

**COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO****Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal**

(2001/C 3/02)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

**1. INTRODUÇÃO****1.1. Objecto**

1. As presentes orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos de cooperação horizontal nos termos do artigo 81.º do Tratado. Diz-se que a cooperação é de «natureza horizontal» quando existe um acordo ou práticas concertadas entre empresas que se situam ao(s) mesmo(s) nível(eis) do mercado. Trata-se, a maior parte das vezes, de cooperação entre concorrentes, que diz respeito, por exemplo, a domínios como a Investigação e o Desenvolvimento (I&D), a produção, as compras ou a comercialização.
2. A cooperação horizontal pode dar origem a problemas de concorrência. É o que acontece, por exemplo, se as partes numa cooperação acordam em fixar preços ou o nível da produção, partilhar mercados, ou se a cooperação permitir às partes manterem, ganharem ou aumentarem poder de mercado, causando desta forma efeitos negativos no mercado no que se refere aos preços, à produção, à inovação ou à diversidade e qualidade dos produtos.
3. Por outro lado, a cooperação horizontal pode dar origem a vantagens económicas significativas. As empresas devem adaptar-se a pressões concorrenciais crescentes, a um mercado em evolução constante que se globaliza cada vez mais, ao ritmo da evolução tecnológica e ao maior dinamismo dos mercados em geral. A cooperação pode constituir um meio de partilhar riscos, realizar economias, agrupar saber-fazer e lançar inovações no mercado de forma mais rápida. Para as pequenas e médias empresas, em especial, a cooperação constitui uma importante forma de adaptação à evolução dos mercados.
4. Embora reconhecendo as vantagens económicas que podem decorrer da cooperação, a Comissão deve no entanto velar pela manutenção de uma concorrência efectiva. O artigo 81.º fornece o enquadramento jurídico para uma apreciação equilibrada, que toma em consideração tanto os efeitos anticoncorrenciais como as vantagens económicas.
5. No passado, a apreciação da cooperação horizontal nos termos do artigo 81.º era regida por duas comunicações e dois regulamentos de isenção por categoria. O Regulamento (CEE) n.º 417/85 da Comissão (1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97 (2) e o Regulamento (CEE) n.º 418/85 da Comissão (3), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 2236/97, previam a isenção de certas categorias de acordos de especialização e acordos de investigação e desenvolvimento (I&D) respectivamente.

Esses dois regulamentos foram agora substituídos pelo Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização (4) («o Regulamento de isenção por categoria da especialização») e pelo Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e de desenvolvimento (5) («o Regulamento de isenção por categoria da I&D»). As duas comunicações diziam respeito a certos tipos de acordos de cooperação não abrangidos pelo artigo 81.º (6) e à apreciação de empresas comuns com carácter de cooperação (7).

6. A evolução constante dos mercados conduziu a uma diversificação crescente das formas de cooperação horizontal e a um maior recurso a este tipo de cooperação. Por conseguinte, impõem-se actualmente orientações mais completas e actualizadas para que as condições de aplicação do artigo 81.º neste domínio sejam mais claras e mais transparentes. A apreciação da cooperação horizontal deve sublinhar ainda mais os critérios económicos, de forma a melhor ter em conta alterações ocorridas recentemente na aplicação das regras de concorrência e na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância.
7. O objectivo das presentes orientações consiste em fornecer um quadro analítico para os tipos de cooperação horizontal mais correntes. Este quadro é principalmente elaborado com base em critérios que ajudam a analisar o contexto económico em que se insere um determinado acordo de cooperação. Critérios económicos como o do poder de mercado das partes, bem como outros factores associados à estrutura dos mercados, constituem um elemento-chave da apreciação dos efeitos que a cooperação é susceptível de produzir nos mercados e, por conseguinte, para a sua apreciação nos termos do artigo 81.º. Dada a enorme diversidade dos tipos de cooperação horizontal e das suas combinações, bem como as condições de mercado que as envolvem, é impossível dar respostas adaptadas a cada cenário previsível. O presente quadro analítico, baseado em critérios económicos, ajudará contudo as empresas a avaliarem caso a caso a compatibilidade dos seus acordos de cooperação com o artigo 81.º.
8. As presentes orientações não só substituem as comunicações referidas no ponto 5, mas abrangem também um âmbito mais alargado dos tipos de acordos horizontais mais correntes. Por outro lado, complementam o Regulamento de isenção por categoria relativo à investigação e desenvolvimento e o Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização.

## 1.2. Âmbito de aplicação das presentes orientações

9. As presentes orientações abrangem os acordos ou práticas concertadas (seguidamente designados por «acordos») entre duas ou mais empresas que operam no(s) mesmo(s) nível(eis) do mercado, por exemplo, no mesmo nível da produção ou da distribuição. Neste contexto, a tónica é colocada na cooperação entre concorrentes. Para efeitos das presentes orientações, entende-se por «concorrentes» tanto os concorrentes efectivos<sup>(8)</sup> como os concorrentes potenciais<sup>(9)</sup>.
10. No entanto, as presentes orientações não abrangem todos os acordos horizontais possíveis. Dizem apenas respeito aos tipos de cooperação que dão potencialmente origem a ganhos de eficiência, isto é, acordos de I&D, de produção, de compra, de comercialização, de normalização e acordos em matéria ambiental. Serão abordados separadamente outros tipos de acordos horizontais entre concorrentes, por exemplo, relativos ao intercâmbio de informações ou a participações minoritárias.
11. Os acordos concluídos entre empresas situadas a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição, ou seja, os acordos verticais, estão em princípio excluídos do âmbito de aplicação das presentes orientações e são objecto do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão<sup>(10)</sup> (o «Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais») e das Orientações relativas às restrições verticais<sup>(11)</sup>. Todavia, na medida em que os acordos verticais, por exemplo, acordos de distribuição, forem concluídos entre concorrentes, os efeitos do acordo no mercado e os eventuais problemas em matéria de concorrência podem ser semelhantes aos dos acordos horizontais. Por conseguinte, estes acordos devem ser apreciados segundo os princípios estabelecidos nas presentes orientações. Tal não exclui a aplicação adicional das Orientações relativas aos acordos verticais a estes acordos a fim de analisar as restrições verticais incluídas nos mesmos<sup>(12)</sup>.
12. Os acordos podem combinar diferentes fases de cooperação, como por exemplo as actividades de I&D com o fabrico de produtos resultantes dessas actividades. A menos que sejam abrangidos pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas<sup>(13)</sup>, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) 1310/97<sup>(14)</sup> («Regulamento das concentrações») estes acordos são regidos pelas presentes orientações. É a vertente principal da cooperação que determina a secção das presentes orientações aplicável ao acordo em causa. Para definir esta vertente principal devem ser especialmente tomados em consideração dois factores: em primeiro lugar, o ponto de partida da cooperação e, em segundo, o grau de integração das diferentes funções que são combinadas. Um acordo de cooperação que implique I&D conjunta e o fabrico em comum dos produtos resultantes dessas actividades será por conseguinte, normalmente, regido pela secção consagrada aos «acordos de I&D», na medida em que a produção conjunta só pode realizar-se se a I&D conjunta tiver êxito. Tal significa que os resultados dessa actividade são determinantes para a produção. O acordo de I&D pode por conseguinte ser considerado o ponto de partida da cooperação. A conclusão seria diferente se o acordo previsse uma integração total das actividades de produção e uma integração apenas parcial de certas actividades de I&D. Nesse caso, os eventuais efeitos anticoncorrenciais e as vantagens económicas da cooperação estariam estreitamente associadas à produção conjunta, de forma a que o acordo seria examinado à luz dos princípios expostos na secção relativa aos «acordos de produção». Os acordos mais complexos, como as alianças estratégicas que combinam, de diversas formas, um certo número de domínios e de instrumentos de cooperação diferentes, não são abrangidos pelas presentes orientações. A apreciação de cada domínio de cooperação no âmbito de uma aliança pode realizar-se com referência à secção correspondente das presentes orientações. Os acordos complexos devem contudo ser analisados no seu conjunto. Dada a diversidade dos domínios que podem ser combinados no âmbito de uma aliança, é impossível dar indicações gerais para a apreciação global desses acordos. É impossível apreciar a compatibilidade com as regras de concorrência das alianças ou de outras formas de cooperação que são essencialmente declarações de intenções, enquanto o seu âmbito de aplicação não estiver definido com precisão.
13. Os critérios expostos nas presentes orientações são aplicáveis a formas de cooperação que dizem respeito tanto aos bens como aos serviços, colectivamente denominados «produtos». Não são aplicáveis, por outro lado, quando existe já regulamentação sectorial, como acontece na agricultura, nos transportes ou nos seguros<sup>(15)</sup>. As operações abrangidas pelo Regulamento das concentrações também não são objecto das presentes orientações.
14. O artigo 81.º só é aplicável aos acordos de cooperação horizontal que podem afectar o comércio entre Estados-Membros. As presentes orientações não dizem respeito à análise da possibilidade de um determinado acordo afectar o comércio. Os princípios relativos à aplicação do artigo 81.º expostos seguidamente partem por conseguinte da hipótese de que o comércio entre os Estados-Membros é afectado. Na prática, contudo, esta questão deve ser examinada numa base casuística.
15. O artigo 81.º não é aplicável a acordos de pequena importância, uma vez que não podem restringir significativamente a concorrência por objecto ou por efeito. As presentes orientações não prejudicam a aplicação da actual ou de qualquer futura comunicação «de minimis»<sup>(16)</sup>.
16. A apreciação efectuada nos termos do artigo 81.º, tal como descrita nas presentes orientações, não prejudica a eventual aplicação paralela do artigo 82.º do Tratado aos acordos de cooperação horizontal. Por outro lado, estas orientações não prejudicam a interpretação que o Tribunal de Primeira Instância ou o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias possam adoptar em relação à aplicação do artigo 81.º aos acordos de cooperação horizontal.

### 1.3. Princípios fundamentais para a apreciação nos termos do artigo 81.º

#### 1.3.1. N.º 1 do artigo 81.º

17. O n.º 1 do artigo 81.º é aplicável aos acordos de cooperação horizontal que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (a seguir denominados «restrições da concorrência»).
18. Em alguns casos, a natureza da cooperação indica desde o início a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 81.º. É o que acontece com os acordos que têm por objecto uma restrição da concorrência através da fixação dos preços, da limitação da produção ou da partilha dos mercados ou dos clientes. Presume-se que estes acordos têm efeitos negativos sobre o mercado. Por conseguinte, não se afigura necessário apreciar os seus efeitos reais na concorrência e no mercado a fim de estabelecer que são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º.
19. No entanto, muitos acordos de cooperação horizontal não têm por objecto uma restrição da concorrência. É por conseguinte necessária uma análise dos efeitos do acordo. Para esta análise não é suficiente que o acordo limite a concorrência entre as partes. É necessário igualmente que seja susceptível de afectar a concorrência no mercado a um ponto tal que se possam prever efeitos negativos no mercado a nível dos preços, da produção, da inovação ou da diversidade ou qualidade dos produtos ou serviços.
20. A possibilidade de o acordo em questão causar ou não efeitos negativos deste tipo depende do contexto económico, tendo em conta a natureza do acordo e o poder de mercado cumulado das partes, que determina, conjuntamente com outros factores estruturais, a capacidade da cooperação para afectar de forma significativa a concorrência global.

#### Natureza do acordo

21. A natureza de um acordo é definida por elementos como o domínio e o objectivo da cooperação, as relações de concorrência entre as partes e o âmbito da combinação das suas actividades. Estes elementos indicam a probabilidade de uma coordenação do comportamento das partes no mercado.
22. Certos tipos de acordos, como a maior parte dos acordos de I&D ou a maior parte da cooperação em matéria de normalização ou de melhoria das condições de protecção do ambiente, são menos susceptíveis de incluir restrições relativas aos preços ou à produção. Os eventuais efeitos negativos que estes tipos de acordos podem ter dizem mais respeito à inovação ou à diversidade dos produtos. Podem igualmente criar problemas de encerramento dos mercados.

23. Outros tipos de cooperação, como os acordos de produção ou de compras, incluem geralmente uma certa partilha dos custos (totais). Se os custos partilhados são importantes, é mais fácil às partes coordenarem os preços e a produção no mercado. Para que os custos comuns sejam importantes, devem estar reunidas determinadas condições: por um lado, o domínio de cooperação, por exemplo, a produção ou as compras, deve representar uma parte importante dos custos totais num determinado mercado; por outro lado, as partes devem combinar significativamente as suas actividades no domínio abrangido pela cooperação. É nomeadamente o que acontece quando fabricam ou compram em comum um produto intermédio importante ou uma parte significativa da sua produção total de um bem final.

#### Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

24. Por natureza, certas categorias de acordos não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º. Trata-se normalmente de actividades de cooperação que não implicam qualquer coordenação do comportamento concorrencial das partes no mercado, tal como acontece nos casos seguintes:

- cooperação entre empresas não concorrentes;
- cooperação entre empresas concorrentes que não podem de modo independente realizar o projecto ou a actividade abrangida pela cooperação;
- cooperação que incide sobre uma actividade que não influencia os parâmetros relevantes da concorrência.

Estes tipos de cooperação só podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º quando os participantes são empresas com poder de mercado significativo<sup>(17)</sup> e quando a cooperação é susceptível de dar origem à proibição do acesso de terceiros ao mercado.

#### Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

25. Uma outra categoria de acordos pode ser considerada desde o início como abrangida normalmente pelo n.º 1 do artigo 81.º. Trata-se de acordos de cooperação que têm por objecto restringir a concorrência fixando os preços, limitando a produção ou repartindo os mercados ou os clientes. Estas restrições são consideradas as mais prejudiciais, uma vez que interferem directamente com o resultado do processo concorrencial. A fixação de preços e a limitação da produção conduzem directamente a que os clientes paguem preços mais elevados ou a que não recebam as quantidades pretendidas. A repartição de mercados ou de clientes reduz a escolha de que os clientes dispõem e por conseguinte traduz-se também em preços mais elevados ou numa redução da produção. Pode por conseguinte presumir-se que estas restrições produzem efeitos negativos nos mercados, sendo por conseguinte quase sempre proibidas<sup>(18)</sup>.

### Acordos susceptíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

26. Os acordos que não são abrangidos pelas categorias anteriormente referidas devem ser objecto de uma análise complementar a fim de determinar se são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. A análise deve utilizar critérios ligados ao mercado, tais como a posição das partes nos mercados e outros factores estruturais.

