizadas para fabricar produtos não abrangidos pelo domínio de utilização licenciado com a sua própria tecnologia. Se o acordo for suscetível de levar o licenciado a reduzir a produção fora do domínio de utilização licenciado, é provável que o acordo seja abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1. É pouco provável que restrições do domínio de utilização simétricas, ou seja, acordos através dos quais as partes obtêm licenças para utilizar as tecnologias uma da outra no ou nos mesmos domínios de utilização, sejam abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1. É improvável que tais acordos restrinjam a concorrência que existia na ausência do acordo. É também pouco provável que o artigo 53.º, n.º 1, seja aplicável no caso de acordos que apenas permitem ao licenciado desenvolver e explorar a sua própria tecnologia dentro do âmbito da licença sem temer alegações de infração por parte do licenciante. Nessas circunstâncias, as restrições do domínio de utilização não restringem por si só a concorrência que existia na ausência do acordo. Na ausência do acordo, o licenciado também se arriscava a alegações de infração fora do âmbito do domínio de utilização.

licenciado. No entanto, se o licenciado, sem qualquer justificação comercial, cessar ou diminuir as suas atividades na área fora do domínio de utilização licenciada, tal pode constituir uma indicação de um acordo subjacente de partilha do mercado equivalente a uma restrição grave abrangida pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea c), do RICTT.

- 214) As restrições do domínio de utilização impostas ao licenciado e ao licenciante em acordos entre não concorrentes são objeto de isenção por categoria até ao limiar de quota de mercado de 30 %. As restrições do domínio de utilização nos acordos entre não concorrentes, em que o licenciante se reserva um ou mais mercados do produto ou domínios de utilização técnica, não restringem geralmente a concorrência e são propícias a ganhos de eficiência. Favorecem a divulgação de tecnologias novas, incentivando o licenciante a conceder licenças de exploração relativamente aos domínios em que este não pretende explorar ele próprio a tecnologia em causa. Se um licenciante não puder impedir os licenciados de operarem nos domínios em que ele próprio explora a sua tecnologia, o licenciante pode não ter qualquer incentivo para conceder licenças.
- 215) Em acordos entre não concorrentes, o licenciante também pode normalmente conceder licenças únicas ou exclusivas a licenciados diferentes, limitadas a um ou vários domínios de utilização. Essas restrições limitam a concorrência intratecnologia entre licenciados da mesma maneira que as licenças exclusivas e são analisadas da mesma forma (ver secção 4.2.2.1 supra).

#### 4.2.5. Restrições de utilização cativa

- 216) Uma restrição de utilização cativa é uma obrigação imposta ao licenciado de limitar o seu fabrico dos produtos licenciados às quantidades exigidas para o fabrico dos seus próprios produtos, bem como para a manutenção e reparação dos seus próprios produtos. Por outras palavras, este tipo de restrição da utilização traduz-se na obrigação imposta ao licenciado de só utilizar os produtos que incorporam a tecnologia licenciada como *input* destinado a ser integrado na sua própria produção; não abrange a venda do produto licenciado para incorporação nos produtos de outros produtores. As restrições de utilização cativa beneficiam da isenção por categoria até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %. Quando os acordos em causa não puderem beneficiar da isenção por categoria, é necessário examinar quais os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais das restrições em causa. A este respeito, é necessário estabelecer uma distinção entre acordos entre concorrentes e acordos entre não concorrentes.
- 217) No caso dos acordos de licenciamento entre concorrentes, uma restrição que impõe ao licenciado fabricar os produtos objeto da licença apenas para os incorporar nos seus próprios produtos não o impede de fornecer os componentes a produtores terceiros. Se, antes da conclusão do acordo, o licenciado não era um fornecedor real ou potencial desses componentes a outros produtores, a restrição de utilização cativa em nada altera a situação pré-existente. Nesse caso, a restrição será apreciada da mesma forma que no caso dos acordos entre não concorrentes. Se, em contrapartida, o licenciado for um fornecedor efetivo ou potencial de componentes, é necessário analisar o impacto do acordo nessa atividade. Se, ao equipar-se para utilizar a tecnologia do licenciante, o licenciado deixar de utilizar a sua própria tecnologia de uma forma autónoma e, portanto, deixar de ser um fornecedor de componentes, o acordo restringe a concorrência que existia antes de o acordo ter sido celebrado. Pode ter graves efeitos negativos no mercado quando o licenciante dispuser de um significativo poder de mercado no mercado de componentes.
- 218) No que respeita aos acordos de licenciamento entre não concorrentes, as restrições de utilização cativa apresentam dois grandes riscos para a concorrência: uma restrição da concorrência intratecnologia no mercado do fornecimento dos inputs e uma exclusão da arbitragem entre licenciados que confere aos licenciantes uma maior possibilidade de imporem aos licenciados *royalties* discriminatórias.
- 219) Contudo, as restrições de utilização cativa podem ser igualmente promover o licenciamento pró-concorrenciais. Se um licenciante for um fornecedor de componentes, a restrição pode ser necessária para que a tecnologia seja divulgada entre não concorrentes. Na ausência da restrição, o licenciante pode não conceder a licença, ou pode fazê-lo apenas com *royalties* mais elevadas, uma vez que, de outra forma, criaria uma concorrência direta consigo mesmo no mercado dos componentes. Nesses casos, uma restrição de utilização cativa é normalmente ou não restritiva da concorrência ou abrangida pelo artigo 53.º, n.º 3. No entanto, o licenciado não pode ser impedido de vender o produto licenciado enquanto peças sobresselentes para os seus próprios produtos. O licenciado deve estar em condições de assegurar o serviço pós-venda para os seus próprios produtos, incluindo através de organizações de serviço pós-venda independentes que assegurem a manutenção e a reparação dos produtos por ele fabricados.
- 220) Quando o licenciante não for um fornecedor de componentes no mercado do produto relevante, não se justifica o motivo supramencionado para impor restrições de utilização cativa. Em tais casos, uma restrição de utilização cativa pode, em princípio, favorecer a divulgação da tecnologia, garantindo que os licenciados não vendem a produtores que se encontram em concorrência com o licenciante noutras mercados do produto. No entanto, existe uma outra solução menos restritiva que consiste em impor ao licenciado uma restrição para que não venda a determinados grupos de clientes reservados ao licenciante. Por conseguinte, em tais casos, não é normalmente necessária uma restrição de utilização cativa para que a tecnologia possa ser divulgada.

