

ANEXO

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal

PROJETO

ÍNDICE

1.	Introdução	6
1.1.	Objetivo e estrutura das presentes orientações.....	6
1.2.	Aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal.....	8
1.2.1.	Introdução	8
1.2.2.	Quadro analítico	11
1.2.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	12
1.2.4.	Restrições da concorrência por objetivo	13
1.2.5.	Efeitos restritivos da concorrência	14
1.2.6.	Restrições acessórias	15
1.2.7.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	16
1.2.8.	Acordos de cooperação horizontal que, em geral, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1	17
1.3.	Relação com outras orientações e legislação	19
2.	Acordos de investigação e desenvolvimento	21
2.1.	Introdução	21
2.2.	Mercados relevantes.....	22
2.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	22
2.3.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência.....	22
2.3.2.	Restrições da concorrência por objetivo	23
2.3.3.	Efeitos restritivos da concorrência	23
2.4.	Acordos abrangidos pelo RIC I&D.....	26
2.4.1.	Distinção entre «I&D em conjunto» e «I&D contra remuneração» e conceito de «especialização no contexto da I&D».....	27
2.4.2.	Exploração em conjunto dos resultados da I&D e conceito de especialização no contexto da exploração em conjunto.....	28
2.4.3.	Cessão ou concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual	29
2.5.	Condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D.....	30
2.5.1.	Acesso aos resultados finais.....	30
2.5.2.	Acesso ao saber-fazer preexistente	31

2.5.3.	Condições associadas à exploração em conjunto	31
2.5.4.	Limiares, quotas de mercado e duração da isenção	32
2.6.	Restrições graves e excluídas	40
2.6.1.	Restrições graves	40
2.6.2.	Restrições excluídas	42
2.7.	Retirada do benefício previsto no RIC I&D	43
2.8.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3, dos acordos de I&D não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC I&D	45
2.8.1.	Ganhos de eficiência	46
2.8.2.	Caráter indispensável	46
2.8.3.	Repercussão nos consumidores	46
2.8.4.	Não eliminação da concorrência	47
2.9.	Momento em que ocorre a apreciação	47
2.10.	Exemplo	47
3.	Acordos de produção	51
3.1.	Introdução	51
3.2.	Mercados relevantes	52
3.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	52
3.3.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência	52
3.3.2.	Restrições da concorrência por objetivo	53
3.3.3.	Efeitos restritivos da concorrência	54
3.4.	Acordos abrangidos pelo RIC Especialização	58
3.4.1.	Acordos de especialização	58
3.4.2.	Outras disposições dos acordos de especialização	59
3.4.3.	Distribuição em conjunto e conceito de «em conjunto» ao abrigo do RIC Especialização	60
3.4.4.	Serviços ao abrigo do RIC Especialização	61
3.4.5.	Empresas concorrentes: concorrentes efetivos ou potenciais	61
3.4.6.	Limiar da quota de mercado e duração da isenção	61
3.4.7.	Restrições graves no RIC Especialização	63
3.4.8.	Retirada do benefício previsto no RIC Especialização	64
3.5.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3, dos acordos de produção não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização	64
3.5.1.	Ganhos de eficiência	64
3.5.2.	Caráter indispensável	65
3.5.3.	Repercussão nos consumidores	65

3.5.4.	Não eliminação da concorrência	65
3.6.	Acordos de partilha de infraestruturas móveis	65
3.7.	Exemplos	69
4.	Acordos de compra	73
4.1.	Introdução	73
4.2.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	74
4.2.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência	74
4.2.2.	Restrições da concorrência por objetivo	74
4.2.3.	Efeitos restritivos da concorrência	76
4.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	81
4.3.1.	Ganhos de eficiência	81
4.3.2.	Caráter indispensável	81
4.3.3.	Repercussão nos consumidores	82
4.3.4.	Não eliminação da concorrência	82
4.4.	Exemplos	82
5.	Acordos de comercialização	86
5.1.	Introdução	86
5.2.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	87
5.2.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência	87
5.2.2.	Restrições da concorrência por objetivo	88
5.2.3.	Efeitos restritivos da concorrência	89
5.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	91
5.3.1.	Ganhos de eficiência	91
5.3.2.	Caráter indispensável	91
5.3.3.	Repercussão nos consumidores	91
5.3.4.	Não eliminação da concorrência	92
5.4.	Consórcios proponentes	92
5.5.	Exemplos	94
6.	Intercâmbio de informações	100
6.1.	Introdução	100
6.2.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	102
6.2.1.	Introdução	102
6.2.2.	Principais preocupações em matéria de concorrência relacionadas com o intercâmbio de informações	103
6.2.3.	Quanto à natureza das informações trocadas	105
6.2.4.	Características do intercâmbio	109

6.2.5.	Características do mercado	114
6.2.6.	Restrição da concorrência por objetivo.....	115
6.2.7.	Efeitos restritivos da concorrência	117
6.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	118
6.3.1.	Ganhos de eficiência	118
6.3.2.	Caráter indispensável	119
6.3.3.	Repercussão nos consumidores.....	119
6.3.4.	Não eliminação da concorrência	119
6.4.	Exemplos.....	119
7.	Acordos de normalização	122
7.1.	Introdução	122
7.2.	Mercados relevantes.....	123
7.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	123
7.3.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência.....	123
7.3.2.	Restrições da concorrência por objetivo	125
7.3.3.	Efeitos restritivos da concorrência	126
7.4.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	133
7.4.1.	Ganhos de eficiência	133
7.4.2.	Caráter indispensável	133
7.4.3.	Repercussão nos consumidores.....	135
7.4.4.	Não eliminação da concorrência	135
7.5.	Exemplos.....	135
8.	Condições gerais	137
8.1.	Definições	137
8.2.	Mercados relevantes.....	137
8.3.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1	137
8.3.1.	Principais preocupações em matéria de concorrência.....	137
8.3.2.	Restrição da concorrência por objetivo.....	138
8.3.3.	Efeitos restritivos da concorrência	138
8.4.	Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3	140
8.4.1.	Ganhos de eficiência	140
8.4.2.	Caráter indispensável	140
8.4.3.	Repercussão nos consumidores.....	140
8.4.4.	Não eliminação da concorrência	140
8.5.	Exemplos.....	140

9.	Acordos de sustentabilidade.....	142
9.1.	Introdução	142
9.2.	Acordos de sustentabilidade que não suscitam preocupações em matéria de concorrência	144
9.3.	Apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 1.....	145
9.3.1.	Princípios.....	145
9.3.2.	Acordos de normalização para a sustentabilidade	146
9.4.	Apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3.....	150
9.4.1.	Ganhos de eficiência	150
9.4.2.	Caráter indispensável	151
9.4.3.	Repercussão nos consumidores.....	152
9.4.4.	Não eliminação da concorrência	157
9.5.	Participação das autoridades públicas.....	158
9.6.	Exemplos.....	158