### Poder de mercado e estrutura dos mercados

27. O ponto de partida da análise é a posição das partes nos mercados afectados pela cooperação. Tal permite determinar se as partes podem, graças a esta cooperação, manter, adquirir, ou reforçar o poder de mercado já existente, isto é, ter a possibilidade de causar efeitos negativos no mercado no que diz respeito aos preços, à produção, à inovação ou à variedade ou qualidade dos bens e serviços. Para realizar esta análise é necessário definir o mercado ou os mercados relevantes utilizando o método descrito na Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante<sup>(19)</sup>. Relativamente a certos tipos de mercados relevantes, como os das aquisições ou das tecnologias, poder-se-ão encontrar nas presentes orientações indicações complementares.

28. Se, em conjunto, as partes tiverem uma quota de mercado reduzida<sup>(20)</sup>, é pouco provável que a cooperação produza efeitos restritivos, de forma que normalmente não se impõe qualquer análise complementar. Se apenas uma de duas partes tiver só uma quota de mercado insignificante e se não possuir recursos importantes, mesmo uma elevada quota de mercado combinada não pode normalmente ser considerada como indicando um efeito restritivo sobre a concorrência no mercado<sup>(21)</sup>. Dada a diversidade das formas de cooperação e dos efeitos que podem produzir nos mercados em função das condições que neles existem, é impossível definir um limiar de quota de mercado geral acima do qual se poderá presumir a existência de um poder de mercado suficiente para causar efeitos restritivos.

29. Para além da posição das partes no mercado e da cumulação das quotas de mercado, pode revelar-se necessário tomar em consideração, enquanto elemento suplementar para a apreciação dos efeitos da cooperação sobre a concorrência no mercado, a concentração do mercado, ou seja, a posição e o número de concorrentes. Pode utilizar-se o índice Herfindahl-Hirshman («IHH»), que é igual à soma dos quadrados das quotas de mercado individuais de todos os concorrentes<sup>(22)</sup>: para um IHH inferior a 1 000, a concentração do mercado é considerada reduzida, para um IHH entre 1 000 e 1 800 o grau de concentração é moderado e para um IHH superior a 1 800 o grau de concentração é elevado. Um outro indicador eventual seria o rácio de concentração da empresa líder, que resume as quotas de mercado individuais dos principais concorrentes<sup>(23)</sup>.

30. Em função da posição das partes num mercado e do índice de concentração desse mesmo mercado, será igualmente necessário ter em conta outros factores, como a

estabilidade das quotas de mercado ao longo do tempo, os obstáculos à entrada, a probabilidade de outras entradas no mercado, o poder de compensação dos compradores/fornecedores ou a natureza dos produtos (por exemplo, homogeneidade e maturidade). Quando são prováveis efeitos sobre a concorrência em matéria de inovação, mas não podem ser avaliados de forma apropriada com base nos mercados existentes, pode revelar-se necessário ter em conta factores específicos para poder analisar esses efeitos (ver Capítulo 2, acordos de Investição e desenvolvimento).

### 1.3.2. N.º 3 do artigo 81.º

31. Os acordos abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º podem beneficiar de uma isenção desde que sejam respeitadas as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo. É o que acontece quando o acordo:

- contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico;
- reserva aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante;

e não

- impõe às empresas interessadas restrições que não são indispensáveis para atingir estes objectivos;
- dá a essas empresas a possibilidade, relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, de eliminar a concorrência.

### Vantagens económicas

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

33. A Comissão não tem em conta economias realizadas graças a uma redução da produção, à repartição dos mercados, nem graças ao simples exercício do poder de mercado.

### **Parte equitativa para os consumidores**

34. As vantagens económicas devem beneficiar não apenas as partes no acordo, mas igualmente os utilizadores. Geralmente a repercussão das vantagens nos consumidores dependerá da intensidade da concorrência no mercado relevante. A pressão concorrencial garantirá normalmente que as poupanças em termos de custos são repercutidas através da redução dos preços ou que as empresas têm um incentivo para lançar novos produtos no mercado o mais cedo possível. Por conseguinte, se for mantida no mercado uma concorrência suficiente, que efectivamente restrinja as partes no acordo, o processo concorrencial garantirá normalmente que os consumidores obterão uma parte equitativa das vantagens económicas.

### **Carácter indispensável**

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

### **Não eliminação da concorrência**

36. O último critério de eliminação da concorrência em relação a uma parte substancial dos produtos em questão diz respeito à questão de domínio. Se uma empresa for dominante ou se tornar dominante em consequência de um acordo horizontal, um acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º não pode em princípio ser objecto de isenção.

### **Regulamentos de isenção por categoria em matéria de I&D e de especialização**

37. Sob certas condições, pode presumir-se que os critérios enunciados no n.º 3 do artigo 81.º são satisfeitos em relação a determinadas categorias de acordos. É normalmente o que acontece com os acordos de I&D e de produção em que a conjugação de competências ou de activos complementares pode dar origem a ganhos de eficiência importantes. As presentes orientações devem ser consideradas complementares dos regulamentos de isenção por categoria em matéria de I&D e de especialização. Estes regulamentos de isenção por categoria isentam as categorias de acordos mais correntes nos domínios da produção/especialização até um limiar de quota de mercado de 20 % e da I&D até um limiar de 25 % e desde que os acordos satisfaçam as condições de aplicação da isenção por categoria e não incluam restrições graves («cláusulas proibidas») que impossibilitariam a aplicação de qualquer isenção. Os regulamentos de isenção por categoria não prevêm divisibilidade para as restri-

ções graves. Se existir uma ou mais restrições graves, perde-se o benefício do regulamento de isenção por categoria relativamente à totalidade do acordo.

### **1.4. Estrutura dos capítulos seguintes relativos aos tipos de cooperação**

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

## **2. ACORDOS DE INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. Definição**

39. Os acordos de I&D podem variar, tanto pela sua forma como pelo seu âmbito de aplicação. Podem prever a subcontratação de determinadas actividades de I&D, para melhorar em comum tecnologias existentes e para uma cooperação em matéria de investigação, desenvolvimento e comercialização de produtos totalmente novos. Podem assim assumir a forma de acordos de cooperação ou de empresas controladas em comum. O presente capítulo é aplicável a todas as formas de acordos de I&D, incluindo os acordos conexos relativos ao fabrico ou à comercialização de produtos resultantes da I&D, sob reserva de que a vertente principal da cooperação seja I&D, à excepção das operações de concentração e das empresas comuns abrangidas pelo Regulamento das concentrações.
40. A cooperação em matéria de I&D pode reduzir a duplicação dos custos, permitir uma troca mutuamente frutuosa e intensiva de ideias e experiências e, por conseguinte, o desenvolvimento mais rápido de produtos e de tecnologias. Regra geral, a cooperação em matéria de I&D tende a aumentar as actividades de I&D no seu conjunto.
41. As pequenas e médias empresas (PME) constituem uma comunidade dinâmica e heterogénea, que tem de fazer face a inúmeros desafios, nomeadamente as crescentes exigências das grandes empresas de que são frequentemente subcontratantes. Nos sectores com um elevado coeficiente de I&D, as PME de crescimento rápido, mais frequentemente denominadas empresas de desenvolvimento rápido, procuram também ser líderes nos segmentos de mercado em rápida evolução. Para poder dar resposta a esses desafios e continuar a ser competitivas, as PME devem constantemente inovar. Graças à cooperação em matéria de I&D, pode esperar-se um aumento do conjunto das actividades de I&D das PME e que estas serão capazes de concorrer mais fortemente com empresas mais poderosas.
42. Em certos casos, contudo, os acordos de I&D podem dar origem a problemas de concorrência, tais como efeitos restritivos sobre os preços, produção, inovação, diversidade ou qualidade dos produtos.

## 2.2. Mercados relevantes

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

### Mercados existentes

#### a) Mercados do produto

44. Se a cooperação diz respeito a actividades de I&D orientadas para a melhoria de produtos existentes, estes últimos, incluindo os seus produtos de substituição próximos, constituem o mercado relevante abrangido pela cooperação<sup>(24)</sup>.
45. Se os esforços em matéria de I&D têm por objectivo alterar profundamente um produto existente, ou mesmo lançar um novo produto que irá substituir produtos existentes, a substituição do produto existente pode ser imperfeita ou efectuar-se apenas a longo prazo. Consequentemente, os antigos produtos e os novos produtos potenciais não pertencerão provavelmente ao mesmo mercado relevante. O mercado dos produtos existentes pode contudo ser um mercado relevante, se a reunião dos esforços de I&D for susceptível de dar origem a uma coordenação do comportamento das partes enquanto fornecedoras dos produtos existentes. A exploração do poder no mercado existente só é contudo possível se as partes detiverem em conjunto uma posição de força tanto no mercado dos produtos existentes como nas actividades de I&D.
46. Se a I&D disser respeito a uma importante componente de um produto final, o mercado relevante para a apreciação será não apenas o mercado dessa componente, mas igualmente o mercado do produto final existente. A título de exemplo, se construtores automóveis cooperam para a investigação e o desenvolvimento de um novo tipo de motor, o mercado automóvel pode ser afectado por essa cooperação. No entanto, o mercado

dos produtos finais só é um mercado relevante para efeitos da apreciação se a componente em causa nessas actividades de I&D for tecnológica ou economicamente uma componente essencial desses produtos finais e se as partes no acordo de I&D forem grandes concorrentes no mercado desses produtos finais.

#### b) Mercados das tecnologias

47. A cooperação em matéria de I&D pode igualmente incidir sobre tecnologias. Quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, o mercado da tecnologia relevante deve ser igualmente definido. Os mercados de tecnologias incluem os direitos de propriedade intelectual, que são concedidos sob licença, bem como as tecnologias de substituição próximas, ou seja, outras tecnologias que os clientes poderiam utilizar em substituição.
48. O método para definir os mercados das tecnologias segue os mesmos princípios que para a definição dos mercados do produto<sup>(25)</sup>. A partir da tecnologia comercializada pelas partes, é necessário identificar as outras tecnologias para as quais os clientes poderiam mudar em resposta a aumentos pequenos mas duradouros dos preços relativos. Após a identificação destas tecnologias, pode calcular-se as quotas de mercado dividindo as receitas provenientes da concessão de licenças geradas pelas partes pelo conjunto das receitas resultantes da concessão de licenças de todos os vendedores de tecnologias de substituição.
49. A posição das partes no mercado das tecnologias existentes constitui um critério pertinente de apreciação quando a cooperação em matéria de I&D visa melhorar radicalmente uma tecnologia existente ou criar uma nova tecnologia susceptível de substituir outra já existente. A quota de mercado das partes pode contudo ser apenas tomada como ponto de partida para esta análise. Em mercados de tecnologias, deve ser colocada uma tónica especial na concorrência potencial. Se empresas que actualmente não concedem licenças da sua tecnologia forem candidatos potenciais à entrada no mercado da tecnologia poderiam limitar a capacidade de as partes aumentarem os preços da sua tecnologia (ver exemplo 3 infra).

### Concorrência na inovação (actividades de I&D)

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

51. No primeiro cenário, aplicável por exemplo à indústria farmacêutica, o processo de inovação é estruturado de tal forma que é possível determinar muito cedo pólos de I&D. Estes pólos são actividades de I&D centradas num novo produto ou numa nova tecnologia, bem como as actividades de I&D de substituição, isto é, a I&D destinada a desenvolver produtos ou tecnologias substituíveis pelos que são objecto da cooperação em causa e que têm um acesso comparável aos recursos e seguem um calendário semelhante. Neste caso, pode analisar-se se após o acordo existirá ainda um número suficiente de pólos de I&D. O ponto de partida da análise do mercado é o esforço de I&D desenvolvido pelas partes. Seguidamente, é necessário definir pólos de I&D concorrentes e credíveis. Para avaliar a credibilidade de pólos concorrentes, devem ser tomados em consideração os seguintes aspectos: a natureza, o âmbito e a importância de outros esforços de I&D eventuais, o seu acesso a recursos financeiros e humanos, o saber-fazer e as patentes ou outros activos específicos, respectivo calendário e capacidade para explorar os eventuais resultados. Um pólo de I&D não é um pólo concorrente credível se não puder ser considerado um substituto próximo da actividade de I&D das partes na perspectiva, por exemplo, do acesso aos recursos ou do calendário.

52. No segundo cenário, as actividades de inovação num sector não são estruturadas de forma suficientemente clara para permitir a definição de pólos de I&D. Nesse caso, a Comissão não procurará, na ausência de circunstâncias excepcionais, perante um tal cenário, avaliar os efeitos sobre a inovação de uma determinada cooperação em matéria de I&D e limitará a sua apreciação aos mercados do produto e/ou das tecnologias que têm uma relação com a cooperação em questão em matéria de I&D.

### Cálculo das quotas de mercado

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

tos contratuais». Para uma isenção automática, esta quota de mercado não pode exceder 25 % <sup>(26)</sup>.

54. Se a I&D se destinar a desenvolver um produto que criará uma procura completamente nova, não podem ser calculadas as quotas de mercado baseadas em vendas. Só é possível uma análise dos efeitos do acordo na concorrência a nível da inovação. Por conseguinte, o Regulamento de isenção por categoria para a I&D isenta estes acordos independentemente da quota de mercado por um período de sete anos a contar da data de comercialização dos produtos no mercado <sup>(27)</sup>. Contudo, o benefício da isenção por categoria pode ser retirado se o acordo eliminar uma concorrência efectiva a nível da inovação <sup>(28)</sup>. Após o período de sete anos, podem ser calculadas as quotas de mercado baseadas no valor das vendas, sendo aplicável o limiar de quota de mercado de 25 % <sup>(29)</sup>.

### 2.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º

#### 2.3.1. Natureza do acordo

##### 2.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

55. A maior parte dos acordos de I&D não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Tal é principalmente verdadeiro em relação aos acordos que prevêem uma cooperação em matéria de I&D numa fase bastante teórica, muito afastada da exploração dos eventuais resultados.

56. Para além disso, a cooperação em matéria de I&D entre empresas não concorrentes não restringe geralmente a concorrência <sup>(30)</sup>. As relações de concorrência entre as partes devem ser analisadas no contexto dos mercados existentes e/ou da inovação afectados. Se as partes não estão em condições de efectuar independentemente os trabalhos de I&D necessários, não é susceptível de ser restringida qualquer concorrência. Esta observação pode aplicar-se, por exemplo, às empresas que agrupam competências, tecnologias e outros recursos complementares. A questão da concorrência potencial deve ser examinada fazendo prova de realismo. Assim, as partes não podem ser consideradas concorrentes potenciais simplesmente porque a cooperação lhes permite realizar estas actividades de I&D. A questão determinante consiste em saber se cada parte dispõe independentemente dos meios necessários em termos de activos, de saber-fazer e de outros recursos.