#### 4.2.6. Subordinação e agrupamento

- 221) No domínio do licenciamento de tecnologia, considera-se que existe subordinação quando o licenciante subordina o licenciamento de uma tecnologia (o produto subordinante) ao facto de o licenciado adquirir igualmente uma licença para uma outra tecnologia ou comprar um produto ao licenciante ou a uma pessoa por este designada (o produto subordinado). Existe um agrupamento quando duas tecnologias ou uma tecnologia e um produto são apenas vendidos em conjunto num pacote. Em ambos os casos, contudo, importa que os produtos e tecnologias em causa sejam distintos, ou seja, que exista uma procura distinta para cada produto e para cada tecnologia que integre a subordinação ou o agrupamento. Não é normalmente o que sucede quando as tecnologias ou produtos estão necessariamente ligados de tal forma que a tecnologia licenciada não pode ser explorada sem o produto subordinado ou as duas partes do pacote não podem ser exploradas uma sem a outra. Seguidamente, o termo «subordinação» refere-se a subordinação e agrupamento.
- 222) O artigo 3.º do RICTT, que limita a aplicação da isenção por categoria aos limiares de quota de mercado, garante que a subordinação e o agrupamento não beneficiarão da isenção por categoria para além dos limiares de quota de mercado de 20 %, no caso de acordos entre concorrentes, e de 30 %, no caso de acordos entre não concorrentes. Os limiares de quota de mercado são aplicáveis a qualquer mercado da tecnologia ou do produto relevante afetado pelo acordo de licenciamento, incluindo o mercado do produto subordinado. Para além dos limiares de quota de mercado, é necessário ponderar os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais da subordinação.
- 223) O principal efeito restritivo da subordinação consiste em excluir os fornecedores concorrentes do produto subordinado. A subordinação pode igualmente permitir que o licenciante mantenha poder de mercado no mercado do produto subordinado criando obstáculos à entrada, uma vez que pode forçar os novos candidatos a entrem simultaneamente em vários mercados. Além disso, a subordinação pode igualmente permitir ao licenciante aumentar as *royalties*, em especial quando o produto subordinante e o produto subordinado são potencialmente substituíveis e os dois produtos não são utilizados em proporções fixas. A subordinação impede o licenciado de passar a utilizar inputs de substituição quando as *royalties* aumentam relativamente ao produto subordinante. Estes problemas de concorrência são independentes do facto de as partes no acordo serem ou não concorrentes. Para que a subordinação possa ter efeitos anticoncorrenciais, o licenciante deve dispor de um poder de mercado significativo relativamente ao produto subordinante para poder restringir a concorrência relativamente ao produto subordinado. Na ausência de poder de mercado relativamente ao produto subordinante, o licenciante não pode utilizar a sua tecnologia com o objetivo anticoncorrenciais de excluir os fornecedores do produto subordinado. Além disso, tal como no caso das obrigações de não concorrência, a subordinação deve cobrir uma certa proporção do mercado do produto subordinado para que possam existir efeitos de exclusão. Quando o licenciante se encontrar melhor posicionado no mercado do produto subordinado do que no do produto subordinante, a restrição é considerada uma cláusula de não-concorrência ou uma obrigação quantitativa devido ao facto de qualquer problema de concorrência ter a sua origem no mercado do produto «subordinado» e não no do produto «subordinante»<sup>(88)</sup>.
- 224) A subordinação pode igualmente dar origem a ganhos de eficiência. É o que sucede quando o produto subordinado é necessário para que a tecnologia licenciada possa ser explorada de forma tecnicamente satisfatória ou para garantir a conformidade da produção com as normas de qualidade observadas pelo licenciante e pelos outros licenciados. Em tais casos, a subordinação é geralmente ou não restritiva da concorrência ou abrangida pelo artigo 53.º, n.º 3. Quando os licenciados utilizarem a marca do licenciante ou quando for evidente para os consumidores que existe uma relação entre o produto que incorpora a tecnologia licenciada e o licenciante, o licenciante tem um interesse legítimo em assegurar que a qualidade dos produtos não prejudica o valor da sua tecnologia ou a sua reputação enquanto operador económico. Além disso, se os consumidores tiverem conhecimento de que os licenciados (e o licenciante) produzem com base na mesma tecnologia, não é provável que os licenciados estejam dispostos a obter uma licença, a menos que a tecnologia seja explorada por todos de forma tecnicamente satisfatória.
- 225) A subordinação pode igualmente favorecer a concorrência quando o produto subordinado permitir ao licenciado explorar a tecnologia licenciada de forma significativamente mais eficiente. Por exemplo, quando o licenciante conceder uma licença de uma tecnologia que incide sobre um determinado processo, as partes podem igualmente acordar que o licenciado adquirirá ao licenciante um catalisador concebido para ser utilizado com a tecnologia licenciada e que permita explorá-la de forma mais eficaz do que com outros catalisadores. Quando uma restrição deste tipo for abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, as condições constantes do artigo 53.º, n.º 3, são suscetíveis de serem igualmente satisfeitas, mesmo quando as quotas de mercado forem superiores aos limiares fixados no RICTT.

<sup>(88)</sup> No que respeita ao quadro analítico aplicável, ver secção 4.2.7 e pontos 129 e seguintes das Orientações do Órgão de Fiscalização relativas às restrições verticais, citadas na nota de rodapé 44.