1. INTRODUÇÃO

1.1. Objetivo e estrutura das presentes orientações

1. As presentes orientações¹ visam garantir segurança jurídica, ajudando as empresas na apreciação dos seus acordos de cooperação horizontal ao abrigo das regras de concorrência da União e assegurando, simultaneamente, uma proteção eficaz da concorrência. Visam igualmente facilitar uma cooperação entre empresas que seja desejável em termos económicos, contribuindo assim, por exemplo, para as transições ecológica e digital e para a promoção da resiliência do mercado interno².
2. As orientações estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos de cooperação horizontal e das práticas concertadas nos termos do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (a seguir designado «artigo 101.º») e fornecem um quadro analítico para os tipos de acordos de cooperação horizontal mais comuns:
 - acordos de investigação e desenvolvimento, nomeadamente orientações sobre a aplicação do Regulamento (UE) n.º [...] da Comissão, de [...] de dezembro de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento (a seguir designado «*RIC I&D*») (capítulo 2),
 - acordos de produção, nomeadamente orientações sobre a aplicação do Regulamento (UE) n.º [...] da Comissão, de [...] de dezembro de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de especialização (a seguir designado «*RIC Especialização*») (capítulo 3),
 - acordos de compra (capítulo 4),
 - acordos de comercialização (capítulo 5),
 - intercâmbio de informações (capítulo 6),
 - acordos de normalização (capítulo 7),
 - condições gerais (capítulo 8).
3. Além disso, uma vez que a Comissão está empenhada na consecução dos objetivos do Pacto Ecológico para a União Europeia³, as presentes orientações fornecem indicações sobre a forma como os acordos de cooperação horizontal mais comuns

¹ As presentes orientações substituem a Comunicação da Comissão – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO C 11 de 14.1.2011, p. 1).

² Ver também a Comunicação «Atualização da Nova Estratégia Industrial de 2020: construir um mercado único mais forte para a recuperação da Europa», de 5 de maio de 2021 [COM(2021) 350 final].

* Com efeitos a partir de 1 de dezembro de 2009, o artigo 81.º do Tratado CE passou a ser o artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («Tratado»). Os dois artigos são substancialmente idênticos. Para efeitos das presentes orientações, nos casos pertinentes, as remissões para o artigo 101.º do Tratado devem entender-se como sendo feitas para o artigo 81.º do Tratado CE. O Tratado introduziu igualmente algumas alterações na terminologia, tais como a substituição de «Comunidade» por «União» e de «mercado comum» por «mercado interno». Nas presentes orientações será utilizada a terminologia do Tratado.

³ Comunicação da Comissão intitulada «Pacto Ecológico Europeu» [COM(2019) 640 final].

serão apreciados nos termos do artigo 101.º se visarem alcançar objetivos de sustentabilidade (capítulo 9).

4. Dado o número potencialmente elevado de tipos de cooperação horizontal e das respetivas combinações, bem como as circunstâncias prevalecentes no mercado em que podem ocorrer, é difícil fornecer orientações adaptadas especificamente a cada cenário potencial. As orientações não constituem uma «lista de controlo» que possa ser aplicada de forma mecânica. Cada caso deve ser apreciado de acordo com os factos que lhe são inerentes.
5. As presentes orientações aplicam-se aos acordos de cooperação horizontal relativos a bens, serviços e tecnologias.
6. Os acordos de cooperação horizontal podem combinar diferentes fases de cooperação, como por exemplo atividades de investigação e desenvolvimento («I&D») com a produção e/ou a comercialização de produtos resultantes dessas atividades. Tais acordos são igualmente abrangidos pelas presentes orientações. Ao utilizar as presentes orientações para a análise de uma cooperação integrada deste tipo, são normalmente pertinentes todos os capítulos que dizem respeito às diferentes partes da cooperação. Todavia, para apreciar se um determinado comportamento será, em princípio, considerado como uma restrição da concorrência por objetivo ou por efeito, é o disposto no capítulo relativo a essa parte da cooperação integrada que deve considerar-se o seu «centro de gravidade» e que será aplicado a toda a cooperação.
7. Dois fatores são especialmente pertinentes para determinar o centro de gravidade de uma cooperação integrada: em primeiro lugar, o ponto de partida da cooperação e, em segundo, o grau de integração das diferentes funções que são combinadas. Embora não seja possível estabelecer uma regra precisa e definitiva, válida para todos os casos e para todas as combinações possíveis, é possível, de acordo com a experiência adquirida, considerar que, em geral:
 - o centro de gravidade de um acordo de cooperação horizontal que implique simultaneamente atividades de I&D e produção conjunta dos produtos resultantes dessas atividades será a I&D em conjunto, na medida em que a produção conjunta só se realizará se a I&D em conjunto for bem sucedida. Tal significa que os resultados das atividades de I&D realizadas em conjunto são determinantes para a produção conjunta subsequente. Neste caso, são aplicáveis as orientações previstas no capítulo relativo aos acordos de I&D. O resultado da apreciação do centro de gravidade seria diferente se as partes tivessem participado na produção conjunta em qualquer caso, ou seja, independentemente das atividades de I&D realizadas em conjunto. Isto significa que, nesse caso, tais acordos devem ser apreciados enquanto acordos de produção conjunta e que são aplicáveis as orientações previstas no capítulo relativo aos acordos de produção. Se o acordo prever a total integração no domínio da produção mas apenas uma integração parcial de algumas atividades de I&D, o centro de gravidade da cooperação será também a produção conjunta;
 - do mesmo modo, o centro de gravidade de um acordo de cooperação horizontal que implique simultaneamente a especialização e a comercialização conjunta dos produtos resultantes dessas atividades será, em princípio, a especialização, uma vez que a comercialização conjunta só ocorrerá devido à cooperação no âmbito da atividade de especialização;

- o centro de gravidade de um acordo de cooperação horizontal que implique a produção conjunta e a comercialização conjunta dos produtos será, em princípio, a produção conjunta, uma vez que, em geral, a comercialização conjunta só ocorrerá devido à cooperação no âmbito da atividade principal da produção conjunta.
8. O teste do centro de gravidade aplica-se apenas à relação entre os diferentes capítulos das presentes orientações e não à relação entre os diferentes regulamentos de isenção por categoria. O âmbito de um regulamento de isenção por categoria é definido pelas suas próprias disposições. No que se refere aos acordos abrangidos pelo RIC I&D, deve consultar-se o capítulo 2 e, no que se refere aos acordos abrangidos pelo RIC Especialização, deve consultar-se o capítulo 3.
9. As presentes orientações estão estruturadas da seguinte forma:
- O primeiro capítulo é uma introdução, que define o contexto em que o artigo 101.º se aplica aos acordos de cooperação horizontal. Este capítulo presta igualmente informações sobre a relação entre as presentes orientações e outros atos legislativos e orientações que afetam os acordos de cooperação horizontal.
 - Nos capítulos 2 a 8, são fornecidas orientações para facilitar a autoavaliação nos termos do artigo 101.º no que se refere aos acordos de cooperação horizontal mais comuns. O capítulo 9 fornece orientações adicionais caso estes acordos visem alcançar objetivos de sustentabilidade. As orientações constantes dos capítulos 2 a 9 completam as orientações mais gerais previstas na introdução. Recomenda-se, por conseguinte, que a introdução seja sempre lida em primeiro lugar e que, em seguida, sejam consultados os capítulos específicos.