57. A cooperação em matéria de I&D, que passa pela subcontratação de actividades de I&D antes realizadas internamente na empresa, envolve frequentemente empresas especializadas, institutos de investigação ou organismos académicos que não participam na exploração dos resultados decorrentes desses trabalhos. Trata-se geralmente de acordos acompanhados de uma transferência de saber-fazer e/ou de uma cláusula de fornecimento exclusivo sobre os resultados eventuais. Dado o carácter complementar dos participantes na cooperação nestes cenários, não lhes é aplicável o n.º 1 do artigo 81.º.

58. Uma cooperação em matéria de I&D que não inclua a exploração em comum dos resultados através da concessão de licenças, da produção e/ou da comercialização, raramente é abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º. Estes acordos «puros» de I&D só podem colocar um problema de concorrência se a concorrência efectiva no domínio da inovação for significativamente reduzida.
- 2.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º
59. Se o verdadeiro objectivo de um acordo não for I&D mas a criação de um cartel disfarçado, ou seja, uma fixação dos preços, uma limitação da produção ou uma repartição dos mercados que de outra forma lhes são proibidos, é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. No entanto, um acordo de I&D que inclua a exploração em comum dos eventuais resultados futuros não é necessariamente restritivo da concorrência.
- 2.3.1.3. Acordos susceptíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º
60. Os acordos de I&D que não podem ser desde o início considerados como manifestamente não restritivos podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º <sup>(31)</sup> e devem ser analisados no seu contexto económico. Esta observação é válida para qualquer cooperação em matéria de I&D que seja estabelecida numa fase bastante próxima da comercialização e que seja concluída por empresas concorrentes quer nos mercados do produto ou das tecnologias existentes quer nos mercados da inovação.
- 2.3.2. Poder de mercado e estruturas dos mercados
61. A cooperação em matéria de I&D pode produzir três tipos de efeitos negativos nos mercados: em primeiro lugar pode restringir a inovação, em segundo pode dar origem à coordenação do comportamento das partes nos mercados existentes e em terceiro pode provocar problemas de encerramento no estádio da exploração dos resultados eventuais. Estes tipos de efeitos negativos nos mercados só podem contudo produzir-se quando os participantes na cooperação são muito poderosos nos mercados existentes e/ou quando a concorrência na inovação é significativamente reduzida. Na ausência de poder de mercado, as empresas não têm incentivo para coordenar o seu comportamento nos mercados existentes nem para reduzir ou abrandar a inovação. Os problemas de encerramento só podem colocar-se no âmbito de uma cooperação em que participa pelo menos uma empresa com um poder de mercado significativo numa tecnologia-chave e que implique uma exploração exclusiva dos resultados.
62. Não existe qualquer limiar absoluto de quota de mercado que indique que um acordo de I&D cria um certo grau de poder de mercado, sendo por conseguinte abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. Todavia, os acordos de I&D são objecto de isenção desde que sejam concluídos entre partes com uma quota de mercado cumulada que não ultrapasse 25 % e que estejam satisfeitas as outras condições de aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo à I&D. Por conseguinte, no que diz respeito à maior parte dos acordos de I&D, os efeitos restritivos apenas têm de ser analisados se as quotas de mercado cumuladas das partes excederem 25 %.
63. Os acordos que, devido ao maior poder de mercado das partes, não podem beneficiar do Regulamento de isenção por categoria relativo à I&D, não restringem automaticamente a concorrência. No entanto, quanto mais forte for a posição cumulada das partes nos mercados existentes e/ou mais restringida for a concorrência a nível da inovação, mais elevados são os riscos de o n.º 1 do artigo 81.º ser aplicável e de a apreciação do acordo em questão exigir uma análise mais aprofundada.
64. Se a I&D se destina a melhorar ou a aperfeiçoar produtos ou tecnologias existentes, os efeitos que daí poderiam decorrer dizem respeito ao ou aos mercados relevantes desses produtos ou tecnologias existentes. Os efeitos sobre os preços, a produção e/ou a inovação nos mercados existentes só são contudo possíveis se as partes tiverem em conjunto uma posição de força, se a entrada nesses mercados for difícil e se as outras actividades de inovação forem reduzidas. Para além disso, se as actividades de I&D disserem apenas respeito a um produto intermédio relativamente secundário, que entra na composição de um produto final, os efeitos sobre a concorrência em relação a esse produto final serão, caso existam, muito limitados. Regra geral, deve estabelecer-se uma distinção entre os acordos puros de I&D e uma cooperação mais ampla que se estenderá a diferentes fases da exploração dos resultados (ou seja, a concessão de licenças, a produção e a comercialização). Tal como já referido anteriormente, os acordos puros de I&D raramente são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. É o que acontece em especial em relação às actividades de I&D que têm por objecto uma melhoria limitada dos produtos/tecnologias existentes. Se, num tal cenário, a cooperação em matéria de I&D incluir uma exploração conjunta limitada à concessão de licenças, são pouco prováveis efeitos restritivos como o encerramento do mercado. Por outro lado, se a cooperação se alarga à produção e/ou à comercialização em comum dos produtos ou das tecnologias em que são introduzidas essas ligeiras melhorias, a cooperação deve ser objecto de uma análise mais aprofundada. Por um lado, são mais prováveis efeitos negativos sobre os preços e a produção nos mercados existentes se a cooperação associar grandes concorrentes. Por outro, a cooperação pode equiparar-se mais a um acordo de produção na medida em que as actividades de I&D podem não constituir, na realidade, o centro de gravidade de tal colaboração.
65. Se as actividades de I&D são consagradas à criação de um produto completamente novo (ou de uma tecnologia nova) que criará o seu próprio mercado, os efeitos sobre os preços e a produção nos mercados existentes são relativamente improváveis. A análise deve centrar-se nas eventuais restrições da inovação e que digam respeito, por exemplo, à qualidade e à diversidade dos futuros produtos ou tecnologias potenciais ou ainda ao ritmo da inovação. Estes efeitos restritivos podem produzir-se



quando duas ou mais das poucas empresas que desenvolvem um novo produto começam a cooperar num estádio em que cada uma delas está em vias de lançar este produto de forma independente. Pode então existir restrição da inovação mesmo em presença de um acordo puro de I&D. Todavia, a cooperação em matéria de I&D para a criação de um produto totalmente novo tem, em geral, efeitos positivos sobre a concorrência. Este princípio não se altera significativamente se a cooperação se estender à exploração em comum dos resultados, mesmo à sua comercialização em comum. A exploração em comum só coloca problemas nos casos em que o acesso a tecnologias-chave for vedado às empresas. Este tipo de problemas desaparece, por outro lado, se as partes concederem licenças a terceiros.

66. A maior parte dos acordos de I&D situam-se mais ou menos a meio caminho entre as duas situações extremas acima referidas. Podem, por conseguinte produzir efeitos na inovação e ter repercussões nos mercados existentes. Consequentemente, pode ser relevante analisar o mercado existente e o efeito na inovação a fim de quantificar as posições cumuladas das duas partes, o grau de concentração dos mercados, o número de empresas, nomeadamente as que inovam, e as condições de entrada nos mercados. Nota-se por vezes efeitos restritivos sobre os preços ou a produção nos mercados existentes e efeitos negativos sobre a inovação devido a um abrandamento do desenvolvimento. Por exemplo, se importantes concorrentes num mercado de tecnologias existentes cooperam a fim de criar uma nova tecnologia susceptível de substituir, a prazo, produtos existentes, esta cooperação causará provavelmente efeitos restritivos se as partes tiverem um poder de mercado significativo no mercado existente (o que as incentivaria a explorarem esta posição) e nas actividades de I&D. São possíveis efeitos semelhantes se a principal empresa de um mercado existente cooperar com um concorrente muito mais pequeno, ou mesmo com um concorrente potencial que está em vias de aparecer no mercado com um novo produto ou uma nova tecnologia susceptível de ameaçar a posição da empresa existente.

67. Certos acordos podem igualmente não beneficiar da isenção por categoria, independentemente do poder de mercado das partes. É nomeadamente o que acontece em relação a acordos que limitam o acesso de uma parte aos resultados das actividades na medida em que geralmente não favorecem o progresso económico e técnico através de uma maior divulgação dos conhecimentos técnicos entre as partes<sup>(32)</sup>. O Regulamento de isenção por categoria prevê uma excepção específica a esta regra geral no que diz respeito a organismos académicos, institutos de investigação ou empresas especializadas que fornecem I&D enquanto prestação de um serviço e que não desenvolvem actividades na exploração industrial dos resultados da I&D<sup>(33)</sup>. Todavia, é conveniente notar que os acordos que prevêm direitos de acesso exclusivos podem, quando são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, satisfazer os critérios de isenção enunciados no n.º 3 do mesmo artigo, em especial quando esses direitos de acesso exclusivos são economicamente indispensáveis devido ao mercado, aos riscos e aos pesados investimentos necessários para poder explorar os resultados da I&D.

## 2.4. **Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º**

### 2.4.1. *Vantagens económicas*

68. A maior parte dos acordos de I&D, independentemente de preverem ou não a exploração em comum dos resultados, produzem vantagens económicas devido às economias e à troca frutuosa de ideias e de experiências que permitem realizar, o que acelera o fabrico de produtos ou a criação de tecnologias novos ou melhorados. Nestas circunstâncias, afigura-se razoável que seja prevista a isenção dos acordos que dão origem a uma restrição da concorrência até um limiar de quota de mercado abaixo do qual se possa, para aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, em geral, presumir que os efeitos positivos dos acordos de investigação e desenvolvimento compensem quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência. Por conseguinte, o Regulamento de isenção por categoria relativo à I&D isenta os acordos de I&D que satisfaçam certas condições (ver artigo 3.º) e que não incluam restrições graves (ver artigo 5.º), desde que a quota de mercado cumulada das partes no(s) mercado(s) relevante(s) existente(s) não exceda 25 %.

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

### 2.4.2. *Carácter indispensável*

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

### 2.4.3. *Não eliminação da concorrência*

71. Não será concedida qualquer isenção se for dada a possibilidade às partes de eliminarem a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos (ou das tecnologias) em causa. Se, em consequência de um acordo de I&D, uma empresa for dominante ou se tornar dominante quer nos mercados existentes quer nos da inovação, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º não pode, em princípio, ser objecto de isenção. É o que acontece por exemplo a nível da inovação se o acordo combinar os dois únicos pólos de investigação existentes.

## **Momento da análise do acordo e duração da isenção**

72. Os acordos de I&D que englobam o fabrico e a comercialização em comum de novos produtos ou de novas tecnologias exigem uma atenção especial no que diz respeito ao momento em que a análise é efectuada.

73. No início de uma cooperação em matéria de I&D, por exemplo, não se sabe frequentemente se a cooperação terá êxito e qual será a posição futura das partes no mercado nem a evolução dos futuros mercados do produto ou das tecnologias. Por conseguinte, a análise da cooperação no momento da sua criação limita-se aos mercados do produto ou das tecnologias (então) existentes e/ou aos mercados da inovação, tal como se descreve no presente capítulo. Se resultar desta análise que a concorrência não é susceptível de ser eliminada, o acordo de I&D pode beneficiar de uma isenção. Esta última é normalmente concedida em relação a toda a duração da fase de investigação e desenvolvimento, prorrogada por um período suplementar, se a cooperação se estende à produção e à comercialização em comum dos resultados, a fim de ter em conta o lançamento e a colocação no mercado eventuais dos produtos resultantes dessas actividades de I&D. A razão que justifica esta prorrogação é que as primeiras empresas a penetrarem no mercado com um novo produto ou uma nova tecnologia adquirem frequentemente, numa primeira fase, quotas de mercado muito elevadas e o êxito das actividades de I&D é frequentemente recompensado pela protecção dos direitos de propriedade intelectual. Normalmente, uma forte posição de mercado devida a esta «vantagem do primeiro» não pode ser interpretada como uma eliminação da concorrência. A isenção por categoria abrange por conseguinte os acordos de I&D durante um período suplementar de sete anos (por outras palavras, para além da fase de I&D propriamente dita), independentemente do facto de se saber se, durante este período, as partes obtêm ou não uma quota elevada de mercado graças ao seu novo produto ou à sua nova tecnologia. Tal é igualmente válido para a análise individual dos casos de cooperação não abrangidos pela isenção por categoria, sob reserva de os critérios enunciados no n.º 3 do artigo 81.º, relativamente aos outros aspectos do acordo, estarem preenchidos. Tal não exclui a possibilidade de que um período superior a sete anos satisfaça igualmente os critérios previstos no n.º 3 do artigo 81.º, se se puder demonstrar que é o período mínimo necessário para garantir um rendimento adequado do capital investido.

74. Se um acordo de cooperação em matéria de I&D for objecto de uma nova análise no final deste período — por exemplo, na sequência de uma denúncia — esta deve basear-se na situação dos mercados existentes (nesta nova data). A isenção por categoria continua aplicável se a quota das partes no mercado relevante (nesta data) não ultrapassar 25 %. Da mesma forma, o n.º 3 do artigo 81.º continua a ser aplicável aos acordos de I&D não abrangidos pela isenção por categoria desde que os critérios sejam preenchidos.

## 2.5. Exemplos

### 75. Exemplo 1

**Hipótese:** imaginemos duas grandes empresas do mercado europeu do fabrico de componentes electrónicos existentes, que detêm as seguintes quotas de mercado: empresa A (30 %) e empresa B (30 %). Realizaram ambas importantes investimentos nas actividades de I&D necessárias à criação

de componentes electrónicos miniaturizados e desenvolveram os primeiros protótipos. Acordam agora em agrupar as suas actividades de I&D criando uma empresa comum que realizará essas actividades e produzirá os componentes para os revender seguidamente às suas empresas-mãe, que os comercializarão separadamente. As outras empresas do mercado são pequenas empresas que não dispõem de recursos suficientes para proceder aos investimentos necessários.

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

### 76. Exemplo 2

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

**Análise:** o produto pertence provavelmente a um novo mercado relevante. As partes reúnem recursos e competências complementares no quadro da sua cooperação e as probabilidades de colocação do produto no mercado aumentam consideravelmente. Ainda que a empresa B possa ser muito forte no mercado existente, este poder não tardará a diminuir e a existência de outros pólos de investigação tem probabilidades de evitar qualquer tentação da sua parte de reduzir as actividades de I&D. É provável que os direitos de exploração sejam necessários à empresa B durante o período remanescente de validade da patente, a fim de realizar os esforços de investimento necessários. Para além disso, a empresa A não dispõe de qualquer outra estrutura comercial. Por conseguinte, o acordo não ameaça restringir a concorrência.