#### 4.2.7. Obrigações de não concorrência

- 226) No contexto do licenciamento de tecnologia, as obrigações de não concorrência consistem em impor ao licenciado a não utilização de tecnologias de terceiros que se encontrariam em concorrência com a tecnologia licenciada. Quando a obrigação de não concorrência abrange um produto ou uma tecnologia suplementar fornecidos pelo licenciante, a obrigação é abordada na secção 4.2.6 relativa à subordinação.
- 227) O RICTT isenta as obrigações de não concorrência simultaneamente em relação aos acordos entre concorrentes e aos acordos entre não concorrentes até aos limiares de quota de mercado de 20 % e 30 %, respetivamente.
- 228) O principal risco que as obrigações de não concorrência colocam à concorrência é a exclusão das tecnologias de terceiros. As obrigações de não concorrência podem também facilitar a colusão entre licenciantes, quando vários licenciantes a utilizarem em acordos separados (ou seja, no caso de utilização cumulativa). A exclusão de tecnologias concorrentes reduz as pressões concorrenciais sobre as *royalties* faturadas pelo licenciante e reduz a concorrência entre as tecnologias estabelecidas, limitando as perspetivas de os licenciados procederem a substituições entre tecnologias concorrentes. A análise pode, em geral, ser a mesma no caso de acordos entre concorrentes e de acordos entre não concorrentes, na medida em que em ambos os casos é a exclusão que constitui o principal problema. No entanto, no caso de um licenciamento cruzado entre concorrentes em que as duas partes acordam em não utilizar tecnologias pertencentes a terceiros, o acordo pode facilitar uma colusão entre eles no mercado do produto, o que justifica a fixação de um limiar de quota de mercado mais reduzido de 20 %.
- 229) Pode verificar-se exclusão quando uma proporção importante dos licenciados potenciais estão já subordinados a uma ou, no caso de efeitos cumulativos, a várias fontes tecnológicas e não têm a possibilidade de explorar tecnologias concorrentes. Os efeitos da exclusão podem ser devidos a acordos concluídos por um único licenciante com um poder de mercado significativo ou ao efeito cumulativo de acordos concluídos por vários licenciantes, mesmo que cada acordo individual ou rede individual de acordos seja abrangida pelo RICTT. Neste último caso, contudo, não é provável que se registe um efeito cumulativo grave enquanto a proporção do mercado subordinado for inferior a 50 %. Para além desse limiar, são relativamente elevados os riscos de exclusão importante, quando existirem obstáculos à entrada de novos licenciados. Se esses obstáculos forem reduzidos, novos licenciados poderão penetrar no mercado e explorar comercialmente tecnologias atrativas detidas por terceiros, constituindo desta forma uma real alternativa aos licenciados estabelecidos. A fim de determinar quais as possibilidades reais de entrada e de extensão de que os terceiros dispõem, é também necessário ter em conta a medida em que os distribuidores estão vinculados aos licenciados por obrigações de não concorrência. Com efeito, as tecnologias pertencentes a terceiros só terão possibilidades reais de penetrar no mercado se tiverem acesso aos ativos de produção e de distribuição necessários. Por outras palavras, a facilidade de acesso depende não apenas da existência de um número suficiente de licenciados, mas igualmente da medida em que estes têm acesso à distribuição. Para apreciar os efeitos de exclusão a nível da distribuição, o Órgão de Fiscalização utilizará o quadro analítico apresentado na secção VI.2.1 das Orientações relativas às restrições verticais <sup>(89)</sup>.
- 230) Quando o licenciante detiver um poder de mercado significativo, qualquer obrigação imposta aos licenciados de só adquirirem a tecnologia junto do licenciante pode dar origem a efeitos de exclusão significativos. Quanto mais forte for a posição de mercado do licenciante, maior será o risco de exclusão das tecnologias concorrentes. Para que os efeitos de exclusão sejam significativos, as obrigações de não concorrência não têm de abranger necessariamente uma parte substancial do mercado. Mesmo que tal não suceda, os efeitos de exclusão podem ser significativos se as obrigações de não concorrência visarem empresas mais suscetíveis de licenciar tecnologias concorrentes. O risco de exclusão é particularmente elevado quando existe apenas um número limitado de licenciados potenciais e o acordo de licenciamento diz respeito a uma tecnologia que é utilizada pelos licenciados para produzir um input para utilização própria. Nesses casos, é provável que os obstáculos à entrada de um novo licenciante sejam elevados. A exclusão pode ser menos provável nos casos em que a tecnologia é utilizada para fabricar um produto que é vendido a terceiros. Embora neste caso a restrição subordine também a capacidade da produção do input em questão, não subordina a procura a jusante dos licenciados. Para entrar no mercado no último caso, os licenciantes apenas precisam de ter acesso a um ou mais licenciados que possuem uma capacidade de produção apropriada. A não ser que apenas algumas empresas possuam ou sejam capazes de obter os ativos necessários para adquirir uma licença, é pouco provável que, ao impor obrigações de não concorrência aos seus licenciados, o licenciante esteja em condições de impedir os concorrentes de terem acesso a licenciados eficientes.
- 231) As obrigações de não concorrência podem igualmente ter efeitos pró-concorrenciais. Em primeiro lugar, podem favorecer a divulgação das tecnologias, reduzindo o risco de apropriação fraudulenta da tecnologia licenciada, nomeadamente do saber-fazer. Se um licenciado for autorizado a obter licenças relativamente a tecnologias concorrentes pertencentes a terceiros, existe o risco de um saber-fazer específico obtido sob licença ser utilizado

<sup>(89)</sup> Ver nota de rodapé 44.

para a exploração de tecnologias concorrentes, beneficiando desta forma os concorrentes. Quando um licenciado explorar igualmente tecnologias concorrentes, tal facto também dificulta normalmente a monitorização do pagamento de *royalties*, o que poderá ser um desincentivo ao licenciamento.

- 232) Em segundo lugar, as obrigações de não concorrência, eventualmente associadas a um território exclusivo, podem asfigurar-se necessárias para que um licenciado seja encorajado a investir na tecnologia licenciada e a explorá-la eficazmente. No caso de o acordo ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, devido a um efeito de exclusão considerável, pode asfigurar-se necessária, para beneficiar do artigo 53.º, n.º 3, a escolha de uma alternativa menos restritiva, como a imposição de uma produção mínima ou o pagamento de *royalties*, o que normalmente envolve uma menor probabilidade de exclusão das tecnologias concorrentes.
- 233) Em terceiro lugar, quando o licenciante se compromete a realizar investimentos importantes a favor do cliente, por exemplo, em ações de formação ou numa adaptação da tecnologia licenciada às necessidades do licenciado, as obrigações de não concorrência ou, alternativamente, uma obrigação de produção mínima ou de *royalties* mínimas, podem revelar-se necessárias para incentivar o licenciante a realizar esses investimentos e a evitar problemas de catividade. Contudo, o licenciante terá normalmente a possibilidade de faturar diretamente os seus investimentos sob a forma de pagamento de um montante fixo, o que demonstra a existência de alternativas menos restritivas.