1.2. Aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal

1.2.1. Introdução

10. Um dos objetivos do artigo 101.º é garantir que as empresas não recorrem a acordos de cooperação horizontal para impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, em última análise, em detrimento dos consumidores.
11. O artigo 101.º aplica-se às empresas e às associações de empresas. Entende-se por empresa qualquer entidade constituída por elementos pessoais, materiais e imateriais que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento⁴. Uma associação de empresas é um organismo através do qual empresas do mesmo ramo coordenam o seu comportamento no mercado⁵. As presentes orientações aplicam-se aos acordos de cooperação horizontal entre empresas e às decisões de associações de empresas.
12. Quando uma empresa exerce uma influência decisiva sobre outra empresa, constituem uma entidade económica única e, por conseguinte, fazem parte da mesma

⁴ Ver, por exemplo, acórdão de 25 de março de 2021, Deutsche Telekom/Comissão, C-152/19 P, EU:C:2021:238, n.º 72, e jurisprudência aí citada.

⁵ Na aceção do acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 PEU:C:2014:2201, n.º 76, e das conclusões do advogado-geral Léger de 10 de julho de 2001, Wouters, C-309/99, EU:C:2001:390, n.º 61.

empresa⁶. As empresas que fazem parte da mesma empresa não são consideradas concorrentes para efeitos das presentes orientações, mesmo que ambas operem nos mesmos mercados do produto e geográfico relevantes.

13. Para determinar a responsabilidade por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, o Tribunal de Justiça estabeleceu que as empresas-mãe e a sua empresa comum constituem uma entidade económica única e, por conseguinte, uma única empresa à luz do direito da concorrência e do(s) mercado(s) relevante(s), na medida em que se demonstre que as empresas-mãe de uma empresa comum exercem uma influência decisiva sobre essa empresa comum⁷. Por conseguinte, quando se demonstre que as empresas-mãe exerceram uma influência decisiva sobre a empresa comum, a Comissão não aplicará, em geral, o artigo 101.º, n.º 1, aos acordos e práticas concertadas entre a(s) empresa(s)-mãe e a empresa comum no que se refere à sua atividade no(s) mercado(s) relevante(s) em que a empresa comum opera. No entanto, a Comissão aplicará, em geral, o artigo 101.º, n.º 1, aos acordos:
- entre as empresas-mãe para a criação da empresa comum;
 - entre as empresas-mãe para a alteração do âmbito da empresa comum;
 - entre as empresas-mãe e a empresa comum fora do âmbito, em termos geográficos e do produto, da atividade da empresa comum; e
 - entre as empresas-mãe sem a participação da empresa comum, mesmo no que diz respeito ao mercado relevante em que a empresa comum opera.
14. O facto de se considerar que uma empresa comum e as suas empresas-mãe constituem a mesma empresa num determinado mercado não impede que as empresas-mãe sejam independentes em todos os outros mercados⁸.
15. Para que o artigo 101.º seja aplicável à cooperação horizontal, é necessário que exista uma forma de coordenação entre concorrentes, isto é, um acordo entre empresas, uma decisão de uma associação de empresas ou uma prática concertada.

*A cooperação horizontal pode assumir a forma de **um acordo** mediante o qual duas ou mais empresas manifestaram a sua vontade concordante em cooperar⁹. **Uma prática concertada** é uma forma de coordenação entre empresas em que estas não celebraram um acordo, mas substituíram conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática¹⁰. O conceito de prática concertada implica, além da*

⁶ Ver, por exemplo, acórdão de 24 de outubro de 1996, Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, n.º 51. Pode presumir-se o exercício de influência decisiva de uma empresa-mãe sobre o comportamento de uma filial no caso das filiais detidas a 100 % ou quando a empresa-mãe detém todos os direitos de voto associados às ações da sua filial; ver, por exemplo, acórdão de 10 de setembro de 2009, Akzo C-97/08 P, EU:C:2009:536, n.ºs 60 e seguintes, e o acórdão de 27 de janeiro de 2021, The Goldman Sachs Group Inc/Comissão, C-595/18 P, EU:C:2021:73, n.º 36.

⁷ Acórdão de 26 de setembro de 2013, EI du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, EU:C:2013:601, n.º 47, e acórdão de 14 de setembro de 2017, LG Electronics Inc. e Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P e C-622/15 P, EU:C:2017:679, n.ºs 71 e 76.

⁸ Acórdão de 14 de setembro de 2017, LG Electronics Inc. e Koninklijke Philips Electronics NV, C-588/15 P e C-622/15 P, EU:C:2017:679, n.º 79.

⁹ Ver, por exemplo, acórdão de 13 de julho de 2006, Comissão/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, n.º 37.

¹⁰ Ver, por exemplo, acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 26; acórdão de 31 de março de 1993, Wood Pulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, n.º 63.

*concertação entre as empresas em causa, um comportamento no mercado que dê seguimento a essa concertação e um nexo causa/efeito entre esses dois elementos*¹¹.

16. A existência de um acordo, prática concertada ou decisão de uma associação de empresas não indica, por si só, a existência de uma restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Para facilitar a referência, salvo indicação em contrário, o termo «acordo» abrange igualmente, nas presentes orientações, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.
17. Podem ser celebrados acordos de cooperação horizontal entre concorrentes efetivos ou potenciais. Duas empresas são consideradas concorrentes efetivos se exercerem atividades nos mesmos mercados do produto e geográfico relevantes. Considera-se que uma empresa é um concorrente potencial de outra empresa quando, na ausência do acordo, a primeira empresa é suscetível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários, num período de tempo reduzido¹², por forma a entrar no mercado relevante em que a outra empresa desenvolve atividades. Esta apreciação deve basear-se numa abordagem realista, não sendo suficiente a possibilidade puramente teórica de uma entrada no mercado¹³. Salvo indicação em contrário, a referência a «concorrentes» nas presentes orientações abrange tanto os concorrentes efetivos como os potenciais.