#### 77. Exemplo 3

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

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

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

#### 3.1. Definição

78. Os acordos de produção podem variar na forma e no âmbito. Podem assumir a forma de cooperação comum através de uma empresa comum<sup>(34)</sup>, ou seja, através de uma empresa controlada conjuntamente que explore uma ou várias instalações de produção, ou através de acordos de especialização ou de subcontratação, através dos quais uma parte acorda em realizar a produção de um determinado produto.
79. Em geral, podem distinguir-se três categorias de acordos de produção: acordos de produção conjunta, através dos quais as partes acordam em produzir determinados produtos em conjunto (unilaterais ou recíprocos); acordos de especialização, através dos quais as partes acordam, unilateral ou reciprocamente, em cessar a produção de um produto e comprá-lo à outra parte; e acordos de subcontratação, através dos quais uma parte (o «contratante») confia a uma outra parte (o «contratado») o fabrico de um produto.
80. Os acordos de subcontratação são acordos verticais. Por conseguinte, na medida em que incluam restrições da concorrência, são abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria e pelas Orientações relativas às restrições verticais. Existem contudo duas excepções a esta regra: os acordos de subcontratação entre concorrentes<sup>(35)</sup> e os acordos de subcontratação entre não concorrentes que envolvam a transferência de saber-fazer para o subcontratante<sup>(36)</sup>.
81. Os acordos de subcontratação entre concorrentes são abrangidos pelas presentes orientações<sup>(37)</sup>. São fornecidas directrizes numa Comunicação separada<sup>(38)</sup> para a apreciação dos acordos de subcontratação entre não concorrentes que envolvam a transferência de saber-fazer para o contratante.

#### 3.2. Mercados relevantes

82. Para poder avaliar as relações de concorrência entre os participantes na cooperação, há em primeiro lugar que definir o(s) mercado(s) do produto e geográfico relevante(s) directamente em causa na cooperação (isto é, o(s) mercado(s) a que pertencem os produtos abrangidos pelo acordo). Por outro lado, um acordo de produção num mercado pode também afectar o comportamento concorrencial das partes num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado ao mercado directamente em causa na cooperação<sup>(39)</sup> (é o que se entende por «mercados secundários»). Todavia, só podem existir efeitos secundários se a cooperação num mercado der inevitavelmente origem à coordenação do comportamento concorrencial num outro mercado, por outras palavras, se os mercados forem interdependentes e se as partes se encontrarem numa posição de força no mercado secundário.

### 3.3. **Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º**

#### 3.3.1. *Natureza do acordo*

83. A principal fonte de problemas de concorrência que pode resultar de acordos de produção é a coordenação do comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores. Este tipo de problemas de concorrência coloca-se quando os participantes na cooperação são concorrentes efectivos ou potenciais em pelo menos um dos mercados relevantes, ou seja, no mercado directamente em causa na cooperação e/ou nos eventuais mercados secundários.

84. O facto de as partes serem concorrentes não conduz automaticamente a uma coordenação do seu compartimento. Para além disso, é necessário que a cooperação entre as partes diga respeito a uma grande parte das suas actividades para que a partilha dos custos atinja proporções importantes. Quanto mais importante for a parte dos custos em comum, maior é o risco de limitação da concorrência através dos preços, em especial no caso de produtos homogéneos.

85. Além dos problemas de coordenação, os acordos de produção podem criar também problemas de exclusão e outros efeitos negativos a terceiros. Não são provocados por uma relação de concorrência entre as partes, mas por uma posição de mercado forte de pelo menos uma das partes (por exemplo, num mercado a montante de uma componente-chave, que permite às partes aumentarem os custos dos seus concorrentes num mercado a jusante) no contexto de uma relação mais vertical ou complementar entre as partes cooperantes. Por conseguinte, a possibilidade de exclusão necessita de ser principalmente analisada no caso de produção conjunta de uma importante componente e no caso de acordos de subcontratação (ver infra).

#### 3.3.1.1. *Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º*

86. A não ser que surjam problemas de encerramento, os acordos de produção entre empresas não concorrentes não são normalmente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Esta observação é igualmente válida para os acordos que prevêem que bens intermédios ou componentes, que eram até então fabricados tendo em vista o autoconsumo (produção cativa), são a partir de então comprados a um terceiro através de subcontratação ou de especialização unilateral, a menos que certos elementos indiquem que a empresa que até agora produzia apenas para consumo próprio teria podido penetrar no mercado das vendas a terceiros desses bens intermédios ou desses componentes, sem suportar qualquer custo ou risco suplementar elevado em reacção a variações ligeiras, mas permanentes, dos preços relativos.

87. Os acordos de produção entre concorrentes também não são necessariamente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Por um lado, com efeito, uma cooperação entre empresas concorrentes em mercados estreitamente associados ao mercado directamente em causa nessa cooperação não

poderá ser acusada de restringir a concorrência se constituir a única forma possível comercialmente justificável de entrar num novo mercado, lançar um novo produto ou serviço ou realizar um determinado projecto.

88. Em segundo lugar, é bastante provável que esta cooperação altere o comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores, se a parte dos seus custos totais que partilham for reduzida. Pode por exemplo pressupor-se que os custos totais partilhados são limitados se duas ou várias empresas acordarem em se especializarem ou produzirem em comum um produto intermédio que representa apenas uma parte reduzida dos custos de produção do produto final e, por conseguinte, dos custos totais. O mesmo se aplica a um acordo de subcontratação entre concorrentes, em que o factor de produção que um concorrente adquire a um outro representar apenas uma pequena parte dos custos de produção do produto final. É previsível a mesma hipótese quando as partes fabricam em comum o produto final, mas esta produção conjunta constitui apenas uma parte reduzida da produção total desse bem final. Ainda que a parte da produção conjunta seja elevada, a proporção dos custos totais partilhados pode ser reduzida ou melhorada se a cooperação incidir sobre produtos heterogéneos que exigem acções comerciais dispendiosas.

89. Em terceiro lugar, os acordos de subcontratação entre concorrentes não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, se se limitarem a vendas e compras individuais no mercado comercial sem quaisquer outras obrigações e sem fazer parte de uma relação comercial mais vasta entre as partes<sup>(40)</sup>.

#### 3.3.1.2. *Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º*

90. Os acordos que fixam os preços dos fornecimentos das partes, limitam a produção ou repartem os mercados ou grupos de clientes têm por objecto restringir a concorrência e são quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Tal não é contudo aplicável aos casos:

— em que as partes fixam a produção directamente abrangida pelo acordo de produção (por exemplo, a capacidade e o volume de produção de uma empresa comum, ou um volume acordado de produtos subcontratados);

— em que uma empresa comum de produção, que também procede à distribuição dos produtos transformados, fixa os preços de venda destes produtos, desde que a fixação dos preços pela empresa comum resulte da integração dessas diversas funções<sup>(41)</sup>.

Nestes dois cenários, o acordo relativo à produção ou aos preços não será apreciado separadamente, mas à luz dos efeitos globais da empresa comum no mercado a fim de determinar a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 81.º.

### 3.3.1.3. Acordos susceptíveis de serem abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

91. Os acordos de produção que não podem ser considerados acordos manifestamente restritivos ou não restritivos baseando-se nos critérios enunciados anteriormente podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º (42) e devem ser analisados no seu contexto económico. Esta observação é aplicável aos acordos de cooperação entre concorrentes que dão origem a uma partilha dos custos importante, mas não implicam qualquer das restrições graves mencionadas supra.

### 3.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

92. O ponto de partida da análise é a posição das partes no ou nos mercados em causa. Tal deve-se ao facto de, na ausência de poder de mercado, as partes num acordo de produção não terem incentivo para coordenar o seu comportamento concorrencial enquanto fornecedores. Por outro lado, não existem efeitos sobre a concorrência se as partes não dispuserem de qualquer poder de mercado, ainda que coordenem o seu comportamento.
93. Não existe qualquer limiar absoluto de quota de mercado, que indique que um acordo de produção cria um certo grau de poder de mercado, sendo por conseguinte abrangido pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º. Contudo, os acordos que prevêem uma especialização unilateral ou recíproca, bem como os acordos de produção conjunta, estão isentos por categoria, desde que sejam concluídos entre partes cuja quota de mercado cumulada não seja superior a 20 % no(s) mercado(s) relevante(s) e que estejam satisfeitas as outras condições de aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativa à especialização. Por conseguinte, no que diz respeito a acordos abrangidos pela isenção por categoria, os efeitos restritivos só têm de ser analisados se a quota de mercado cumulada das partes ultrapassar 20 %.
94. Os acordos não abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria exigem uma análise mais aprofundada. O ponto de partida da análise é a posição das partes no ou nos mercados relevantes, antes de passar ao cálculo do índice de concentração e do número de empresas existentes no mercado, bem como à análise dos outros factores, tal como referido no Capítulo I.
95. Habitualmente, a análise envolverá apenas o ou os mercados em causa directamente na cooperação. Em certas circunstâncias, por exemplo, se a posição cumulada das partes é muito forte nos mercados a montante ou a jusante ou nos mercados estreitamente associados, através de outros aspectos, aos mercados directamente abrangidos pela cooperação, esses mercados secundários poderão contudo ter de ser igualmente analisados. Tal é válido em

particular para uma cooperação em mercados a montante entre empresas que dispõem já, em conjunto, de uma posição de força em mercados a jusante. Do mesmo modo, os problemas de exclusão podem necessitar de ser analisados se as partes individualmente tiverem uma posição forte, enquanto fornecedores ou compradores de um factor de produção.

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

96. Se a quota de mercado cumulada das partes ultrapassar 20 %, devem ser avaliados os efeitos prováveis do acordo de produção no mercado. Quanto a este aspecto, o índice de concentração no mercado, bem como as quotas de mercado, constituem elementos de informação importantes. Quanto mais elevada for a quota de mercado cumulada das partes mais concentrado é o mercado em causa. Contudo, não é suficiente que a quota de mercado seja ligeiramente superior ao limiar autorizado pelo Regulamento de isenção por categoria para que o índice de concentração seja necessariamente elevado. Por exemplo, uma quota de mercado cumulada das partes ligeiramente superior a 20 % pode ser compatível com um mercado moderadamente concentrado (IHH inferior a 1 800). Num tal cenário, os efeitos restritivos são improváveis. Num mercado mais concentrado, em contrapartida, uma quota de mercado que ultrapassasse 20 % será susceptível, para além de outros elementos, de dar origem a uma restrição da concorrência (ver igualmente o exemplo 1 infra). A conclusão pode contudo ser diferente se o mercado for muito dinâmico, devido à entrada de novos concorrentes e à evolução frequente das posições no mercado.
97. No que diz respeito à produção conjunta, os efeitos de rede, que se produzem quando existem ligações entre um grande número de concorrentes, podem igualmente desempenhar um papel importante. Num mercado concentrado, a criação de uma relação suplementar pode contrariar o equilíbrio e torna provável uma colusão neste mercado, ainda que as partes tenham uma quota de mercado cumulada elevada, mas moderada (ver o exemplo 2 infra).
98. Em certos casos, uma cooperação entre concorrentes potenciais pode também colocar problemas de concorrência. Isto verifica-se contudo apenas no caso em que uma empresa com grande poder no mercado coopera com um novo candidato potencial, segundo uma hipótese realista, por exemplo, um fornecedor do mesmo produto ou serviço em posição de força num mercado geográfico vizinho. A redução da concorrência potencial suscita problemas específicos se a concorrência efectiva for já reduzida e se a ameaça da chegada de novos concorrentes constituir um motor essencial da concorrência.

### Cooperação nos mercados a montante

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

- problemas de encerramento (ver exemplo 3 infra), desde que as partes disponham de uma posição de força no mercado relevante do produto intermédio (utilização não cativa) e que a passagem de uma utilização cativa para uma utilização não cativa não se possa efectuar em caso de aumento dos preços relativos ligeiros, mas permanentes, em relação ao produto em questão;
- efeitos secundários (ver exemplo 4 infra), desde que o produto intermédio represente um elemento de custo importante e que as partes estejam em posição de força no mercado a jusante do produto final.

#### Acordos de subcontratação entre concorrentes

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

- problemas de encerramento desde que as partes disponham de uma forte posição como fornecedores ou compradores no mercado relevante dos factores de produção (uso não cativo). A subcontratação poderia então dar origem a que outros concorrentes não conseguissem este produto intermédio a um preço competitivo ou a que outros concorrentes não pudessem fornecer o produto intermédio a um nível competitivo se perdessem uma grande parte da procura.
- efeitos secundários, desde que o produto intermédio represente um elemento de custo importante e que as partes estejam em posição de força no mercado a jusante do produto final.

#### Acordos de especialização

101. Os acordos recíprocos de especialização entre partes cujas quotas de mercado ultrapassam o limiar previsto no Regulamento de isenção por categoria são quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, devendo ser examinados com atenção devido ao risco de repartição dos mercados (ver exemplo 5 infra).

### 3.4. **Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º**

#### 3.4.1. *Vantagens económicas*

102. Pode presumir-se que a maior parte dos tipos comuns de acordos de produção dá origem a algumas vantagens económicas sob a forma de economias de escala ou âmbito ou melhores tecnologias de produção, a não ser que sejam um instrumento de fixação dos preços, de restrição da produção ou de atribuição de um mercado e de clientela. Nestas condições, afigura-se razoável prever a isenção dos acordos que dêem origem a uma restrição da concorrência até um limiar de quota de mercado, abaixo do qual se pode, para aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, em geral, presumir que os efeitos positivos dos acordos de investigação e desenvolvimento compensarão quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência. Por conseguinte, os acordos relativos à especialização unilateral ou recíproca bem como à produção conjunta estão isentos por categoria (Regulamento de isenção por categoria

relativo à especialização), desde que não contenham restrições graves (ver artigo 5.º) e que sejam concluídos entre partes com uma quota de mercado cumulada que não exceda 20 % no(s) mercado(s) relevante(s).

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

#### 3.4.2. *Carácter indispensável*

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

#### 3.4.3. *Não eliminação da concorrência*

105. Não será possível qualquer isenção se as partes tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência no que diz respeito a uma parte substancial dos produtos em questão. Se em consequência de um acordo de produção uma empresa for dominante ou se tornar dominante, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º pode em princípio não ser objecto de isenção. Tal deve ser analisado no mercado relevante a que pertencem os produtos abrangidos pela cooperação e nos eventuais mercados secundários.