#### 4.3. Acordos de resolução de litígios

- 234) Os direitos de licenciamento de tecnologia em acordos de resolução de litígios podem servir como meio de resolver litígios ou evitar que uma parte exerça os seus direitos de propriedade intelectual a fim de impedir que a outra parte explore os seus próprios direitos da tecnologia <sup>(90)</sup>.
- 235) Os acordos de resolução de litígios no contexto de litígios relativos a tecnologias são, como em muitas outras áreas de litígios de caráter comercial, em princípio, uma forma legítima para encontrar uma solução de compromisso aceitável para um litígio jurídico autêntico. As partes podem preferir abandonar o litígio ou a litigação, por os considerarem demasiado dispendiosos, demorados e/ou incertos no que se refere ao seu resultado. As resoluções de litígios podem também servir para evitar a intervenção das autoridades judiciais e/ou administrativas competentes para dirimir a questão, permitindo uma melhoria em termos de bem-estar. Por outro lado, é do interesse público geral eliminar os direitos de propriedade intelectual não válidos, dado constituírem uma barreira desprovida de qualquer mérito à inovação e atividade económica <sup>(91)</sup>.
- 236) O licenciamento, incluindo o licenciamento cruzado, no contexto de acordos de resolução de litígios não constitui em si mesmo uma restrição da concorrência, uma vez que permite às partes explorar as suas tecnologias após a conclusão do acordo. Nos casos em que, na ausência da licença, é possível que o licenciado seja excluído do mercado, o acesso do licenciado à tecnologia em causa licenciado por meio de um acordo de resolução de litígios não é, em geral, abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1.
- 237) Contudo, as modalidades e condições individuais dos acordos de resolução de litígios podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1. O licenciamento no contexto de acordos de resolução de litígios é tratado da mesma forma que outros acordos de licenciamento <sup>(92)</sup>. Nestes casos, é particularmente necessário apreciar se as partes são concorrentes efetivos ou potenciais.

#### Pagamento por restrições nos acordos de resolução de litígios

- 238) Os acordos de resolução de litígios do tipo «pay-for-restriction» (pagamento por restrições) ou «pay-for-delay» (pagamento por adiamento) não implicam, muitas vezes, a transferência de direitos da tecnologia, mas baseiam-se numa transferência de valor de uma parte em troca de uma limitação à entrada e/ou à expansão no mercado da outra parte, podendo ser abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1 <sup>(93)</sup>.

<sup>(90)</sup> O RICTT e as suas orientações não prejudicam a aplicação do artigo 53.º a acordos de resolução de litígios que não incluem um acordo de licenciamento.

<sup>(91)</sup> Processo C-193/83, *Windsurfing/Comissão*, Coletânea 1986, p. 611, n.º 92.

<sup>(92)</sup> Ver processo 65/86, *Bayer/Sulhofer*, Coletânea 1998, p. 5259, n.º 15.

<sup>(93)</sup> Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo Lundbeck, ainda não publicada.

- 239) Se, no entanto, um tal acordo de resolução de litígios também incluir um licenciamento dos direitos da tecnologia em causa no litígio subjacente, e esse acordo der origem a um atraso ou a qualquer outra forma de limitação da capacidade de o licenciado lançar o produto em qualquer dos mercados em causa, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, tendo então de ser apreciado, em especial, à luz do artigo 4.º, n.º 1, alíneas c) e d), do RICTT (ver secção 3.4.2 *supra*). Se as partes nesse acordo de resolução de litígios forem concorrentes efetivos ou potenciais, e se houver uma significativa transferência de valor do licenciante para o licenciado, o Órgão de Fiscalização prestará particular atenção ao risco de atribuição do mercado.

#### Licenciamento cruzado em acordos de resolução de litígios

- 240) Os acordos de resolução de litígios em que as partes se concedem mutuamente licenças cruzadas e impõem restrições à utilização das suas tecnologias, incluindo restrições ao licenciamento a terceiros, podem ser abrangidos pelo artigo 53.º, n.º 1. Quando as partes dispuserem de um poder de mercado significativo e o acordo impuser restrições que ultrapassam claramente o necessário para eliminar o bloqueio, o acordo é suscetível de ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, ainda que seja provável a existência de uma posição de bloqueio mútua. É particularmente provável que o artigo 53.º, n.º 1, seja aplicável, quando as partes partilham mercados ou fixam *royalties* recíprocas com um impacto significativo nos preços de mercado.
- 241) Quando, no âmbito do acordo de resolução de litígios, as partes tiverem o direito de utilizar a tecnologia uma da outra e o acordo abranger futuros desenvolvimentos, é necessário apreciar qual o impacto do acordo no incentivo que as partes têm para inovar. Em casos em que as partes possuem um poder de mercado significativo, o acordo pode ser abrangido pelo 53.º, n.º 1, na medida em que impede as partes de obterem uma vantagem competitiva uma em relação à outra. Os acordos que eliminam ou reduzem substancialmente a possibilidade de uma das partes obter uma vantagem competitiva em relação à outra reduzem o incentivo à inovação e afetam, portanto, negativamente uma parte essencial do processo competitivo. É também pouco provável que tais acordos satisfaçam as condições do artigo 53.º, n.º 3. É particularmente pouco provável que a restrição possa ser considerada indispensável na aceção da terceira condição do artigo 53.º, n.º 3. A realização do objetivo do acordo, nomeadamente, garantir que as partes podem continuar a explorar a sua própria tecnologia sem serem objeto de um bloqueio pela outra parte, não exige que as partes acordem em partilhar futuras inovações. Contudo, não é provável que as partes sejam impedidas de adquirir uma liderança competitiva em relação uma à outra, quando o objetivo da licença seja permitir-lhes desenvolver as suas respetivas tecnologias e quando a licença não as conduza a utilizar as mesmas soluções tecnológicas. Tais acordos limitam-se a criar liberdade de conceção, impedindo futuras alegações de infração pela outra parte.

#### Cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios

- 242) No contexto de um acordo de resolução de litígios, as cláusulas de não contestação são geralmente consideradas não abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1. Tais acordos pressupõem que as partes acordam entre si não contestar *ex post* os direitos de propriedade intelectual que estiveram na origem do litígio. Na realidade, o verdadeiro objetivo do acordo consiste em resolver os litígios existentes e/ou evitar futuros litígios.
- 243) No entanto, as cláusulas de não contestação em acordos de resolução de litígios podem, em determinadas circunstâncias, ser anticoncorrenciais e ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1. A restrição da liberdade de contestar um direito de propriedade intelectual não faz parte do objeto específico de um direito de propriedade intelectual e pode restringir a concorrência. Por exemplo, uma cláusula de não contestação pode infringir o artigo 53.º, n.º 1, se um direito de propriedade intelectual foi concedido na sequência do fornecimento de informações incorretas ou enganosas <sup>(94)</sup>. A análise de tais cláusulas pode também ser necessária se o licenciante, para além de licenciar os direitos da tecnologia, induzir, financeiramente ou de outro modo, o licenciado a acordar em não contestar a validade dos direitos da tecnologia ou se os direitos da tecnologia forem um input necessário para a produção do licenciado (ver igualmente ponto 136).