Para determinar se uma empresa pode ser considerada um concorrente potencial de outra empresa, podem ser relevantes as seguintes considerações:

- *Se a empresa tem uma firme intenção bem como uma capacidade própria para entrar no mercado num período de tempo reduzido e não se depara com barreiras à entrada de carácter intransponível*¹⁴;
- *Se a empresa tomou medidas preparatórias suficientes para permitir a sua entrada no mercado em causa;*
- *As possibilidades reais e concretas de a empresa que ainda não exerce atividade entrar nesse mercado e concorrer com uma ou mais das outras empresas - a mera possibilidade teórica de entrar num mercado não é suficiente;*
- *A estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico em que opera.*
- *A perceção da empresa estabelecida é um elemento relevante para a apreciação da existência de uma relação de concorrência entre esta e uma*

¹¹ Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 126, e jurisprudência aí citada.

¹² A definição de «período de tempo reduzido» depende das circunstâncias do processo em análise, do seu contexto jurídico e económico e, em especial, do facto de a empresa em causa ser parte num acordo de cooperação horizontal ou um terceiro. Ao analisar se uma parte num acordo deve ser considerada um concorrente potencial da outra parte, a Comissão considera normalmente como período de tempo reduzido um período mais longo do que ao analisar a capacidade de um terceiro para exercer uma pressão concorrencial sobre as partes no acordo. Para que um terceiro seja considerado um concorrente potencial, é necessário que a entrada no mercado ocorra de forma suficientemente rápida para que a ameaça de entrada potencial constitua uma pressão sobre o comportamento das partes e dos restantes participantes no mercado. Por estas razões, tanto o Regulamento de isenção por categoria no domínio da I&D como o Regulamento de isenção por categoria no domínio da especialização consideram que um período não superior a três anos constitui um «período de tempo reduzido».

¹³ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.ºs 37 e 38.

¹⁴ A existência de uma patente não pode, enquanto tal, ser considerada uma barreira intransponível. Ver acórdão de 25 de março de 2021, Lundbeck, C-591/16 P, EU:C:2021:243, n.ºs 38 e 58-59.

empresa externa ao mercado, uma vez que, se esta última for considerada um potencial novo operador no mercado, pode, pelo simples facto de existir, estar na origem de uma pressão concorrencial sobre o operador estabelecido nesse mercado;

- *A celebração de um acordo entre várias empresas que operam no mesmo nível na cadeia de produção, algumas das quais não estavam presentes no mercado em causa*¹⁵.

1.2.2. Quadro analítico

18. A apreciação à luz do artigo 101.º comporta duas etapas. A primeira etapa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1, consiste em apreciar se um acordo entre empresas, suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, tem um objetivo anticoncorrencial ou efeitos restritivos da concorrência, efetivos ou potenciais¹⁶.
19. A segunda etapa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, que só é pertinente no caso de se concluir que o acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, consiste em determinar quais os benefícios desse acordo para a concorrência e em apreciar se tais efeitos pró-concorrenciais compensam os efeitos restritivos da concorrência¹⁷. Esta análise do equilíbrio entre efeitos restritivos e pró-concorrenciais é efetuada exclusivamente no quadro definido pelo artigo 101.º, n.º 3¹⁸. Se os efeitos pró-concorrenciais não compensarem uma restrição da concorrência, o artigo 101.º, n.º 2, estabelece que o acordo é automaticamente nulo.
20. O artigo 101.º não é aplicável se o comportamento anticoncorrencial das empresas for exigido quer pela legislação nacional, quer por um quadro jurídico nacional que exclua quaisquer possibilidades de atividade concorrencial para as empresas em causa¹⁹. Nessas situações, as empresas estão impedidas de adotarem comportamentos autónomos que impeçam, restrinjam ou falseiem a concorrência²⁰. O facto de as autoridades públicas incentivarem um acordo de cooperação horizontal não significa que tal acordo seja admissível ao abrigo do artigo 101.º²¹. As empresas continuam a estar abrangidas pelo artigo 101.º se o direito nacional se limitar a encorajar ou a facilitar a adoção de comportamentos anticoncorrenciais autónomos. Nalguns casos, as empresas são incentivadas pelas autoridades públicas a celebrar acordos de

¹⁵ Ver, por exemplo, acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.ºs 36-58.

¹⁶ O artigo 101.º, n.º 1, proíbe tanto os efeitos anticoncorrenciais efetivos como os potenciais; ver, por exemplo, acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 77; acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 50.

¹⁷ Ver acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 95.

¹⁸ Ver acórdão de 23 de outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão, T-65/98, ECR 2003 II-04653, EU:T:2003:281, n.º 107; acórdão de 18 de setembro de 2001, Métropole télévision (M6) e outros/Comissão, T-112/99, ECR 2001 II-02459, EU:T:2001:215, n.º 74; acórdão de 2 de maio de 2006, O2/Comissão, T-328/03, ECR 2006 II-01231, EU:T:2006:116, n.ºs 69 e seguintes.

¹⁹ Ver acórdão de 14 de outubro de 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.ºs 80-81. Esta possibilidade tem sido interpretada de forma estrita; ver, por exemplo, acórdão de 29 de outubro de 1980, Van Landewyck, processos apensos 209 a 215 e 218/78, EU:C:1980:248, n.ºs 130-134; acórdão de 11 de novembro de 1997, Ladbroke Racing, C-379/95 P e C-379/95 P, EU:C:1997:531, n.ºs 33 e seguintes.

²⁰ Acórdão de 9 de setembro de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, n.ºs 54 e seguintes.

²¹ Ver, por exemplo, acórdão de 13 de dezembro de 2006, FNCBV e outros/Comissão (Carne de bovino francesa), T-217/03 e T-245/03, EU:T:2006:391, n.º 92.

cooperação horizontal, a fim de atingirem um objetivo de política pública através da autorregulação.

1.2.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

1.2.3.1. Principais preocupações em matéria de concorrência relacionadas com a cooperação horizontal

21. Os acordos de cooperação horizontal podem dar origem a vantagens económicas significativas, nomeadamente benefícios de sustentabilidade, em especial se conjugarem atividades, competências ou ativos complementares. A cooperação horizontal pode constituir um meio de partilhar riscos, realizar economias, aumentar investimentos, agrupar saber-fazer, melhorar a qualidade e a variedade dos produtos e lançar inovações de forma mais rápida. Do mesmo modo, a cooperação horizontal pode constituir um meio para fazer face à escassez e às perturbações nas cadeias de abastecimento ou para reduzir as dependências de determinados produtos, serviços e tecnologias.
22. No entanto, os acordos de cooperação horizontal podem também limitar a concorrência de diversas formas. O acordo pode, por exemplo, conduzir a uma diminuição da concorrência no mercado relevante, ao risco de colusão entre as partes ou dar origem a preocupações em matéria de exclusão anticoncorrencial.