### 3.5. **Exemplos**

#### Produção conjunta

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

#### 107. Exemplo 1

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

**Análise:** é provável que esta empresa comum produza um efeito no comportamento concorrencial das partes, uma vez que esta coordenação lhes conferirá um poder considerável no mercado, não estando excluída a possibilidade de criação de uma posição dominante. São prováveis graves efeitos restritivos. Num tal cenário são improváveis ganhos de eficiência capazes de compensar estes efeitos, uma vez que não se prevê qualquer aumento significativo da produção.

#### 108. Exemplo 2

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

**Análise:** neste caso, o mercado caracteriza-se pela existência de um número muito reduzido de empresas e por estruturas bastante simétricas. A empresa comum cria uma relação suplementar entre as empresas. A coordenação entre A e B reforçará, de facto, a concentração do mercado e associará E a A e B. Esta cooperação é susceptível de dar origem a um grave efeito restritivo e, tal como no exemplo 1, não é previsível qualquer ganho de eficiência significativo.

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

#### 110. Exemplo 3

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

**Análise:** apesar da forte posição das partes no mercado não cativo, a cooperação não pode eliminar a concorrência efectiva no mercado do produto X, se os custos de passagem da utilização cativa para a utilização não cativa forem reduzidos. No entanto, a quota de mercado elevada (60 %) só pode ser contrariada se esta passagem de uma utilização para outra for muito rápida. Caso contrário, esta empresa comum de produção levanta graves problemas de concor-

rência que não poderão ser compensados mesmo através de vantagens económicas importantes.

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

#### 112. Exemplo 4

**Hipótese:** A e B criam uma empresa comum de produção para o fabrico de um produto intermédio X. Encerrarão as suas próprias instalações onde fabricavam até então esse produto e abastecer-se-ão exclusivamente junto da empresa comum a fim de cobrir as suas necessidades do produto. Este produto intermédio representa 50 % dos custos totais do produto final Y. A e B detêm cada um uma quota de 20 % no mercado do produto Y. O mercado conta com dois outros grandes fornecedores do produto Y, que possuem cada um 15 % do mercado, e vários pequenos concorrentes.

**Análise:** neste exemplo, os custos em comum são elevados. Para além disso, as partes adquiririam poder de mercado graças à coordenação do seu comportamento no mercado do produto Y. Esta cooperação coloca problemas na perspectiva da concorrência e a apreciação é quase idêntica à do exemplo 1, ainda que a cooperação se efectue, neste caso, num mercado a montante.

### Especialização recíproca

#### 113. Exemplo 5

**Hipótese:** A e B fabricam e fornecem ambos os produtos homogéneos X e Y, que pertencem a mercados distintos. A quota de mercado de A no que diz respeito ao produto X é de 28 % e ao produto Y é de 10 %. A quota de B no mercado do produto X é de 10 %, contra 30 % no mercado do produto Y. Devido a economias de escala, A e B concluem um acordo de especialização recíproca segundo o qual, no futuro, A passará apenas a fabricar o produto X e B o produto Y. Acordam, para além disso, em abastecer-se mutuamente, de forma a permanecerem ambos fornecedores nesses mercados. Dada a homogeneidade dos produtos, os custos de distribuição são muito reduzidos. Os mercados contam com dois outros fabricantes fornecedores dos produtos X e Y, com quotas de mercado próximas dos 15 % cada um, tendo os outros fornecedores quotas de mercado compreendidas entre 5 % e 10 %.

**Análise:** a parte dos custos comuns é extremamente elevada. Apenas os custos de distribuição permanecem distintos, mas são relativamente reduzidos. Por conseguinte, existe pouco espaço para a concorrência. As partes adquiririam poder de mercado através da coordenação do seu comportamento nos mercados dos produtos X e Y. Para além disso, a oferta do produto Y por A e a do produto

X por B virá muito provavelmente a diminuir a prazo. Este exemplo coloca problemas de concorrência que não são susceptíveis de ser compensados pelas economias de escala.

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

### Subcontratação entre concorrentes

#### 114. Exemplo 6

**Situação:** A e B são concorrentes no mercado do produto final X. A possui uma quota de mercado de 15 %, B de 20 %. Ambos produzem também o produto intermédio Y, que é um factor na produção de X, mas que é igualmente utilizado para fabricar outros produtos. Representa 10 % do custo de X. A fabrica apenas Y para consumo interno, enquanto B vende também Y a clientes terceiros. A sua quota de mercado relativamente a Y é de 10 %. A e B concluem um acordo de subcontratação, através do qual A adquirirá 60 % das suas necessidades de Y a B. Continuará a produzir 40 % das suas necessidades internamente a fim de não perder o saber-fazer relativo à produção de Y.

**Análise:** Uma vez que A só produziu Y para consumo interno, há que analisar em primeiro lugar se A é um candidato potencial efectivo à entrada no mercado das vendas de Y a terceiros. Se tal não acontecer, nesse caso o acordo não restringe a concorrência no que se refere a Y. Não é provável que se verifiquem efeitos secundários no mercado em relação a X tendo em conta o grau reduzido de uniformidade dos custos criado pelo acordo.

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

## 4. ACORDOS DE COMPRA

### 4.1. Definição

115. O presente capítulo trata dos acordos que dizem respeito às compras de produtos em comum. Este tipo de compras pode realizar-se através de uma empresa controlada

conjuntamente ou de uma empresa em que um grande número de empresas detém uma pequena participação, ou através de um acordo contratual, ou ainda através de uma forma de cooperação mais flexível.

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

117. As compras em comum podem basear-se tanto em acordos horizontais como verticais. Nestes casos é necessária uma análise em duas fases. Em primeiro lugar, os acordos horizontais devem ser apreciados segundo os princípios descritos nas presentes orientações. Se esta apreciação conduzir à conclusão de que uma cooperação entre concorrentes na área das compras é aceitável, será necessária uma apreciação mais aprofundada a fim de examinar os acordos verticais concluídos com fornecedores ou vendedores individuais. Esta última apreciação basear-se-á nas regras do Regulamento de isenção por categoria e nas Orientações relativas às restrições verticais<sup>(43)</sup>.

118. Uma associação constituída por um grupo de retalhistas para a compra em comum de produtos poderá constituir um exemplo. Os acordos horizontais concluídos entre os membros da associação ou as decisões adoptadas pela associação devem ser apreciadas em primeiro lugar enquanto acordo horizontal à luz das presentes orientações. Apenas se esta apreciação for favorável é que se torna relevante apreciar os acordos verticais daí decorrentes entre a associação e um dos seus membros, ou entre a associação e fornecedores. Estes acordos são regidos, até certo ponto, pela isenção por categoria relativa às restrições verticais<sup>(44)</sup>. Os acordos não abrangidos pela isenção por categoria vertical não serão à partida considerados ilegais, mas podem exigir um exame individual.

### 4.2. Mercados relevantes

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



120. A definição dos mercados de compra relevantes segue os princípios constantes da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante e baseia-se no conceito de substituíbilidade, a fim de identificar as restrições concorrenciais. A única diferença em relação à definição dos «mercados de venda» é que a substituíbilidade deve ser definida do ponto de vista da oferta e não da procura. Por outras palavras, as alternativas de que dispõem os fornecedores são determinantes para identificar as restrições concorrenciais que se exercem sobre os compradores. Estas poderiam por exemplo ser analisadas ao examinar a reacção dos fornecedores a uma *diminuição* dos preços reduzida, mas duradoura. Uma vez definido o mercado, a quota de mercado detida será então igual à percentagem que as compras das partes em causa representam em relação às vendas totais do produto ou do serviço comprado no mercado relevante.

#### 121. Exemplo 1

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

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

### 4.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º

#### 4.3.1. Natureza do acordo

##### 4.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

123. Pela sua própria natureza, os acordos de compras em comum são concluídos entre empresas que são pelo menos concorrentes nos mercados de compras. Se existir cooperação entre compradores concorrentes que não operam no mesmo mercado relevante a jusante (por

exemplo, retalhistas que operam em mercados geográficos diferentes e que não podem por conseguinte ser considerados, numa abordagem realista, concorrentes potenciais), o n.º 1 do artigo 81.º será raramente aplicável, a menos que as partes beneficiem de uma posição muito forte nesses mercados, que podia ser utilizada para prejudicar a posição competitiva de outros operadores nos seus respectivos mercados de vendas.

##### 4.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

124. Os acordos de compra só são por natureza abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º quando a cooperação não incide verdadeiramente nas compras em comum, mas é utilizada como instrumento para um acordo dissimulado, isto é, práticas normalmente proibidas, tais como a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados.

##### 4.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

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

#### 4.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

126. O ponto de partida da análise é o exame do poder de compra das partes. Pode pressupor-se que existe poder de compra quando um acordo de compra incide sobre uma parte suficientemente importante do volume total de um mercado de compras, de tal forma que os preços podem ser reduzidos abaixo do nível em que existe concorrência, ou o acesso ao mercado encerrado a compradores concorrentes. Quando pode ser exercido um forte poder de compra face a fornecedores num determinado mercado, tal pode dar origem a perdas de eficiência, por exemplo, uma redução da qualidade, uma diminuição do esforço no domínio da inovação ou, finalmente, uma limitação da oferta. Contudo, uma das principais preocupações suscitadas pela situação do poder de compra é que a redução dos preços não seja repercutida sobre os clientes a jusante e que dê origem a um aumento dos custos para os concorrentes dos compradores nos mercados de venda, na medida em que ou os fornecedores tentarão compensar as reduções de preços concedidas a um grupo de clientes, aumentando os preços facturados aos outros clientes, ou os concorrentes terão menos acesso a fornecedores eficientes. Por conseguinte, os mercados de compra e de venda caracterizam-se por um certo número de relações de interdependência, que serão seguidamente referidas.

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

127. Uma cooperação entre compradores concorrentes pode reduzir significativamente a concorrência criando poder de compra. Se a existência de poder de compra se pode traduzir por uma redução dos preços no consumo, não é menos verdadeiro que nem sempre é favorável à concorrência, podendo mesmo, em certas circunstâncias, ter graves repercussões negativas sobre esta.

128. Em primeiro lugar, uma redução dos custos de compra subsequente ao exercício de poder de compra não pode ser considerada favorável à concorrência se os compradores, considerados no seu conjunto, podem exercer um certo poder nos mercados de venda. Nesse caso, as economias realizadas a nível dos custos não serão provavelmente repercutidas sobre os consumidores. Quanto maior for o poder global das partes nos mercados em que vendem os seus produtos, mais tentadas serão a coordenar o seu comportamento enquanto vendedoras. Tal poderá ser-lhes ainda mais fácil se conseguirem agrupar uma grande parte dos seus custos através de compras em comum. Se, por exemplo, vários retalhistas de grande dimensão comprarem em conjunto uma grande parte dos seus produtos, poderão partilhar uma parte importante dos seus custos. Os efeitos negativos das compras em comum podem por conseguinte ser muito semelhantes aos da produção conjunta.
129. Em segundo lugar, a existência de um poder de compra utilizado para impedir a entrada de concorrentes ou aumentar os custos dos rivais pode criar ou reforçar o poder exercido nos mercados de venda. Se um grupo de clientes possuir um forte poder de compra, tal pode conduzir ao afastamento de compradores, limitando o seu acesso a fornecedores eficientes. Pode igualmente dar origem a um aumento dos custos para os seus concorrentes, na medida em que os fornecedores tentarão recuperar as reduções de preços concedidas a um grupo de clientes aumentando os preços facturados a outros clientes (por exemplo, discriminações em matéria de reduções exercidas pelos fornecedores face aos retalhistas). Todavia, tal só será possível se os fornecedores do mercado de compra possuírem igualmente um certo poder de mercado. Nesses casos, a concorrência nos mercados de venda pode ser ainda mais limitada pelo poder de compra.
130. Não existe um limiar absoluto que indique quando é que uma cooperação no domínio das compras cria um certo grau de poder de mercado, sendo assim abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º. Contudo, na maior parte dos casos é pouco provável que o poder de mercado exista se as partes no acordo tiverem uma quota de mercado cumulada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de compra bem como uma quota de mercado cumulada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de venda. De qualquer modo, a esse nível de quota de mercado é provável que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º mencionadas infra sejam satisfeitas pelo acordo em questão.
131. Uma quota de mercado superior a este limiar não indica automaticamente que a cooperação tem efeitos negativos no mercado, mas necessita de uma apreciação mais aprofundada do impacto de um acordo de compra em comum no mercado, incidindo nomeadamente em factores tais como a concentração do mercado e a existência eventual de um poder de compensação a nível dos fornecedores mais importantes. Acordos de compra em comum que reúnem partes que possuem uma quota de mercado cumulada claramente superior a 15 % num mercado concentrado são susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º e as partes deverão demonstrar que estes acordos dão origem a ganhos de eficiência que podem compensar os seus efeitos restritivos.

#### 4.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º

##### 4.4.1. Vantagens económicas

132. Os acordos de compra podem dar origem a vantagens económicas, tais como economias de escala no domínio das encomendas ou transportes, que podem compensar os efeitos restritivos. Se as partes possuírem em conjunto um poder de compra ou de venda importante, a questão dos ganhos de eficiência deverá ser analisada cuidadosamente. As economias realizadas no domínio dos custos, que são devidas ao simples exercício do poder de compra e que não beneficiam os consumidores não podem ser tomadas em consideração.

##### 4.4.2. Carácter indispensável

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

##### 4.4.3. Não eliminação da concorrência

134. Não será possível qualquer isenção se se permitir às partes eliminarem a concorrência de uma parte substancial dos produtos em causa. Esta apreciação deve incidir simultaneamente sobre os mercados de compra e sobre os mercados de venda. As quotas de mercado cumuladas das partes podem ser tomadas como ponto de partida. Seguidamente, será necessário avaliar se essas quotas de mercado indicam a existência de uma posição dominante e se existem factores atenuantes, tais como um poder de compensação dos fornecedores nos mercados de compra ou possibilidades de entrada nos mercados de venda. Se em consequência de um acordo de compra uma empresa for dominante ou se tornar dominante tanto no mercado de compra como no mercado de venda, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º não pode em princípio ser objecto de isenção.