<sup>(94)</sup> Ver processo C-457/10 P, AstraZeneca/Comissão, Coletânea 2012, ainda não publicado.

#### 4.4. Agrupamentos de tecnologias

- 244) Os agrupamentos de tecnologias são acordos através dos quais duas ou mais partes criam um pacote de tecnologias que é licenciado não só aos participantes no agrupamento, como também a terceiros. A nível da sua estrutura, os agrupamentos de tecnologias podem assumir a forma de simples acordos entre um número limitado de partes ou de acordos organizativos complexos, em que a organização do licenciamento das tecnologias agrupadas é confiada a uma identidade distinta. Em ambos os casos, o agrupamento pode autorizar os licenciados a operarem no mercado com base numa licença única.
- 245) Não existe qualquer ligação inerente entre os agrupamentos de tecnologias e as normas, mas as tecnologias incluídas no agrupamento abrangem (total ou parcialmente) uma norma industrial *de facto* ou *de jure* <sup>(95)</sup>. Agrupamentos de tecnologias diferentes podem abranger normas concorrentes <sup>(96)</sup>. Os agrupamentos de tecnologias podem ter efeitos pró-concorrenciais, nomeadamente ao limitarem os custos de transação e ao estabelecerem um limite às *royalties* cumulativas para evitar uma dupla marginalização. A criação de agrupamentos permite, através de uma única operação, licenciar as tecnologias abrangidas pelo agrupamento. Tal constitui um aspeto particularmente importante em setores onde prevalecem os direitos de propriedade intelectual e é necessário obter licenças de um número importante de licenciantes para operar no mercado. Nos casos em que os licenciados beneficiam de um serviço contínuo relativamente à aplicação da tecnologia licenciada, o agrupamento de licenças e serviços pode dar origem a reduções de custos suplementares. Os agrupamentos de patentes podem igualmente desempenhar um papel positivo na aplicação das normas pró-concorrenciais.
- 246) Os agrupamentos de tecnologias podem igualmente restringir a concorrência. A criação de um agrupamento de tecnologias implica necessariamente a venda em comum das tecnologias agrupadas, o que, em caso de agrupamentos constituídos apenas ou predominantemente por tecnologias substitutivas, equivale a um cartel de fixação de preços. Acresce que, para além do facto de reduzirem a concorrência entre as partes, os agrupamentos de tecnologias também podem, nomeadamente quando suportam uma norma industrial ou criam uma norma industrial *de facto*, dar origem a uma redução da inovação, excluindo tecnologias alternativas. A existência da norma e de um agrupamento de tecnologias relacionado pode dificultar a penetração no mercado de tecnologias novas e melhoradas.
- 247) Os acordos que criam agrupamentos de tecnologias e que definem as condições do seu funcionamento não são, independentemente do número de partes, abrangidos pela isenção por categoria, dado que o acordo para estabelecer o agrupamento não permite que um determinado licenciado fabrique produtos contratuais (ver secção 3.2.4). Tais acordos são tratados apenas nas presentes Orientações. Os acordos relativos a agrupamentos levantam um certo número de problemas específicos ligados à seleção das tecnologias escolhidas e ao funcionamento do agrupamento, que não se colocam no caso de outros tipos de licenciamento. O licenciamento pelos agrupamentos é geralmente considerado um acordo multilateral, tendo em conta que os participantes habitualmente determinam as condições para este tipo de licenciamento e, por conseguinte, também não é abrangido pela isenção por categoria. O licenciamento no caso do agrupamento é tratado no ponto 261 e na secção 4.4.2.

##### 4.4.1. Apreciação da constituição e funcionamento dos agrupamentos de tecnologias

- 248) A forma como um agrupamento de tecnologias é constituído, organizado e funciona pode reduzir o risco de que este tenha por objeto ou por efeito a restrição da concorrência e dá garantias de que é pró-concorrenciais. Ao apreciar os eventuais riscos concorrenciais e ganhos de eficiência, o Órgão de Fiscalização deverá, nomeadamente, ter em conta: a transparência do processo de criação do agrupamento; a seleção e a natureza das tecnologias agrupadas, nomeadamente a medida em que os peritos independentes estão envolvidos na criação e funcionamento do agrupamento, e a existência ou não de salvaguardas contra o intercâmbio de informações sensíveis e de mecanismos independentes de resolução de litígios.

##### Participação aberta

- 249) Quando a participação no processo de criação de uma norma ou de um agrupamento é aberta a todas as partes interessadas, é mais provável que as tecnologias a integrar no agrupamento sejam selecionadas com base em considerações de preço/qualidade do que quando o agrupamento é criado por um grupo limitado de proprietários de tecnologia.

<sup>(95)</sup> Ver, relativamente ao tratamento das normas e ao tratamento dos acordos de normalização, as Orientações Horizontais, ponto 257 e seguintes, citadas na nota de rodapé 29.

<sup>(96)</sup> Ver a este respeito o Comunicado de imprensa IP/02/1651 da Comissão relativo à concessão de patentes para os serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G). Este processo dizia respeito a cinco acordos de agrupamentos de tecnologias criando cinco tecnologias diferentes, cada uma das quais podia ser utilizada para fabricar equipamentos 3G.