1.2.3.2. Diminuição da concorrência no mercado relevante

23. O efeito potencial dos acordos de cooperação horizontal pode consistir na diminuição da concorrência entre as partes no acordo. Os concorrentes podem beneficiar da redução da pressão concorrencial resultante do acordo, podendo, desta forma, decidir que é rentável aumentar os seus preços ou afetar negativamente os outros parâmetros da concorrência no mercado.
24. Para efeitos da apreciação do acordo em termos de concorrência, é relevante saber se:
 - as partes no acordo detêm quotas de mercado elevadas;
 - são concorrentes efetivos ou potenciais;
 - os clientes têm possibilidades suficientes de mudar de fornecedor;
 - é provável que os concorrentes aumentem a oferta se os preços aumentarem; e
 - uma das partes no acordo é uma importante força concorrencial.

1.2.3.3. Risco de colusão

25. Um acordo de cooperação horizontal pode também diminuir a independência das partes a nível da tomada de decisões, aumentando assim a probabilidade de as partes coordenarem o seu comportamento a fim de chegarem a um comportamento colusivo. No entanto, pode também tornar mais fácil, mais estável e mais efetiva a coordenação das partes que já coordenavam o seu comportamento anteriormente, reforçando essa coordenação ou permitindo-lhes conseguirem preços ainda mais elevados. A cooperação horizontal pode, por exemplo, levar à divulgação de informações estratégicas, aumentando assim a probabilidade de coordenação entre as partes no âmbito do domínio objeto da cooperação ou fora desse âmbito. Por outro lado, as partes podem conseguir uma partilha de custos significativa (ou seja, a proporção de custos variáveis que as partes incorrem em comum), permitindo-lhes assim coordenar mais facilmente os preços no mercado e a produção.
26. Para efeitos da apreciação do acordo em termos de concorrência, é relevante saber se:

- as partes no acordo detêm quotas de mercado elevadas;
- são concorrentes efetivos ou potenciais;
- as características do mercado são propícias à coordenação;
- o domínio objeto de cooperação representa uma elevada proporção dos custos variáveis das partes num determinado mercado; e
- partes combinam significativamente as suas atividades no domínio objeto de cooperação. É nomeadamente o que acontece quando fabricam ou compram em conjunto um produto intermédio importante ou quando produzem ou distribuem em conjunto uma parte significativa da sua produção total de um produto final.

1.2.3.4. Exclusão do mercado

27. Alguns acordos de cooperação horizontal, como por exemplo os acordos de produção e de normalização, podem igualmente suscitar preocupações no que se refere a uma exclusão anticoncorrencial do mercado. Através de meios anticoncorrenciais, os concorrentes seriam então impedidos de concorrer de forma efetiva, sendo-lhes, por exemplo, negado o acesso a um insumo importante ou bloqueada a entrada no mercado. Um intercâmbio de informações ou dados sensíveis do ponto de vista comercial pode também colocar os concorrentes que não participam no sistema de intercâmbio numa situação de desvantagem concorrencial significativa relativamente às empresas participantes.

1.2.4. Restrições da concorrência por objetivo

28. Certos tipos de cooperação entre empresas podem ser considerados, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência²². Nesses casos, não é necessário analisar os efeitos reais ou potenciais do comportamento no mercado, a partir do momento em que o seu objetivo anticoncorrencial esteja provado²³.
29. Para ter um objetivo anticoncorrencial, basta que a acordo de cooperação horizontal *seja suscetível* de produzir efeitos negativos na concorrência. Por outras palavras, o acordo apenas tem de ser concretamente apto, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno²⁴.
30. Para concluir que um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, não é necessário que exista uma ligação direta entre o acordo e os preços cobrados aos consumidores²⁵. O artigo 101.º visa proteger não só os interesses diretos dos concorrentes individuais ou

²² Ver, por exemplo, acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49-50.

²³ Ver, por exemplo, acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 55; acórdão de 20 de novembro de 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 16; acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 29 e seguintes; acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 77.

²⁴ Acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 31.

²⁵ O preço é um dos parâmetros da concorrência, para além de parâmetros como a produção, a qualidade do produto, a variedade do produto ou a inovação.

dos consumidores, mas também a estrutura do mercado e, portanto, a concorrência enquanto tal²⁶.

31. O conceito de restrição da concorrência «por objetivo» pode ser aplicado a práticas relativamente às quais, após uma análise individual e pormenorizada, se demonstre que apresentam um grau suficiente de prejuízo para a concorrência²⁷.
32. Para apreciar se um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, são tidos em conta os seguintes elementos:
 - o conteúdo do acordo,
 - os objetivos que visa atingir,
 - o contexto económico e jurídico em que se insere.
33. Ao determinar o contexto jurídico e económico, é igualmente necessário ter em conta²⁸:
 - a natureza dos bens ou serviços afetados,
 - as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado ou dos mercados em causa²⁹.
34. Sempre que as partes invoquem eventuais efeitos pró-concorrenciais do acordo, que não só devem ser concretos e relevantes, mas igualmente específicos do acordo em causa e suficientemente significativos, a Comissão terá devidamente em conta esses efeitos³⁰.
35. A *intenção* das partes não constitui um elemento necessário para determinar se um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, mas pode ser tida em consideração³¹.

1.2.5. Efeitos restritivos da concorrência

36. Um acordo de cooperação horizontal que, por si só, não apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência, pode, ainda assim, ter efeitos restritivos da concorrência. Para que um acordo de cooperação horizontal tenha efeitos restritivos da concorrência, deve ter ou ser suscetível de ter um impacto negativo sensível pelo menos num dos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, a qualidade ou variedade do produto ou a inovação. Para determinar se é esse o caso, há que apreciar a concorrência no quadro real em que se produziria se não existisse

²⁶ Acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 38-39; acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 125.

²⁷ Ver acórdão de 25 de março de 2021, Sun/Comissão, C-586/16 P, EU:C:2021:241, n.º 86.

²⁸ No que se refere aos acordos que o Tribunal de Justiça já declarou constituírem infrações particularmente graves às regras da concorrência, a análise do contexto jurídico e económico pode limitar-se ao estritamente necessário para demonstrar a existência de uma restrição por objetivo (ver acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba, C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.º 29).

²⁹ Ver ainda o acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53; acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 117, e acórdão de 2 de abril de 2020, Budapest Bank e outros, C-228/18, EU:C:2020:265, n.º 51.

³⁰ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.ºs 103-107.

³¹ Ver, por exemplo, acórdão de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e outros, C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 37; acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 54; e acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 118.

esse acordo³². Os acordos podem ter efeitos restritivos ao reduzirem sensivelmente a concorrência entre as empresas que são partes no acordo ou entre qualquer uma delas e terceiros³³.

37. Para apreciar se um acordo tem efeitos restritivos, são relevantes os seguintes elementos:

- a natureza e o teor do acordo;
- o contexto concreto em que se verifica a cooperação, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos bens ou serviços afetados, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa³⁴;
- a medida em que as partes, individualmente ou em conjunto, têm ou obtêm um certo grau de poder de mercado e em que o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite que as partes dele tirem partido³⁵;
- os efeitos restritivos da concorrência podem ser reais e potenciais, mas devem, em todo o caso, ser suficientemente sensíveis³⁶.