#### 4.5. Exemplos

##### 135. Exemplo 2

**Hipótese:** dois fabricantes, A e B, decidem comprar em comum o componente X. São concorrentes no seu mercado de vendas. As suas compras em conjunto representam 35 % das vendas totais de X no EEE, que se pressupõe ser o mercado geográfico relevante. Existem seis outros fabricantes (concorrentes de A e B no seu mercado de vendas), que representam os 65 % restantes do mercado de compra; um deles possui 25 % desse mercado e os outros uma parte muito menos importante. A oferta é relativamente concentrada, com seis fornecedores do componente X, dos quais dois possuem 30 % do mercado cada um e os outros entre 10 % e 15 % (IHH 2300-2500). No seu mercado de venda, A e B possuem uma quota de mercado cumulada de 35 %.

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

#### 136. Exemplo 3

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

**Análise:** os retalhistas podem partilhar uma grande parte dos seus custos se comprarem em conjunto mais do que o volume mínimo acordado. Todavia, possuem apenas, considerados no seu conjunto, quotas pouco elevadas tanto no mercado de compra como no mercado de venda. Para além disso, a cooperação, que dá origem a certas economias de escala, é susceptível de beneficiar de uma isenção.

#### 137. Exemplo 4

**Hipótese:** duas cadeias de supermercados concluem um acordo para comprar em comum produtos que representam cerca de 50 % dos seus custos totais. Nos mercados relevantes de compras das diferentes categorias de produtos, as partes atingem quotas que se situam entre 25 % e 40 %, enquanto no mercado relevante de vendas (pressupondo-se que existe um único mercado geográfico relevante), as suas quotas atingem 40 %. Existem cinco outros grandes retalhis-

tas, que possuem quotas de mercado entre 10 % e 15 % cada um. São pouco prováveis entradas no mercado.

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

#### 138. Exemplo 5

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

**Análise:** a criação do agrupamento de compras é susceptível de conferir às partes, tanto no mercado das compras como no mercado das vendas, um poder que lhes permitirá entrar em concorrência com os dois retalhistas mais importantes. Para além disso, a presença destes dois outros operadores, com poderes de mercado semelhantes, pode conduzir à repercussão sobre os consumidores dos ganhos de eficiência resultantes do acordo. Nesse caso, o acordo teria todas as hipóteses de beneficiar de uma isenção.

## 5. ACORDOS DE COMERCIALIZAÇÃO

### 5.1. Definição

139. Os acordos abrangidos pelo presente capítulo dizem respeito a uma cooperação entre concorrentes relativamente à venda, distribuição ou promoção dos seus produtos. Estes acordos podem ter um âmbito muito diferente, em função dos elementos da comercialização sobre os quais incide a cooperação. Num dos extremos encontramos a venda em comum, o que implica uma definição conjunta de todos os aspectos comerciais associados à venda do produto, incluindo o preço. No outro extremo podemos encontrar acordos mais limitados que incidem

apenas num determinado aspecto da comercialização, tal como a distribuição, o serviço pós-venda ou a publicidade.

140. O mais importante destes acordos mais limitados parece ser o acordo de distribuição. Este tipo de acordo é igualmente abrangido pelo Regulamento de isenção por categoria e pelas Orientações relativas às restrições verticais, a menos que as partes sejam concorrentes efectivos ou potenciais. Nesse caso, o Regulamento de isenção por categoria só abrange os acordos verticais não recíprocos concluídos entre empresas concorrentes se a) o comprador, bem como as empresas que lhe estão associadas, tiver um volume de negócios anual que não ultrapasse 100 milhões de euros, ou se b) o fornecedor for fabricante e distribuidor de produtos e o comprador um distribuidor que não seja também um fabricante de produtos que estejam em concorrência com os produtos contratuais ou c) o fornecedor for um prestador de serviços em vários níveis do comércio e o comprador não forneça serviços concorrentes no mesmo nível de comércio em que adquire os serviços contratuais<sup>(45)</sup>. Se os concorrentes acordarem em assegurar reciprocamente a distribuição dos seus produtos, é possível, em certos casos, que os acordos tenham por objecto ou por efeito o encerramento de mercados em benefício das partes ou que dêem origem a uma colusão. Tal é igualmente válido para os acordos não recíprocos entre concorrentes que ultrapassam uma determinada dimensão. Por conseguinte, tais acordos devem em primeiro lugar ser apreciados segundo os princípios referidos seguidamente. Se esta apreciação permitir concluir que uma cooperação entre concorrentes na área da distribuição seria em princípio aceitável, será necessária uma outra apreciação a fim de examinar as restrições verticais incluídas nesses acordos. Esta apreciação deverá basear-se nos princípios definidos nas Orientações relativas às restrições verticais.
141. Seria igualmente conveniente estabelecer uma distinção entre os acordos em que as partes concordam unicamente numa comercialização em comum e os acordos em que a comercialização se encontra associada a uma outra forma de cooperação. Tal pode, por exemplo, acontecer relativamente à produção conjunta ou às compras em comum. Estes acordos serão apreciados da mesma forma que os relativos a estes tipos de cooperação.

## 5.2. Mercados relevantes

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

## 5.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º

### 5.3.1. Natureza do acordo

#### 5.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

143. Os acordos de comercialização abrangidos pela presente secção só são abrangidos pelas regras de concorrência se as partes em causa forem concorrentes. Se as partes não estiverem manifestamente em concorrência relativamente aos produtos ou serviços abrangidos pelo acordo, este não poderá criar problemas de natureza horizontal. Contudo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, manutenção de preços de revenda, etc. O mesmo acontece quando uma cooperação no domínio da comercialização é objectivamente necessária para permitir a uma parte penetrar num mercado em que não teria podido entrar individualmente, por exemplo devido aos custos que tal implica. Acontece nomeadamente quando várias empresas constituem um agrupamento de empresas a fim de poderem elaborar uma proposta credível para projectos relativamente aos quais não estariam em condições de apresentar propostas a título individual. Como não são concorrentes potenciais em relação a esta proposta precisa, não se verificará qualquer restrição da concorrência.

#### 5.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

144. O principal problema que o acordo de comercialização entre concorrentes coloca é a fixação dos preços. Os acordos limitados à venda em comum têm geralmente por objecto e por efeito a coordenação das políticas de fixação de preços de fabricantes concorrentes. Nesse caso, não eliminam apenas qualquer concorrência a nível dos preços entre as partes, mas limitam igualmente o volume dos produtos que serão fornecidos pelas partes no âmbito do sistema de repartição de encomendas. Por conseguinte, restringem a concorrência entre as partes no domínio da oferta e limitam a escolha dos adquirentes. Por este facto, são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º.
145. Esta apreciação continua a ser a mesma se o acordo não for exclusivo. O n.º 1 do artigo 81.º é com efeito aplicável mesmo quando as partes têm a liberdade de vender os seus produtos fora do acordo, se se puder pressupor que este dará origem a uma coordenação global dos preços facturados pelas partes.

#### 5.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

146. Os acordos de comercialização que não abrangem as vendas em comum suscitam duas grandes preocupações. A primeira é que a comercialização em comum proporciona uma boa oportunidade para a troca de informações comerciais sensíveis, nomeadamente sobre as estratégias de comercialização e os preços. A segunda é que, con-

soante a estrutura dos custos de comercialização, um elemento importante dos custos finais das partes pode ser comum. Tal pode levar à redução das possibilidades de concorrência a nível dos preços na fase final da venda. Os acordos de comercialização em comum podem por conseguinte ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º se permitirem a troca de informações comerciais sensíveis ou se influenciarem uma parte importante dos custos finais das partes.

147. Um dos riscos que apresentam os acordos de distribuição entre concorrentes que operam em mercados geográficos diferentes é que podem dar origem ou constituir um instrumento de encerramento dos mercados. No caso de acordos recíprocos de distribuição dos produtos das diferentes partes, estas repartem entre si os mercados ou os clientes, eliminando desta forma a concorrência entre elas. Aquando da apreciação deste tipo de acordo, é necessário antes de mais saber se o acordo em causa era objectivamente necessário para que as partes pudessem penetrar nos seus mercados respectivos. Em caso afirmativo, o acordo não cria problemas de concorrência de natureza horizontal. Todavia, o acordo de distribuição pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, manutenção do preço de revenda, etc. Se o acordo não for objectivamente necessário para as partes entrarem no mercado da outra, é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. Se o acordo não é recíproco, o risco de encerramento do mercado é menor. Todavia, se as partes utilizam um acordo não recíproco para se comprometerem a não penetrar nos seus mercados respectivos ou se este constitui um meio para controlar o acesso ou a concorrência no mercado «de importação», este deverá ser objecto de uma análise.

#### 5.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

148. Tal como já referido supra, os acordos que implicam a fixação dos preços são sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, independentemente do poder de mercado das partes. Contudo, podem ser isentos por força do n.º 3 do artigo 81.º se as condições mencionadas infra forem satisfeitas.
149. Os acordos de comercialização entre concorrentes que não implicam fixação de preços só estão sujeitos ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º se as partes no acordo possuírem um certo poder de mercado. Na maior parte dos casos, é improvável que o poder de mercado exista se as partes no acordo tiverem uma quota de mercado cumulada inferior a 15 %. De qualquer modo, a esse nível de quota de mercado, é provável que as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º mencionadas infra sejam satisfeitas pelo acordo em questão.
150. Se a sua quota de mercado cumulada for superior a 15 %, deve ser apreciado o impacto provável do acordo de comercialização em comum no mercado. No que diz respeito a este aspecto, a concentração do mercado,

bem como as quotas de mercado detidas constituem factores significativos. Quanto mais o mercado é concentrado mais úteis são as informações sobre os preços e as estratégias de comercialização para reduzir a margem de incerteza e mais as partes são incentivadas a trocar informações deste tipo <sup>(46)</sup>.

#### 5.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º

##### 5.4.1. Vantagens económicas

151. Os ganhos de eficiência que devem ser tomados em consideração para apreciar se o acordo de comercialização em comum pode ser objecto de isenção dependerão da natureza da actividade em causa. A fixação dos preços não se justifica geralmente, salvo se for indispensável para a integração de outras funções de comercialização e se esta integração der origem a ganhos de eficiência substanciais. O volume dos ganhos de eficiência depende nomeadamente da importância da comercialização em comum para a estrutura geral dos custos do produto em causa. A distribuição em comum terá por conseguinte mais possibilidades de gerar ganhos de eficiência importantes para os fabricantes de produtos de consumo generalizado do que em relação a fabricantes de produtos industriais que só são adquiridos por um número limitado de clientes.
152. Para além disso, os alegados ganhos de eficiência não devem ser economias resultantes unicamente da eliminação de custos inerentes à concorrência, mas devem resultar da integração de actividades económicas. Assim, uma redução dos custos do transporte resultante unicamente de uma repartição dos clientes, mas sem integração do sistema logístico, não pode ser considerada um ganho de eficiência que justifique a isenção de um acordo.

153. Os alegados ganhos de eficiência devem ser comprovados. No que diz respeito a este aspecto, a contribuição, pelas duas partes, de capitais, tecnologias ou outros activos importantes pode constituir um elemento de prova. As reduções de custo resultantes da diminuição da duplicação de recursos e instalações podem igualmente ser aceites. Por outro lado, se a comercialização em comum não é mais do que um simples acordo de vendas, sem que se tenha verificado qualquer investimento, arrisca-se a constituir um acordo dissimulado e não dará por conseguinte resposta às condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º.

##### 5.4.2. Carácter indispensável

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

#### 5.4.3. Não eliminação da concorrência

155. Não será possível qualquer isenção se se permitir às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa. Para a apreciação deste elemento, pode tomar-se como ponto de partida as quotas de mercado cumuladas das partes. Seguidamente, é necessário avaliar se essas quotas de mercado indicam a existência de uma posição dominante e se existem factores atenuantes, tais como possibilidades de penetração no mercado. Se, como consequência de um acordo de comercialização, uma empresa for dominante ou se tornar dominante, o acordo que produz efeitos anticoncorrenciais na acepção do artigo 81.º pode, em princípio, não ser objecto de isenção.

#### 5.5. Exemplos

##### 156. Exemplo 1

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

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

**Análise:** este acordo implica uma fixação dos preços e é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, ainda que não se possa considerar que as partes no acordo dispõem de poder de mercado. Todavia, a integração das actividades de marketing e de distribuição parece permitir ganhos de eficiência importantes, que beneficiarão os clientes tanto em termos de melhoria do serviço como de redução dos custos. A questão que se coloca é por conseguinte a de saber se este acordo pode ser objecto de isenção por força do n.º 3 do artigo 81.º. A fim de responder a esta questão, é conveniente estabelecer se a fixação dos preços é indispensável para permitir a integração das outras funções de comercialização e a prossecução dos benefícios económicos. Neste caso preciso, a fixação dos preços pode ser considerada indispensável, na medida em que os clientes — ou seja, grandes cadeias de venda a retalho — não pretendem ver-se confrontados com uma grande variedade de preços. É igualmente indispensável na medida em que o objectivo pretendido, ou seja, uma marca comum, só pode realmente ser atingido de forma credível se todos os aspectos da comercialização, incluindo os preços, forem normalizados. Uma vez que as partes não possuem poder de mercado e o

acordo dá origem a ganhos de eficiência importantes, este é compatível com o artigo 81.º.

##### 157. Exemplo 2

**Hipótese:** 2 produtores de rolamentos, cada um com uma quota de mercado de 5 %, criam uma empresa comum de vendas a fim de comercializar os seus produtos, fixar os preços e efectuar as encomendas às empresas-mãe. Conservam o direito de vender fora desta estrutura. Os clientes continuam a ser directamente abastecidos pelas unidades de produção das empresas-mãe. Os produtores alegam que tal lhes permite ganhos de eficiência, na medida em que os vendedores comuns podem apresentar os produtos das partes ao mesmo tempo e aos mesmos clientes, eliminando desta forma uma dupla utilização dispendiosa em matéria de vendedores. Para além disso, a empresa comum deverá, na medida do possível, atribuir as encomendas às unidades de produção mais próximas, o que permitirá reduzir os custos de transporte.

**Análise:** este acordo implica uma fixação dos preços e é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, ainda que não se possa considerar que as partes no acordo possuem poder de mercado. Todavia, não pode beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, na medida em que os alegados ganhos de eficiência se limitam a reduções de custos subsequentes à eliminação da concorrência entre as partes.

##### 158. Exemplo 3

**Hipótese:** 2 produtores de bebidas não alcoólicas operam em dois Estados-Membros vizinhos. Ambos possuem uma quota de 20 % no seu mercado nacional. Acordam em distribuir cada um os produtos do outro nos seus mercados geográficos respectivos.