## Seleção e natureza das tecnologias agrupadas

- 250) Os riscos de os agrupamentos de tecnologias colocarem problemas a nível da concorrência, bem como as suas perspetivas de aumentarem os ganhos de eficiência, dependem em grande medida da relação entre as tecnologias agrupadas e da sua relação com as tecnologias não agrupadas. É conveniente estabelecer duas distinções fundamentais entre a) os complementos tecnológicos e os substitutos tecnológicos, por um lado, e b) as tecnologias essenciais e as tecnologias não essenciais, por outro.
- 251) Duas tecnologias constituem complementos, mas não substitutivas, quando ambas são necessárias para fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam. Inversamente, duas tecnologias constituem substitutos quando qualquer uma delas permite ao detentor fabricar o produto ou realizar o processo a que se aplicam.
- 252) Uma tecnologia pode ser essencial para: a) fabricar um determinado produto ou realizar um determinado processo a que as tecnologias agrupadas se aplicam, ou b) fabricar esse produto ou realizar esse processo em conformidade com uma norma que inclua as tecnologias agrupadas. No primeiro caso, uma tecnologia é considerada essencial (por oposição a não essencial), se não houver qualquer substituto viável (tanto de um ponto de vista comercial como técnico) para esta tecnologia dentro ou fora do agrupamento e se a tecnologia em questão constituir uma parte necessária do pacote de tecnologias para fabricar o ou os produtos ou realizar o ou os processos a que o agrupamento se aplica. No segundo caso, uma tecnologia é essencial se constituir uma parte necessária (ou seja, quando não existem substitutos viáveis) das tecnologias agrupadas necessárias para cumprir a norma abrangida pelo agrupamento (tecnologias essenciais para a norma). As tecnologias essenciais são necessariamente também complementos. O facto de um detentor da tecnologia declarar meramente que uma tecnologia é essencial não implica que essa tecnologia seja essencial de acordo com os critérios descritos no presente ponto.
- 253) Quando as tecnologias de um agrupamento forem substitutivas, as *royalties* são provavelmente mais elevadas, uma vez que a ausência de concorrência entre as tecnologias em questão não constitui uma vantagem para os licenciados. Quando as tecnologias incluídas no agrupamento forem complementares, o agrupamento de tecnologias reduz os custos de transação e pode dar origem a *royalties* globalmente mais reduzidas, uma vez que as partes estão em condições de fixar uma *royalty* comum para o pacote, em vez de ser cada uma delas a fixar uma *royalty* para a sua própria tecnologia sem ter em conta o facto de uma *royalty* mais elevada para uma tecnologia diminuir geralmente a procura de tecnologias complementares. Se as *royalties* para tecnologias complementares forem fixadas individualmente, o total dessas *royalties* pode muitas vezes exceder o que seria fixado coletivamente por um agrupamento para o pacote das mesmas tecnologias complementares. A apreciação do papel dos substitutos fora do agrupamento é definida no ponto 262.
- 254) A distinção entre tecnologias complementares e tecnologias substitutivas nem sempre é bem definida em todos os casos, uma vez que as tecnologias podem ser em parte substitutos e em parte complementos. Quando, devido a ganhos de eficiência resultantes da integração de duas tecnologias, os licenciados exigirem provavelmente ambas as tecnologias, as tecnologias são tratadas como complementos, mesmo que sejam parcialmente substituíveis. Em tais casos, é provável que, na ausência do agrupamento, os licenciados procurassem obter licenças para as duas tecnologias devido às vantagens económicas suplementares decorrentes da utilização de ambas, por oposição à utilização de apenas uma delas. A ausência de tais elementos de prova, baseados na procura, sobre a complementaridade das tecnologias agrupadas é uma indicação de que estas tecnologias serão complementos, se i) as partes que contribuem com tecnologia para um agrupamento mantiverem a liberdade de licenciar a sua tecnologia individualmente e ii) o agrupamento, para além de licenciar o pacote de tecnologias de todas as partes, estiver disposto a licenciar a tecnologia de cada parte também separadamente e iii) o total das *royalties* faturadas ao adquirir licenças separadas para todas as tecnologias agrupadas não exceder as *royalties* cobradas pelo agrupamento em relação a todo o pacote de tecnologias.
- 255) A inclusão de tecnologias substitutivas no agrupamento restringe, em geral, a concorrência intertecnologia, uma vez que pode levar a um agrupamento coletivo e a uma fixação de preços entre concorrentes. De uma forma geral, o Órgão de Fiscalização considera que a inclusão de tecnologias substitutivas importantes no agrupamento constitui uma infração ao artigo 53.º, n.º 1. O Órgão de Fiscalização também considera pouco provável que as condições enunciadas no artigo 53.º, n.º 3, sejam preenchidas no caso de agrupamentos que incluem numa medida significativa tecnologias substitutivas. Dado que as tecnologias em questão são alternativas, a inclusão de ambas no agrupamento não dá origem a qualquer redução dos custos de transação. Na ausência do agrupamento, os licenciados não teriam solicitado as duas tecnologias. Para atenuar as preocupações de concorrência, não basta que as partes continuem a poder conceder licenças de forma independente. Tal deve-se ao facto de as partes terem provavelmente poucos incentivos para conceder licenças de forma independente a fim de não minar a atividade de licenciamento do agrupamento, que lhes permite exercer conjuntamente o seu poder de mercado.

### Seleção e funções dos peritos independentes

- 256) Um outro fator relevante para apreciar os riscos em matéria de concorrência e os ganhos de eficiência do agrupamento de tecnologias é a participação dos peritos independentes na criação e no funcionamento do agrupamento. Por exemplo, apreciar se a tecnologia é ou não essencial para uma norma suportada por um agrupamento constitui frequentemente uma questão complexa, que exige conhecimentos específicos. O envolvimento de peritos independentes no processo de seleção pode contribuir de forma significativa para garantir a aplicação efetiva do compromisso de incluir apenas tecnologias essenciais. Quando a seleção de tecnologias a incluir no agrupamento for realizada por um perito independente, a concorrência entre soluções tecnológicas disponíveis também pode ser reforçada.
- 257) O Órgão de Fiscalização tomará em consideração a forma como os peritos são selecionados e a natureza exata das suas funções. Os peritos devem ser independentes das empresas que constituíram o agrupamento. Se os peritos estiverem ligados aos licenciantes (ou à atividade de licenciamento do agrupamento) ou de qualquer modo deles dependentes, a sua participação terá menos peso. Os peritos devem também ter os conhecimentos técnicos necessários para desempenhar as funções que lhes foram confiadas. As funções de peritos independentes podem envolver, nomeadamente, a apreciação da validade das tecnologias que se propõe sejam, ou não, integradas no agrupamento e do seu caráter essencial.
- 258) Por último, quaisquer mecanismos de resolução de litígios previstos nos instrumentos de criação do agrupamento são pertinentes e devem ser tidos em conta. Quanto mais a resolução de litígios for confiada a entidades ou a pessoas independentes do agrupamento e dos seus membros, mais provável é que a resolução dos litígios se processe de forma neutra.

### Salvaguardas contra o intercâmbio de informações sensíveis

- 259) Importa igualmente tomar em consideração os acordos relativos ao intercâmbio de informações sensíveis entre as partes <sup>(7)</sup>. Em mercados oligopolistas, o intercâmbio de informações sensíveis, tais como os dados relativos à fixação de preços e à produção, podem facilitar a colusão <sup>(8)</sup>. Em tais casos, o Órgão de Fiscalização tomará em consideração se foram criadas salvaguardas para garantir que não foram trocadas quaisquer informações sensíveis. Um perito independente ou a entidade que concede licenças pode desempenhar um papel importante relativamente a este aspeto garantindo que os dados relativos à produção e às vendas, que podem ser necessários para efeitos de cálculo e de verificação das royalties, não são divulgados a empresas que estejam em concorrência nos mercados relevantes.
- 260) Precauções especiais devem ser tomadas para pôr em prática essas medidas de salvaguarda quando as partes interessadas participem simultaneamente nos esforços para formação de agrupamentos de normas concorrentes, sempre que tal possa conduzir ao intercâmbio de informações sensíveis entre os agrupamentos concorrentes.