38. Por vezes, as empresas celebram acordos de cooperação horizontal, já que, com base em fatores objetivos (por exemplo, devido às capacidades técnicas limitadas das partes) não conseguem realizar de forma independente o projeto ou a atividade abrangida pela cooperação. Esses acordos de cooperação horizontal não dão normalmente origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, a menos que as partes pudessem ter realizado o projeto com restrições menos rigorosas³⁷.

1.2.6. Restrições acessórias

39. Um acordo de cooperação horizontal conforme com o artigo 101.º, n.º 1, pode ainda restringir a autonomia comercial das partes nesse acordo. Uma chamada «restrição acessória» desse tipo pode também, por si só, ser conforme com o artigo 101.º, n.º 1, se for objetivamente necessária para a aplicação do acordo de cooperação horizontal e proporcional aos seus objetivos³⁸. Nesses casos, há que analisar se o acordo seria

³² Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.º 118; acórdão de 27 de setembro de 2018, Krka/Comissão, T-684/14, EU:T:2012:918, n.º 315; e acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 166.

³³ Acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 88; acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 51.

³⁴ Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.º 116, e jurisprudência aí citada.

³⁵ O poder de mercado é a capacidade de manter, de forma rentável, os preços acima dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo ou de manter, de forma rentável, a produção, em termos de quantidade, qualidade e variedade do produto ou de inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo. O grau de poder de mercado que é, em geral, necessário para que se conclua pela existência de uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, é inferior ao grau de poder de mercado necessário para que seja reconhecida uma posição dominante na aceção do artigo 102.º, em que é necessário que exista um grau de poder de mercado significativo.

³⁶ Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 52.

³⁷ Ver também o ponto 18 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

³⁸ Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 89; acórdão de 11 de julho de 1985, Remia e outros/Comissão, 42/84, EU:C:1985:327, n.ºs 19-20; acórdão

impossível de executar na ausência da restrição em causa³⁹. O facto de a operação ou a atividade em causa ser simplesmente mais difícil de executar, ou menos rentável, na ausência da restrição em causa, não torna essa restrição «objetivamente necessária» e, portanto, acessória⁴⁰.

1.2.7. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

40. A apreciação das restrições por objetivo ou por efeito à luz do artigo 101.º, n.º 1, constitui apenas um aspeto da análise. O outro aspeto, que se reflete no artigo 101.º, n.º 3, consiste na apreciação dos efeitos pró-concorrenciais dos acordos restritivos⁴¹. Se, num determinado caso, ficar provada a existência de uma restrição da concorrência por objetivo ou por efeito, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, pode ser invocado como defesa o disposto no artigo 101.º, n.º 3. Nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado⁴², o ónus da prova, para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 3, recai sobre a empresa ou empresas que invocam o benefício da referida disposição. Por conseguinte, os argumentos factuais e os elementos de prova apresentados pela empresa ou empresas devem permitir à Comissão chegar à conclusão de que o acordo em questão tem probabilidades suficientes de dar origem a efeitos pró-concorrenciais⁴³.
41. A aplicação da exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3, deve obedecer a quatro condições cumulativas, duas positivas e duas negativas:
- o acordo deve contribuir para melhorar a produção ou distribuição de produtos ou contribuir para a promoção do progresso técnico ou económico, ou seja, dar origem a ganhos de eficiência;
 - as restrições devem ser indispensáveis para a consecução destes objetivos, ou seja, os ganhos de eficiência;
 - os consumidores devem beneficiar de uma parte equitativa das vantagens resultantes do acordo, ou seja, os ganhos de eficiência, incluindo ganhos de eficiência qualitativos, obtidos através das restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores de forma suficiente para que estes possam ser pelo menos compensados pelos efeitos restritivos do acordo. Por conseguinte, os ganhos de eficiência que apenas beneficiam as partes no acordo não são suficientes. Para efeitos das presentes orientações, o conceito de «consumidores» abrange os clientes, potenciais e/ou efetivos, das partes no acordo⁴⁴; e

de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia, 161/84, EU:C:1986:41, n.ºs 15-17; acórdão de 15 de dezembro de 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, n.º 35, e acórdão de 12 de dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e outros, C-399/93, EU:C:1995:434, n.ºs 12-15.

³⁹ Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 91.

⁴⁰ Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 91.

⁴¹ Nas Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97) é apresentada a abordagem global para a aplicação do artigo 101.º, n.º 3.

⁴² JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁴³ Ver, por exemplo, acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.ºs 93-95.

⁴⁴ A noção de consumidor é explicada no ponto 84 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

- o acordo não deve permitir que as partes tenham a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

42. O RIC I&D e o RIC Especialização baseiam-se no artigo 101.º, n.º 3. Baseiam-se na presunção de que uma combinação de competências ou ativos complementares pode gerar ganhos de eficiência significativos no âmbito dos acordos de I&D e dos acordos de especialização. O mesmo pode acontecer relativamente a outros tipos de acordos de cooperação horizontal. Desta forma, a análise dos ganhos de eficiência de um acordo, nos termos do artigo 101.º, n.º 3, consiste, em larga medida, em identificar as competências e ativos complementares com que cada uma das partes contribui para o acordo e em determinar se os ganhos de eficiência deles decorrentes são de molde a preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

Os acordos de cooperação horizontal podem dar origem a complementaridades de diversas formas. Um acordo de I&D pode reunir diferentes capacidades de investigação e combinar competências e ativos complementares que podem resultar no desenvolvimento e comercialização de produtos e tecnologias novos ou melhorados. Outros acordos de cooperação horizontal podem permitir às partes combinar forças para conceber, produzir e comercializar produtos ou comprar em conjunto produtos ou serviços de que possam necessitar para as suas operações.

43. Os acordos de cooperação horizontal que não implicam a combinação de competências ou ativos complementares têm menos probabilidades de gerar ganhos de eficiência em benefício dos consumidores. Tais acordos podem reduzir a duplicação de determinados custos ao permitir, por exemplo, que certos custos fixos sejam eliminados. Contudo, as economias de custos fixos têm, na generalidade, menos probabilidades de resultar em benefícios para os consumidores do que, por exemplo, as economias de custos variáveis ou marginais.

1.2.8. *Acordos de cooperação horizontal que, em geral, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1*

44. Os acordos que não sejam suscetíveis de afetar sensivelmente as trocas comerciais entre os Estados-Membros (ausência de efeitos nas trocas comerciais) ou que não restrinjam sensivelmente a concorrência (acordos de pequena importância) não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1⁴⁵. A Comissão forneceu orientações sobre a ausência de efeitos nas trocas comerciais nas suas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (a seguir designadas «*Orientações relativas à afetação do comércio*»)⁴⁶, e sobre os acordos de pequena importância na sua Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designada «*Comunicação de minimis*»)⁴⁷. As presentes orientações não prejudicam as Orientações relativas à afetação do comércio, a Comunicação de minimis nem nenhuma orientação futura da Comissão a este respeito.