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

**Análise:** o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, se se presumir que as partes são concorrentes potenciais. Para o determinar, é necessário analisar os obstáculos à entrada nos mercados geográficos respectivos. Se as partes puderem penetrar cada uma de forma independente no mercado da outra, então o acordo que concluíram eliminará a concorrência entre si. Todavia, ainda que as quotas de mercado detidas pelas partes indiquem que poderão possuir um certo poder de mercado, uma análise da estrutura de mercado demonstra que tal não acontece. Para além disso, o acordo de distribuição recíproca beneficia os consumidores, na medida em que aumenta a escolha de produtos disponíveis em cada um dos mercados geográficos. Por conseguinte, o acordo poderá ser objecto de uma isenção, mesmo que se considere que restringe a concorrência.

## 6. ACORDOS DE NORMALIZAÇÃO

### 6.1. Definição

159. Os acordos de normalização têm por objectivo principal a definição de requisitos técnicos ou requisitos de qualidade a que podem responder produtos, processos ou métodos de produção actuais ou futuros <sup>(47)</sup>. Estes acordos podem ter diferentes objectivos, tais como a normalização de diferentes qualidades ou dimensões de um determinado produto ou especificações técnicas de mercados em que a compatibilidade e a interoperabilidade com outros produtos ou sistemas são essenciais. As condições de acesso a uma marca de qualidade específica ou as condições de autorização por parte de um organismo regulador podem igualmente ser consideradas normas.

160. As normas relativas à prestação de serviços profissionais, tais como as normas de admissão numa profissão liberal, não são abrangidas pelas presentes orientações.

### 6.2. Mercados relevantes

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

### 6.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º

162. Os acordos de normalização <sup>(48)</sup> podem ser concluídos entre empresas privadas ou sob a égide de organismos públicos ou de organismos a quem foi confiada a gestão de serviços de interesse económico geral, tal como acontece com os organismos de normalização reconhecidos ao abrigo da Directiva 98/34/CE <sup>(49)</sup>. A participação deste tipo de organismos está sujeita às obrigações dos Estados-Membros relativas à manutenção de uma concorrência não falseada na Comunidade.

#### 6.3.1. Natureza do acordo

##### 6.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

163. Quando a participação na fixação de normas é transparente e não acompanhada de restrições, os acordos de normalização que respondem à definição supra e que não impõem qualquer obrigação de respeito da norma em causa ou que fazem parte integrante de um acordo mais amplo destinado a garantir a compatibilidade dos produtos, não restringem a concorrência. Esta situação aplica-se em geral às normas adoptadas por organismos de normalização reconhecidos, que se baseiam

em procedimentos não discriminatórios, abertos e transparentes.

164. As normas que abrangem apenas uma parte negligenciável do mercado relevante não restringem significativamente a concorrência, desde que a situação não evolua. Tal acontece igualmente em relação aos acordos que reúnem PME tendo em vista normalizar formulários de candidatura ou condições de participação colectiva em concursos ou os que normalizam aspectos tais como características pouco importantes dos produtos, formulários e relatórios, que têm efeitos mínimos sobre os principais factores que afectam a concorrência nos mercados relevantes.

##### 6.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

165. Os acordos que recorrem a uma norma como meio utilizado no âmbito de um acordo restritivo mais amplo, cujo objectivo consiste em afastar concorrentes efectivos ou potenciais, serão quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Um acordo graças ao qual uma associação nacional de fabricantes fixaria uma norma e exerceria pressões sobre terceiros para que não comercializassem produtos que não respondessem a esta norma seria, por exemplo, abrangido por esta categoria.

##### 6.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

166. Os acordos de normalização podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, se concederem às partes um controlo conjunto sobre a produção e/ou sobre a inovação, limitando desta forma as suas possibilidades de entrarem em concorrência a partir das características dos produtos, afectando simultaneamente terceiros, tais como os fornecedores ou os compradores dos produtos normalizados. A apreciação de cada acordo deverá ter em conta a natureza da norma e dos seus efeitos prováveis sobre os mercados relevantes, por um lado, e eventuais restrições que vão para além do principal objectivo da normalização, tal como definido supra, por outro.

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

### 6.3.2. Poder de mercado e estrutura dos mercados

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

### 6.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º

#### 6.4.1. Vantagens económicas

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

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

#### 6.4.2. Carácter indispensável

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

172. Todos os concorrentes que operam no ou nos mercados afectados pela norma deveriam ter a possibilidade de participar nas discussões. Por esta razão, a participação na definição de uma norma deve estar aberta a todos, a

menos que as partes possam provar que tal participação teria repercussões negativas importantes ou que procedimentos reconhecidos estejam previstos para a representação de interesses colectivos, como no âmbito dos organismos de normalização oficiais.

173. De uma forma geral, seria necessário estabelecer uma distinção clara entre a definição de uma norma e, se for caso disso, as actividades de I&D que lhes estão associadas, e a exploração comercial dessa norma. Os acordos de normalização só deveriam abranger os elementos estritamente necessários à realização dos seus objectivos, quer seja a compatibilidade técnica quer um certo nível de qualidade. Seria por exemplo necessário provar muito claramente a razão pela qual é indispensável, a fim de que as vantagens económicas sejam evidentes, que um acordo que visa impor uma norma num sector em que apenas um outro concorrente propõe uma solução equivalente, obriga as partes no acordo a boicotarem a alternativa.

#### 6.4.3. Não eliminação da concorrência

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

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

### 6.5. Exemplos

#### 176. Exemplo 1

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

**Análise:** não existe qualquer infracção ao n.º 1 do artigo 81.º. A norma foi adoptada por organismos de normalização — nacionais, europeus e internacionais — reconhecidos, no âmbito de procedimentos abertos e transparentes e assenta num consenso nacional que reflecte a posição dos fabricantes e consumidores. Todos os fabricantes são autorizados a utilizar esta norma.



## 177. Exemplo 2

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

**Análise:** sob reserva de que o acordo não restrinja a concorrência relativamente a outros aspectos, não existe qualquer infracção ao n.º 1 do artigo 81.º, na medida em que a participação na definição da norma é transparente e ilimitada e em que o acordo de normalização não inclui a obrigação de respeito da norma. Se as partes acordarem apenas em produzir cassetes vídeo conformes a esta nova norma, o acordo limitará o desenvolvimento tecnológico e impedirá as partes de venderem produtos diferentes, o que seria contrário ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º.

## 178. Exemplo 3

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

**Análise:** tendo em conta o poder de mercado das partes e as limitações de produção previstas, este acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º, mas não satisfaz as condições definidas no n.º 3, a menos que os outros fornecedores que pretendem entrar em concorrência com as partes possam aceder às informações técnicas necessárias numa base não discriminatória e em condições razoáveis.

## 7. ACORDOS EM MATÉRIA DE AMBIENTE

## 7.1. Definição

179. Os acordos em matéria de ambiente <sup>(50)</sup> são acordos nos termos dos quais as partes se comprometem a atingir uma redução da poluição, em conformidade com a legis-

lação sobre o ambiente ou com os objectivos ambientais, nomeadamente os que constam do artigo 174.º do Tratado. Por esta razão, o objectivo ou as medidas objecto do acordo devem estar directamente ligados à redução de um poluente ou de um tipo de resíduos identificados como tal na regulamentação em causa <sup>(51)</sup>. Tal exclui os acordos que provocam uma redução da poluição enquanto efeito secundário de outras medidas.

180. Os acordos em matéria de ambiente podem definir normas sobre os resultados ecológicos de certos produtos (matérias-primas ou produtos acabados) ou processos de produção <sup>(52)</sup>. Assim, podem existir acordos concluídos a um mesmo nível sectorial, através dos quais as partes acordam em atingir todas um objectivo ambiental, tal como a reciclagem de certos materiais, a redução de emissões ou a melhoria da eficiência energética.
181. Certos Estados-Membros criaram regimes que incidem sobre sectores inteiros, a fim de se conformarem com as obrigações em matéria de recuperação ou de reciclagem. Estes regimes incluem geralmente um conjunto de acordos complexos, dos quais alguns são horizontais e outros verticais. Quando tais acordos incluem restrições verticais, não estão sujeitos às presentes orientações.

## 7.2. Mercados relevantes

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

## 7.3. Apreciação nos termos do n.º 1 do artigo 81.º

183. Alguns acordos em matéria de ambiente podem ser fomentados ou impostos pelas entidades públicas no exercício das suas prerrogativas. As presentes orientações não tratam da questão da conformidade de tais intervenções dos Estados-Membros com as obrigações que lhes incumbem por força do Tratado. Dizem apenas respeito à apreciação que deve ser feita para estabelecer a compatibilidade do acordo com o artigo 81.º.

## 7.3.1. Natureza do acordo

## 7.3.1.1. Acordos não abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º

184. Alguns acordos em matéria de ambiente não são susceptíveis de ser abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 81.º, independentemente da quota de mercado cumulada das partes.

185. Tal pode acontecer quando nenhuma obrigação individual precisa é imposta às partes ou quando estas só estão comprometidas de forma flexível à realização de um objectivo ambiental estabelecido para o conjunto de um sector. Neste último caso, a apreciação centrar-se-á na latitude conferida às partes quanto aos meios técnicos e economicamente disponíveis para atingir o objectivo ambiental fixado. Quanto mais diversos são estes meios menos serão importantes os efeitos restritivos potenciais.
186. Da mesma forma, os acordos que definem o desempenho ecológico de produtos ou processos que não afectam significativamente a diversidade dos produtos e da produção no mercado relevante ou que só influenciam reduzidamente as decisões de compra não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º. Quando certas categorias de um determinado produto são eliminadas, imediata ou progressivamente, do mercado, considera-se que tal não dá origem a restrições importantes, desde que essas categorias representem apenas uma parte reduzida do mercado geográfico relevante ou, no caso de se tratar de mercados comunitários, dos mercados de todos os Estados-Membros.
187. Finalmente, os acordos que dão origem a uma verdadeira criação de mercado, como por exemplo os acordos de reciclagem, não restringem geralmente a concorrência, desde que e enquanto as partes não estiverem em condições de realizar as actividades em causa isoladamente, quando não exista qualquer outra alternativa possível ou qualquer outro concorrente.
- 7.3.1.2. Acordos quase sempre abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º
188. Os acordos em matéria de ambiente são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, pela sua natureza, se a cooperação não incidir realmente sobre objectivos ambientais, mas servir como instrumento para um acordo dissimulado, ou seja, para realizar práticas que seriam normalmente proibidas, tais como a fixação dos preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados ou ainda se a cooperação servir de instrumento no âmbito de um acordo restritivo mais amplo que visa excluir do mercado concorrentes existentes ou potenciais.
- 7.3.1.3. Acordos susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º
189. Os acordos em matéria de ambiente que abrangem uma grande parte de um sector, quer a nível nacional quer a nível comunitário, são susceptíveis de ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando restringem significativamente a capacidade das partes de definirem as características dos seus produtos ou a forma como os produzem, o que lhes permite influenciar a sua produção ou as suas vendas respectivas. Para além das restrições que impõe às partes, um acordo em matéria de ambiente pode igualmente reduzir ou afectar significativamente a produção de terceiros, quer sejam fornecedores quer compradores.
190. Por exemplo, os acordos em matéria de ambiente susceptíveis de eliminarem progressivamente ou afectarem significativamente uma percentagem importante das vendas das partes no que diz respeito aos seus produtos ou processos de produção, podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, quando as partes detêm uma quota de mercado importante. Tal é igualmente válido para os acordos nos termos dos quais as partes atribuem quotas individuais de poluição.
191. Da mesma forma, os acordos através dos quais as partes que detêm quotas de mercado significativas numa parte substancial do mercado comum designam uma empresa como prestadora exclusiva de serviços de recolha e/ou de reciclagem para os seus produtos podem igualmente restringir significativamente a concorrência, desde que existam outros prestadores potenciais, efectivos ou previsíveis, para esses mesmos serviços.
- 7.4. Apreciação nos termos do n.º 3 do artigo 81.º**
- 7.4.1. *Vantagens económicas*
192. A Comissão é favorável ao recurso a acordos em matéria de ambiente como instrumento de realização dos objectivos definidos no artigo 2.º e no artigo 174.º do Tratado CE, bem como nos programas de acção comunitários em matéria de ambiente<sup>(53)</sup>, desde que esses acordos sejam compatíveis com as regras da concorrência<sup>(54)</sup>.
193. Os acordos em matéria de ambiente abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º podem introduzir vantagens económicas que a nível do consumidor individual ou dos consumidores no seu conjunto compensam os seus efeitos negativos sobre a concorrência. A fim de que estas condições sejam cumpridas, devem existir vantagens líquidas em termos de redução da pressão sobre o ambiente, devido à aplicação do acordo e em comparação com uma situação de base. Por outras palavras, as vantagens económicas previstas devem compensar os custos<sup>(55)</sup>.
194. Estes custos incluem nomeadamente os efeitos de uma redução da concorrência, bem como os custos de conformidade para os operadores económicos e/ou os efeitos sobre terceiros. As vantagens podem ser apreciadas em duas etapas. Quando os consumidores individualmente obtêm resultados positivos do acordo, em prazos razoáveis, não é necessário que as vantagens ambientais globais sejam objectivamente estabelecidas. Se tal não acontecer, poderá revelar-se necessária uma análise custos/benefícios a fim de determinar se as vantagens líquidas para os consumidores em geral podem razoavelmente ser previstas.
- 7.4.2. *Carácter indispensável*
195. Quanto mais for possível comprovar a eficiência económica de um acordo em matéria de ambiente, mais claramente cada uma das suas disposições poderá ser considerada indispensável à realização das metas ambientais no seu contexto económico.

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

#### 7.4.3. Não eliminação da concorrência

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

#### 7.5. Exemplos

##### 198. Exemplo

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

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

**Análise:** este acordo confere às partes o controlo da sua produção e das suas importações respectivas, diz respeito a uma parte significativa das suas vendas e da sua produção total, reduzindo simultaneamente a produção de terceiros. Restringe a escolha oferecida aos consumidores, que é orientada em parte pelas características do produto na perspectiva dos seus efeitos sobre o ambiente e dará provavelmente origem a um aumento dos preços. O acordo é por conseguinte abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. O envolvimento do organismo público é indiferente para a apreciação deste acordo.