### Zona de segurança

- 261) A criação e o funcionamento do agrupamento, incluindo o licenciamento, não são, regra geral, abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 53.º, n.º 1, independentemente da posição de mercado das partes se estiverem preenchidas todas as seguintes condições:
- abertura da participação no processo de criação da norma e do agrupamento a todos os titulares de direitos de tecnologia interessados;
  - adoção de salvaguardas suficientes para garantir que apenas tecnologias essenciais (por conseguinte, também necessariamente complementares) são agrupadas;
  - adoção de salvaguardas suficientes para garantir que o intercâmbio de informações sensíveis (tais como dados relativos à fixação de preços e à produção) é limitado ao necessário para a criação e funcionamento do agrupamento;
  - licenciamento de tecnologias agrupadas numa base não exclusiva;
  - licenciamento das tecnologias agrupadas a todos os licenciados potenciais em condições leais, razoáveis e não discriminatórias (condições FRAND <sup>(9)</sup>);

<sup>(7)</sup> Para mais informações sobre a partilha de informações, ver as Orientações Horizontais, ponto 55 e seguintes, citadas na nota de rodapé 29.

<sup>(8)</sup> Ver a este respeito o acórdão proferido no processo *John Deere*, citado na nota de rodapé 13.

<sup>(9)</sup> Para mais informações sobre FRAND, ver as Orientações Horizontais, ponto 287 e seguintes, citadas na nota de rodapé 29.

- f) faculdade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados contestarem a validade e o caráter essencial das tecnologias agrupadas, e
- g) possibilidade de as partes que contribuem com tecnologia para o agrupamento e de os licenciados desenvolverem produtos e tecnologias concorrentes.

#### Fora da zona de segurança

- 262) Quando o agrupamento incluir patentes complementares significativas mas não essenciais, existe um risco de exclusão das tecnologias de terceiros. Por conseguinte, quando uma tecnologia é incluída no acordo e licenciada como parte do pacote, os licenciados terão provavelmente poucos incentivos para obter a licença de uma tecnologia concorrente, uma vez que a *royalty* paga pelo pacote abrange já uma tecnologia substitutiva. Além disso, a inclusão de tecnologias que não são necessárias para fabricar o(s) produto(s) ou realizar o(s) processo(s) a que se aplica o agrupamento de tecnologias ou para respeitar a norma que inclui a tecnologia agrupada obriga igualmente os licenciados a pagar por tecnologias de que provavelmente não têm necessidade. A inclusão dessa tecnologia complementar equivale, por conseguinte, a um agrupamento coletivo. Quando o agrupamento incluir tecnologias não essenciais, o acordo pode ser abrangido pelo artigo 53.º, n.º 1, se o agrupamento tiver uma posição significativa em qualquer mercado relevante.
- 263) Uma vez que podem ser desenvolvidas tecnologias substitutivas e complementares após a criação do agrupamento, a necessidade de apreciação do caráter essencial não termina necessariamente com a criação do agrupamento. Uma tecnologia pode tornar-se não essencial após a criação do agrupamento devido ao aparecimento de novas tecnologias de terceiros. Sempre que for chamada a atenção do agrupamento para o facto de essa nova tecnologia de terceiros ser oferecida a, e procurada por, licenciados, as preocupações em matéria de exclusão podem ser evitadas oferecendo a novos e atuais licenciados uma licença sem a tecnologia que deixou de ser essencial e com uma redução correspondente das *royalties*. Contudo, podem existir outros meios para garantir que as tecnologias de terceiros não são excluídas.
- 264) Na apreciação de agrupamentos de tecnologias que incluem tecnologias não essenciais mas complementares, o Órgão de Fiscalização irá, na sua apreciação global, ter em conta, nomeadamente, os seguintes fatores:
- a) se existem razões pró-concorrenciais para incluir as tecnologias não essenciais no agrupamento, por exemplo devido aos custos para apreciar se todas as tecnologias são essenciais, tendo em conta o elevado número de tecnologias;
  - b) se os licenciantes mantêm a liberdade de licenciar as suas respetivas tecnologias de forma independente: quando o acordo incluir um número limitado de tecnologias e houver tecnologias substitutivas fora do agrupamento, os licenciados podem desejar constituir o seu próprio pacote tecnológico composto, em parte, por tecnologias que fazem parte do agrupamento e, em parte, por tecnologias detidas por terceiros;
  - c) se, nos casos em que as tecnologias agrupadas têm diferentes aplicações, algumas das quais não exigem a utilização de todas as tecnologias agrupadas, o agrupamento oferece as tecnologias apenas enquanto pacote único ou oferece pacotes separados para aplicações distintas, cada um deles contendo apenas as tecnologias pertinentes para o pedido em causa: neste último caso, as tecnologias não essenciais para um determinado produto ou processo não estão ligadas a tecnologias essenciais;
  - d) se as tecnologias agrupadas estão apenas disponíveis num pacote único ou se os licenciados têm a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties*. A possibilidade de obter uma licença para apenas parte do pacote pode reduzir o risco de exclusão de tecnologias de terceiros não incluídas no agrupamento, em especial se o licenciado obtiver uma redução correspondente das *royalties*. Isso exige que uma parte das *royalties* globais tenha sido afetada a cada uma das tecnologias incluídas no agrupamento. Se os acordos de licenciamento concluídos entre o agrupamento e os licenciados individuais tiverem uma duração relativamente longa e a tecnologia agrupada suportar uma norma industrial de facto, deve igualmente atender-se ao facto de o agrupamento poder excluir o acesso ao mercado de novas tecnologias substitutivas. Ao apreciar o risco de exclusão em tais casos, importa ter em conta se os licenciados podem pôr termo, mediante um pré-aviso razoável, a parte da licença e obter uma redução correspondente das *royalties*.
- 265) Mesmo os acordos de agrupamentos de tecnologias que restringem a concorrência podem dar origem a ganhos de eficiência pró-concorrenciais (ver ponto 245), que devem ser apreciados ao abrigo do artigo 53.º, n.º 3, e ponderados face aos efeitos negativos sobre a concorrência. Por exemplo, se o agrupamento de patentes incluir patentes não essenciais, mas preencher todos os outros critérios da zona de segurança enumerados no ponto 261, no caso de existirem razões pró-concorrenciais para incluir no agrupamento patentes não essenciais (ver ponto 264) e de os licenciados terem a possibilidade de obter uma licença para apenas uma parte do pacote com uma redução correspondente das *royalties* (ver ponto 264), as condições estabelecidas no artigo 53.º, n.º 3, são suscetíveis de serem cumpridas.