⁴⁵ Ver acórdão de 13 de dezembro de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, n.ºs 16-17, e jurisprudência aí citada.

⁴⁶ JO C 101 de 27.4.2004, p. 81.

⁴⁷ JO C 291 de 30.8.2014, p. 1.

45. As Orientações relativas à afetação do comércio estabelecem os princípios desenvolvidos pelos tribunais da União para interpretar o conceito de afetação do comércio e indicam em que situações os acordos são pouco suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros. Incluem uma presunção negativa ilidível aplicável a todos os acordos na aceção do artigo 101, n.º 1, independentemente da natureza das restrições incluídas nesses acordos, sendo, por conseguinte, aplicável aos acordos que contêm restrições graves⁴⁸. De acordo com esta presunção, os acordos de cooperação horizontal não são, em princípio, suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros se:
- a quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na União afetado pelo acordo não exceder 5 %, e
 - o volume de negócios anual agregado na União das empresas em causa em relação aos produtos objeto do acordo não exceder 40 milhões de EUR⁴⁹.
 - no caso de acordos respeitantes à compra conjunta de produtos, o volume de negócios relevante é o correspondente à compra agregada dos produtos cobertos pelo acordo. A Comissão só pode ilidir esta presunção se a análise das características do acordo e do contexto económico em que ele se insere demonstrar o contrário.
46. Tal como estabelecido na Comunicação *de minimis*, os acordos de cooperação horizontal celebrados por concorrentes efetivos ou potenciais não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, se a quota de mercado agregada das partes no acordo não exceder 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo⁵⁰. Esta regra geral está sujeita a duas exceções. Em primeiro lugar, no que respeita às restrições graves, o artigo 101.º, n.º 1, é aplicável independentemente das quotas de mercado das partes⁵¹, pois um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial pode constituir, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto, uma restrição sensível à concorrência⁵². Em segundo lugar, o limiar das quotas de mercado de 10 % é reduzido para 5 % se a concorrência for restringida no mercado relevante pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos⁵³.
47. Além disso, não se presume que os acordos horizontais celebrados por empresas em que as quotas de mercado individuais de uma ou mais dessas empresas excedam 10 % são automaticamente abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Estes acordos podem, ainda assim, não ter um efeito sensível no comércio entre os Estados-Membros ou podem não constituir uma restrição sensível da concorrência⁵⁴. Por conseguinte, têm de ser apreciados no seu contexto jurídico e económico. As presentes orientações preveem critérios para a apreciação individual de tais acordos.

⁴⁸ Orientações relativas à afetação do comércio, ponto 50.

⁴⁹ Orientações relativas à afetação do comércio, ponto 52.

⁵⁰ Comunicação *de minimis*, ponto 8.

⁵¹ Ver acórdão de 9 de julho de 1969, Völk/Vervaecke, C-5/69, EU:C:1969:35; acórdão de 6 de maio de 1971, Cadillon/Höss, 1/71, EU:C:1971:47, e acórdão de 28 de abril de 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, EU:C:1998:173, n.ºs 16-17.

⁵² Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, n.º 37.

⁵³ Comunicação *de minimis*, ponto 10.

⁵⁴ Ver acórdão de 8 de junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão, T-7/93, EU:T:1995:98, n.º 98.

1.3. Relação com outras orientações e legislação

48. Os acordos celebrados entre empresas que operam a níveis diferentes da cadeia de produção ou de distribuição, ou seja, os acordos verticais, são em princípio abrangidos pelo Regulamento (UE) 2022/... da Comissão, de XX de abril de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas⁵⁵ (a seguir designado «*Regulamento (UE) 2022/...*» ou «*RIC Vertical*») e pela Comunicação da Comissão – Orientações relativas às restrições verticais (a seguir designada «*Orientações Verticais*»)⁵⁶. Todavia, na medida em que os acordos verticais, por exemplo os acordos de distribuição, forem celebrados entre concorrentes, os efeitos do acordo no mercado e os eventuais problemas de concorrência por ele suscitados podem ser semelhantes aos dos acordos horizontais. Por conseguinte, os acordos verticais entre concorrentes são abrangidos pelas presentes orientações⁵⁷. Se for necessário apreciar igualmente estes acordos nos termos do RIC Vertical e das Orientações Verticais, tal será especificado no capítulo relevante das presentes orientações. Na ausência dessa referência, só as presentes orientações são aplicáveis a acordos verticais entre concorrentes.
49. Quando as presentes orientações se referem ao mercado relevante: a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União (a seguir designada «*Comunicação relativa à definição do mercado*») contém orientações sobre as regras, os critérios e os elementos de prova que a Comissão utiliza quando analisa questões relativas à definição do mercado⁵⁸. Por conseguinte, o mercado relevante para efeitos da aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal deve ser definido com base nessas orientações e em futuras orientações relativas à definição dos mercados relevantes para efeitos do direito da concorrência da União.
50. Embora as presentes orientações incluam referências a cartéis, não se destinam a fornecer orientações sobre o que constitui ou não um cartel, tal como definido pela prática decisória da Comissão e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.
51. As presentes orientações aplicam-se aos tipos mais comuns de acordos de cooperação horizontal, independentemente do nível de integração que implicam, com exceção das operações que constituem uma concentração na aceção do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas⁵⁹ (a seguir designado «*Regulamento das Concentrações*»), como seria, por exemplo, o caso de empresas comuns que

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ Tal não se aplica quando os concorrentes celebram um acordo vertical não recíproco e i) o fornecedor é um fabricante e um distribuidor de produtos, enquanto o comprador é um distribuidor e não uma empresa concorrente a nível do fabrico, ou ii) o fornecedor é um prestador de serviços em vários estádios da atividade comercial, enquanto o comprador fornece os seus bens ou presta os seus serviços a nível retalhista e não é uma empresa concorrente no mesmo estágio da atividade comercial em que adquire os serviços contratuais. Estes acordos são apreciados exclusivamente à luz do RIC Vertical e das Orientações Verticais (ver artigo 2.º, n.º 4, do RIC Vertical).

⁵⁸ 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).

⁵⁹ JO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

desempenhassem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma («empresas comuns de pleno exercício»)⁶⁰.