Contudo, os produtos mais recentes são tecnicamente mais avançados e, ao reduzir o efeito sobre o ambiente indirectamente visado nesta medida (emissões resultantes da produção de electricidade), não vão inevitavelmente criar nem agravar outros problemas para o ambiente (por exemplo, consumo da água, utilização de detergentes). O contributo líquido para uma melhor protecção do ambiente no seu conjunto compensa o aumento dos custos. Para além disso, os compradores dos produtos mais caros recuperarão rapidamente esse suplemento de custo na medida em que os produtos mais ecológicos fazem baixar os custos de funcionamento. Comprova-se que outras alternativas ao acordo não teriam as mesmas vantagens líquidas com uma rentabilidade equivalente. As partes podem ter acesso a meios técnicos variados e a um custo razoável para poder fabricar produtos que apresentem as características ecológicas acordadas e a concorrência continuará a exercer-se nas outras características deste produto. Estão por conseguinte reunidas as condições para poder beneficiar da isenção por força do n.º 3 do artigo 81.º.

- (<sup>1</sup>) JO L 53 de 22.2.1985, p. 1.
- (<sup>2</sup>) JO L 6 de 11.11.1997, p. 12.
- (<sup>3</sup>) JO L 53 de 22.2.1985, p. 5.
- (<sup>4</sup>) JO L 304 de 5.12.2000, p. 3.
- (<sup>5</sup>) JO L 304 de 5.12.2000, p. 7.
- (<sup>6</sup>) JO C 75 de 29.7.1968, p. 3.
- (<sup>7</sup>) JO C 43 de 16.2.1993, p. 2.
- (<sup>8</sup>) Uma empresa é considerada um concorrente efectivo se se encontra presente no mesmo mercado relevante ou se, na ausência de acordo, é capaz de adaptar a sua produção tendo em vista o fabrico dos produtos relevantes e a sua comercialização a curto prazo sem incorrer em qualquer custo nem risco suplementar elevado em reacção a variações ligeiras, mas permanentes, dos preços relativos (substituibilidade imediata do lado da oferta). O mesmo raciocínio pode conduzir ao agrupamento de diferentes áreas geográficas. Por outro lado, quando a substituibilidade do lado da oferta conduz à necessidade de introduzir importantes alterações nos seus activos corpóreos e incorpóreos existentes a fim de os adaptar, realizar pesados investimentos suplementares, rever profundamente as suas decisões estratégicas ou registar atrasos importantes, uma empresa não poderá ser considerada um concorrente efectivo, mas sim um concorrente potencial (ver infra). Ver a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, pontos 20-23).
- (<sup>9</sup>) Uma empresa é considerada um concorrente potencial se determinados indícios levam a pensar que na ausência de acordo essa empresa poderia e seria susceptível de realizar os investimentos suplementares ou outros custos de mudança necessários para poder entrar no mercado relevante, em reacção a um ligeiro e permanente aumento dos preços relativos. Esta apreciação deve basear-se numa abordagem realista, não sendo suficiente a possibilidade puramente teórica de uma entrada no mercado (ver a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (ponto 24); ver igualmente o XIII Relatório sobre a Política de Concorrência, ponto 55 e a Decisão 90/410/CEE da Comissão no processo IV/32.009 Elopak/Metal Box-Odin (JO L 209 de 8.8.1990, p. 15). A entrada no mercado deve realizar-se suficientemente depressa de forma a que a ameaça constitua uma restrição ao comportamento dos participantes no mercado. Normalmente, isto significa que a entrada deve ocorrer no curto prazo de um ano. As Orientações relativas às restrições verticais, ponto 26, consideram um período máximo de 1 ano para efeitos de aplicação do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais (ver nota 11). Contudo, em casos individuais podem ser tomados em consideração prazos mais longos. O prazo necessário às empresas já presentes no mercado para ajustarem as suas capacidades pode ser utilizado como referência para determinar este período.
- (<sup>10</sup>) JO L 336 de 29.12.1999, p. 21.
- (<sup>11</sup>) JO C 291 de 13.10.2000, p. 1.
- (<sup>12</sup>) A delimitação entre acordos horizontais e acordos verticais será mais aprofundada nos capítulos relativos às compras em comum (Capítulo 4) e comercialização em comum (Capítulo 5). Ver igualmente as Orientações relativas aos acordos verticais, pontos 26 e 29.
- (<sup>13</sup>) JO L 395 de 30.12.1989, p. 1. Versão rectificada JO L 257 de 21.9.1990, p. 13.
- (<sup>14</sup>) JO L 180 de 9.7.1997, p. 1. Versão rectificada em JO L 40 de 13.2.1997, p. 17.
- (<sup>15</sup>) Regulamento n.º 26/62 (JO 30 de 20.4.1962, p. 993) (agricultura);  
Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho, (JO L 175 de 23.7.1968, p. 1 (transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável);  
Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho, JO L 378 de 31.12.1986, p. 4) (transportes marítimos);  
Regulamento (CEE) n.º 3975/87 do Conselho, JO L 374 de 31.12.1987, p. 1) (transportes aéreos);  
Regulamento (CEE) n.º 3976/87 do Conselho, JO L 374 de 31.12.1987, p. 9) (transportes aéreos);  
Regulamento (CEE) n.º 1617/93 da Comissão, JO L 155 de 26.6.1993, p. 18) (isenção por categoria relativa ao planeamento e coordenação conjuntos dos horários, às operações conjuntas, às consultas sobre as tarifas de passageiros e de frete dos serviços aéreos regulares e à atribuição das faixas horárias nos aeroportos);  
Regulamento (CEE) n.º 479/92 do Conselho, JO L 55 de 29.2.1992, p. 3 (companhias de transportes marítimos regulares);  
Regulamento (CE) n.º 870/95 da Comissão, JO L 89 de 21.4.1995, p. 7 (isenção por categoria de certos acordos entre companhias de transportes marítimos regulares);  
Regulamento (CEE) n.º 1534/91 do Conselho, JO L 143 de 7.6.1991, p. 1 (sector dos seguros);  
Regulamento (CEE) n.º 3932/92 da Comissão, JO L 398 de 31.12.1992, p. 7 (isenção por categoria de certos acordos no domínio dos seguros).
- (<sup>16</sup>) Ver Comunicação relativa a acordos de pequena importância, JO C 372 de 9.12.1997, p. 13.
- (<sup>17</sup>) As empresas podem ter um poder de mercado significativo abaixo do nível de posição dominante no mercado, que é o limiar para aplicação do artigo 82.º.
- (<sup>18</sup>) Contudo, tal não é aplicável excepcionalmente a uma empresa comum de produção. É inerente ao funcionamento dessa empresa comum que as decisões relativas à produção sejam tomadas conjuntamente pelas partes. Se a empresa comum comercializar também conjuntamente os produtos manufacturados, então as decisões relativas aos preços devem ser tomadas conjuntamente pelas partes nesse acordo. Neste caso, a inclusão de disposições relativas aos preços ou à produção não faz com que o acordo seja automaticamente abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. As disposições em matéria de preços ou de produção terão de ser apreciadas juntamente com os efeitos da empresa comum sobre o mercado a fim de determinar a aplicação do n.º 1 do artigo 81.º (ver ponto 90).
- (<sup>19</sup>) Ver Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 5).
- (<sup>20</sup>) As quotas de mercado deviam normalmente ser calculadas com base no valor das vendas no mercado (ver artigo 6.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à I & D e o artigo 6.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à especialização). Para determinar a quota de uma das partes num determinado mercado, é necessário ter em conta as empresas que estão ligadas às partes (ver ponto 2 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à I&D e ponto 2 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à especialização).
- (<sup>21</sup>) Se existirem mais de duas partes, então a quota colectiva de todos os concorrentes na cooperação tem de ser significativamente maior do que a quota do maior concorrente participante individual.
- (<sup>22</sup>) Um mercado composto por quatro empresas cujas quotas de mercado são respectivamente de 30 %, 25 %, 25 % e 20 %, tem um IHH de 2550 (900+625+625+400) antes da cooperação. Se as duas principais empresas do mercado iniciam uma cooperação, o IHH passa para 4050 (3025+625+400) com a cooperação. É este IHH resultante da cooperação que é relevante para a apreciação dos eventuais efeitos da cooperação no mercado.

- (23) Por exemplo, o rácio de concentração de três empresas, RC3, é a soma das quotas de mercado dos três principais concorrentes num mercado.
- (24) Para a definição do mercado, ver a Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante.
- (25) Ver a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante; ver igualmente, por exemplo, a Decisão 94/811/CE da Comissão de 8 de Junho de 1994 no processo n.º IV/M.269, «Shell/Montecatini», JO L 332 de 22.12.1994, p. 48.
- (26) N.º 2 do artigo 4.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à I&D.
- (27) N.º 1 do artigo 4.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à I&D.
- (28) Artigo 7.º, alínea e), do Regulamento de isenção por categoria relativa à I&D.
- (29) N.º 3 do artigo 4.º do Regulamento de isenção por categoria relativa à I&D.
- (30) Uma cooperação em matéria de I&D entre empresas não concorrentes pode contudo dar origem a efeitos de encerramento dos mercados, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º, se implicar a exploração exclusiva dos resultados e se for concluída por empresas das quais uma detém um poder de mercado significativo em tecnologias-chave.
- (31) Por força do n.º 2, ponto 3), do artigo 4.º do Regulamento n.º 17/62 do Conselho, os acordos que tenham apenas por objecto a investigação e o desenvolvimento em comum podem ser notificados à Comissão, sem que tal constitua uma obrigação.
- (32) Ver o n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento de isenção por categoria relativo à I&D.
- (33) Ver o n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento de isenção por categoria relativo à I&D.
- (34) Tal como referido anteriormente, as empresas comuns abrangidas pelo Regulamento das concentrações não são objecto das presentes orientações. As empresas comuns de pleno exercício que não atinjam uma dimensão comunitária são normalmente tratadas pelas autoridades responsáveis pela concorrência dos Estados-Membros. A aplicação do Regulamento n.º 17 poderia ser relevante apenas se essa empresa comum de pleno exercício conduzisse a uma restrição da concorrência resultante da coordenação das empresas-mãe fora da empresa comum («efeitos secundários»). Relativamente a este aspecto, a Comissão declarou que deixará tanto quanto possível a apreciação dessas operações aos Estados-Membros (ver Declaração para a Acta do Conselho relativa ao Regulamento 1310/97, ponto 4).
- (35) N.º 4 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais.
- (36) N.º 3 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais. Ver igualmente as Orientações relativas às restrições verticais, ponto 33, que refere que os acordos de subcontratação entre não concorrentes, segundo os quais o comprador prevê apenas especificações para o fornecedor, que descrevem os bens ou serviços a fornecer, são abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais.
- (37) Se um acordo de subcontratação entre concorrentes determinar que o contratante cessará a produção do produto a que o acordo diz respeito, o acordo constitui um acordo de especialização unilateral abrangido, mediante certas condições, pelo Regulamento de isenção por categoria relativo à especialização.
- (38) Comunicação relativa à apreciação de determinados acordos de subcontratação no que diz respeito ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE, JO C 1 de 3.1.1979, p. 2.
- (39) É o que prevê igualmente o n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento das concentrações.
- (40) Tal como qualquer acordo de subcontratação, esse acordo pode contudo ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º se incluir restrições verticais, tais como restrições relativas a vendas passivas, manutenção do preço de revenda, etc.
- (41) Uma empresa comum de produção que assegura igualmente a distribuição comum é contudo, a maior parte das vezes, uma empresa comum de pleno exercício.
- (42) Por força do n.º 2, ponto 3), do artigo 4.º do Regulamento n.º 17/62 do Conselho, os acordos que tenham apenas por objecto a especialização no fabrico de produtos podem, mediante certas condições, ser notificados à Comissão, sem que tal constitua uma obrigação.
- (43) Ver Orientações relativas às restrições verticais, ponto 29.
- (44) Ver o n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais.
- (45) N.º 4 do artigo 2.º do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais.
- (46) As trocas de informações sensíveis e pormenorizadas num mercado oligopolista podem ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º. Os acordos preferidos em 28 de Maio de 1998 nos processos «Tractor» (C-8/95 P: New Holland Ford e C-7/95 P: John Deere) e em 11 de Março de 1999 nos processos «Vigas de aço» (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 e T-157/94) dão esclarecimentos úteis relativamente a este aspecto.
- (47) A normalização pode revestir diversas formas, desde a adopção, pelos organismos de normalização europeus ou nacionais reconhecidos, de normas que assentam num consenso nacional, passando por consórcios e outras instâncias, até aos acordos entre empresas. Mesmo que o direito comunitário dê uma definição estreita das normas, as presentes orientações consideram como acordos de normalização todos os acordos semelhantes aos definidos no presente ponto.
- (48) Nos termos do n.º 2, ponto 3), do artigo 4.º do Regulamento n.º 17/62 do Conselho, os acordos que tenham apenas por objecto a elaboração ou a aplicação uniforme de normas e de tipos podem ser notificados à Comissão, sem que tal constitua uma obrigação.
- (49) Directiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas (JO L 204 de 21.7.1998, p. 37).
- (50) O termo «acordo» é utilizado na acepção definida pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância na sua jurisprudência relativa ao artigo 81.º. Não corresponde necessariamente à definição de «acordo» dada pela Comissão em documentos sobre questões do ambiente, tal como a Comunicação relativa a acordos em matéria de ambiente, COM(96) 561 final de 27 de Novembro de 1996.
- (51) Um acordo nacional que incide sobre a eliminação progressiva de um poluente ou de um resíduo identificado como tal nas directivas comunitárias em causa pode, por exemplo, não ser equiparado a um boicote colectivo de um produto que circula livremente na Comunidade.
- (52) Quando os acordos em matéria de ambiente podem ser equiparados a acordos de normalização, são então aplicáveis os princípios de apreciação enunciados para estes últimos.
- (53) Quinto Programa de acção comunitário em matéria de ambiente (JO C 138 de 17.5.1993, p. 1) e Decisão 2179/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998 (JO L 275 de 10.10.1998, p. 1).
- (54) Comunicação da Comissão relativa a acordos em matéria de ambiente, COM(96) 561 final de 27 de Novembro de 1996, pontos 27-29, e n.º 1, alínea f), do artigo 3.º da Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho referida supra. A Comunicação inclui uma «lista recapitulativa dos acordos em matéria de ambiente» que retoma os elementos que devem geralmente constar de um acordo deste tipo.
- (55) Está conforme à obrigação de tomar em consideração as vantagens e os encargos que podem resultar da acção ou omissão da acção, definida no n.º 3 do artigo 174.º do Tratado CE e na alínea d) do artigo 7.º da Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho referida supra.