#### 4.4.2. Apreciação de restrições individuais em accordos entre o agrupamento e os seus licenciados

- 266) No caso de o acordo de criação de um agrupamento de tecnologias não infringir o artigo 53.º, a etapa seguinte consiste em apreciar o impacto concorrencial das licenças acordadas pelo agrupamento com os seus licenciados. As condições em que essas licenças são concedidas podem ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1. A presente secção aborda um certo número de restrições que normalmente se encontram sob diferentes formas em accordos de licenciamento de agrupamentos de tecnologias e que devem ser apreciadas no contexto global do agrupamento. De um modo geral, o RICTT não é aplicável aos accordos de licenciamento concluídos entre o agrupamento e terceiros licenciados (ver ponto 247). A presente secção aborda a apreciação individual dos problemas específicos do licenciamento no âmbito dos agrupamentos de tecnologias.
- 267) Na sua apreciação dos accordos de transferência de tecnologia entre o agrupamento e os seus licenciados, o Órgão de Fiscalização basear-se-á essencialmente nos seguintes princípios:
- quanto mais forte for a posição de mercado do agrupamento, mais elevados são os riscos de efeitos anticoncorrenciais;
  - quanto mais forte for a posição de mercado do agrupamento, maior é a probabilidade de a decisão de não licenciar a todos os potenciais licenciados ou licenciar em condições discriminatórias infringir o artigo 53.º;
  - os agrupamentos não devem excluir indevidamente tecnologias de terceiros nem limitar a criação de agrupamentos alternativos;
  - os accordos de transferência de tecnologia não devem conter qualquer das restrições graves enumeradas no artigo 4.º do RICTT (ver secção 3.4).
- 268) As empresas que criam um agrupamento de tecnologias compatível com o artigo 53.º são normalmente livres de negociar e fixar as *royalties* para o pacote tecnológico (sob reserva de qualquer compromisso assumido em matéria de licenciamento em condições justas, razoáveis e não discriminatórias, FRAND) e para cada parte da tecnologia nas *royalties* quer antes quer depois da criação da norma. Tal acordo é inerente à criação do agrupamento e não pode em si mesmo ser considerado restritivo da concorrência. Em determinadas situações, pode revelar-se mais eficaz que as *royalties* do agrupamento sejam acordadas antes de a norma ser escolhida, a fim de evitar que a escolha dessa norma aumente o montante da *royalty* conferindo um poder de mercado significativo a uma ou mais tecnologias essenciais. No entanto, os licenciados devem continuar a poder determinar os preços dos produtos fabricados sob licença.
- 269) Quando o agrupamento tiver uma posição dominante no mercado, as *royalties* e outras condições em matéria de licenciamento devem ser justas e não discriminatórias e as licenças não exclusivas<sup>(100)</sup>. Estes requisitos são necessários para garantir que o agrupamento é aberto e não conduz à exclusão nem a outros efeitos anticoncorrenciais nos mercados a jusante. Contudo, não excluem a aplicação de *royalties* diferentes no que respeita a utilizações diferentes. Em geral, não é considerada restritiva da concorrência a aplicação de *royalties* diferentes a mercados de produtos diferentes, embora não devesse existir qualquer discriminação no âmbito dos mercados do produto. Em especial, o tratamento dos licenciados do agrupamento não deve depender do facto de serem ou não também licenciantes. O Órgão de Fiscalização tomará, por conseguinte, em consideração o facto de os licenciantes e os licenciados estarem também sujeitos às mesmas obrigações de pagamento de *royalties*.
- 270) Os licenciantes e os licenciados devem ter a liberdade de desenvolver produtos e normas concorrentes. Devem, além disso, ser livres de conceder e obter licenças fora do agrupamento. Estes requisitos são necessários para limitar o risco de exclusão das tecnologias de terceiros e garantir que o agrupamento não limita a inovação nem impede a criação de soluções tecnológicas concorrentes. Quando uma tecnologia agrupada for incluída numa norma industrial (*de facto*) e quando as partes estiverem sujeitas a obrigações de não concorrência, o agrupamento constitui um risco específico de impedimento da criação de tecnologias e de normas novas e melhoradas.
- 271) As obrigações de retrocessão não devem ser exclusivas, mas limitar-se aos desenvolvimentos indispensáveis ou importantes para a utilização da tecnologia agrupada. O agrupamento poderá então tirar partido e beneficiar de melhoramentos introduzidos na tecnologia agrupada. É legítimo que as partes garantam através de obrigações de retrocessão que a exploração da tecnologia agrupada não pode ser entravada por licenciados, incluindo subcontratantes que trabalhem ao abrigo da licença do licenciado, que detêm ou estão em vias de obter patentes essenciais.

<sup>(100)</sup> No entanto, se um agrupamento de tecnologias não tiver qualquer poder de mercado, as licenças dadas pelo agrupamento não infringirão normalmente o artigo 53.º, n.º 1, mesmo que aquelas condições não sejam satisfeitas.

- 272) Um dos problemas identificados relativamente aos agrupamentos de tecnologias é o risco de poderem proteger patentes não válidas. O agrupamento pode aumentar os custos/riscos de uma contestação eficaz, uma vez que esta pode não ser bem sucedida se apenas uma patente do agrupamento for válida. A proteção de patentes não válidas no agrupamento pode obrigar os licenciados a pagar *royalties* mais elevadas e pode também impedir a inovação no domínio abrangido pela patente não válida. Neste contexto, as cláusulas de não contestação, incluindo cláusulas de rescisão<sup>(101)</sup>, de um acordo de transferência de tecnologia entre o agrupamento e terceiros podem ser abrangidas pelo artigo 53.º, n.º 1.
- 273) Frequentemente, os agrupamentos incluem tanto as patentes como os pedidos de patente. Se os requerentes de patentes que apresentam os seus pedidos aos agrupamentos utilizarem, quando disponíveis, os procedimentos relativos aos pedidos de patentes que permitem uma concessão mais rápida, a certeza quanto à validade e ao âmbito dessas patentes será alcançada mais rapidamente.
- 

<sup>(101)</sup> Ver secção 3.5.