52. As presentes orientações não se aplicam aos acordos, decisões e práticas concertadas de produtores de produtos agrícolas relativos à produção e ao comércio de produtos agrícolas e que visem a aplicação de uma norma de sustentabilidade superior à exigida pelo direito da União ou pelo direito nacional e isentos do disposto no artigo 101.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas⁶¹. As presentes orientações não prejudicam a aplicação das orientações emitidas pela Comissão em conformidade com o artigo 210.º-A, n.º 5, do referido regulamento. No entanto, os acordos, decisões e práticas concertadas de produtores de produtos agrícolas relativos à produção ou ao comércio de produtos agrícolas que não preencham as condições previstas no artigo 210.º-A estão sujeitos ao disposto no artigo 101.º, n.º 1.
53. A apreciação efetuada nos termos do artigo 101.º, tal como descrita nas presentes orientações, não prejudica a eventual aplicação paralela do artigo 102.º do Tratado aos acordos de cooperação horizontal⁶².
54. As presentes orientações não prejudicam a eventual interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação à aplicação do artigo 101.º aos acordos de cooperação horizontal.
55. As presentes orientações substituem as Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal⁶³, que foram publicadas pela Comissão em 2011 e não são aplicáveis na medida em que vigorem regras setoriais específicas, como acontece no caso de determinados acordos no domínio da agricultura⁶⁴ ou dos transportes⁶⁵. A

⁶⁰ Ver artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento das Concentrações. Contudo, a fim de determinar a existência de uma empresa comum de pleno exercício, a Comissão analisa se a empresa comum é autónoma do ponto de vista operacional. Tal não implica que a empresa disponha de autonomia relativamente às suas empresas-mãe no que se refere à adoção de decisões estratégicas [ver Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO C 95 de 16.4.2008, p. 1, pontos 91-109) («Comunicação consolidada em matéria de competência»)]. Deve também recordar-se que, se a criação de uma empresa comum que constitui uma concentração na aceção do artigo 3.º do Regulamento das Concentrações tiver por objetivo ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação deve ser apreciada nos termos do artigo 101.º do Tratado (ver artigo 2.º, n.º 4, do Regulamento das Concentrações).

⁶¹ Regulamento (UE) n.º 1308/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas e que revoga os Regulamentos (CEE) n.º 922/72, (CEE) n.º 234/79, (CE) n.º 1037/2001 e (CE) n.º 1234/2007 do Conselho (JO L 347 de 20.12.2013, p. 671), conforme alterado pelo Regulamento (UE) 2021/2117 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2 de dezembro de 2021 (JO L 435 de 6.12.2021, p. 262).

⁶² Ver acórdão de 10 de julho de 1990, Tetra Pak I, T-51/89, ECR 1990 II-00309, EU:T:1990:41, n.ºs 25 e seguintes.

⁶³ JO C 11 de 14.1.2011, p. 1.

⁶⁴ Regulamento (CE) n.º 1184/2006 do Conselho, de 24 de julho de 2006, relativo à aplicação de determinadas regras de concorrência à produção e ao comércio de produtos agrícolas (JO L 214 de 4.8.2006, p. 7).

⁶⁵ Regulamento (CE) n.º 169/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, relativo à aplicação de regras de concorrência nos setores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 61 de 5.3.2009, p. 1); Regulamento (CE) n.º 246/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios) (JO L 79 de 25.3.2009,

Comissão continuará a controlar a aplicação do RIC I&D e do RIC Especialização e das presentes orientações com base nas informações de mercado transmitidas pelas partes interessadas e pelas autoridades nacionais de concorrência, e poderá rever as presentes orientações à luz da evolução futura da situação e dos conhecimentos na matéria.

2. ACORDOS DE INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

2.1. Introdução

56. O objetivo do presente capítulo é fornecer orientações sobre o âmbito de aplicação e a apreciação em termos de concorrência dos acordos de I&D.
57. Os acordos de investigação e desenvolvimento (I&D) podem variar tanto pela sua forma como pelo seu alcance. Incluem acordos de subcontratação de determinadas atividades de I&D, acordos que abrangem o aperfeiçoamento em conjunto de tecnologias existentes e a cooperação em matéria de investigação, desenvolvimento e comercialização de produtos totalmente novos. A cooperação em matéria de I&D pode assumir a forma de um acordo de cooperação ou da cooperação no âmbito de uma empresa controlada em conjunto⁶⁶. Inclui igualmente a cooperação entre concorrentes através de formas mais flexíveis, como a cooperação técnica em grupos de trabalho.
58. Os acordos de I&D podem ser celebrados por grandes empresas, PME⁶⁷, organismos académicos ou institutos de investigação, ou por qualquer combinação destas entidades⁶⁸.
59. A cooperação em matéria de I&D pode afetar não só a concorrência nos mercados dos produtos ou tecnologias existentes, mas também a concorrência em matéria de inovação.
60. Para efeitos do RIC I&D e do presente capítulo das orientações, a «concorrência em matéria de inovação»⁶⁹ refere-se aos esforços de I&D direcionados para novos produtos e/ou tecnologias, que criam o seu próprio mercado novo⁷⁰, e para polos de I&D, ou seja, esforços de I&D orientados principalmente para uma finalidade ou objetivo específico decorrente do acordo de I&D⁷¹. A finalidade ou objetivo específico de um polo de I&D ainda não pode ser definido como um produto ou uma tecnologia ou envolve um objetivo substancialmente mais vasto do que um produto ou tecnologia específico num mercado específico.

p. 1), e Regulamento (CE) n.º 906/2009 da Comissão, de 28 de setembro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios) (JO L 256 de 29.9.2009), com a última redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) 2020/436 da Comissão, de 24 de março de 2020 (JO L 90 de 25.3.2020, p. 1); Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos serviços de transportes marítimos (JO C 245 de 26.9.2008, p. 2).

⁶⁶ Ver pontos 51 («empresas comuns de pleno exercício») e 13 («responsabilidade por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1») das presentes orientações.

⁶⁷ Na aceção do anexo da Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (JO L 124 de 20.5.2003, p. 36).

⁶⁸ Incluindo empresas em fase de arranque.

⁶⁹ Ver RIC I&D, artigo 1.º, n.º 1, ponto 18, no que se refere às partes no acordo, e n.º 1, ponto 19, no que se refere a terceiros.

⁷⁰ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 7, do RIC I&D.

⁷¹ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 8, do RIC I&D.

61. A apreciação dos acordos de I&D nos termos do artigo 101.º, n.º 1, é abrangida pela secção 2.3 das presentes orientações. Os acordos de I&D podem beneficiar do espaço de admissibilidade estabelecido pelo RIC I&D⁷². A isenção por categoria baseia-se na premissa de que, na medida em que os acordos de I&D são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e satisfazem os critérios estabelecidos no RIC I&D, preenchem, em geral, as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. A secção 2.4 das presentes orientações descreve os acordos abrangidos pelo RIC I&D. As condições de isenção dos acordos de I&D são explicadas na secção 2.5 - Condições de isenção. As restrições graves e excluídas descritas na secção 2.6 das presentes orientações visam garantir que só beneficiem da isenção prevista no artigo 2.º do RIC I&D os acordos restritivos do quais se possa razoavelmente esperar que preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
62. O espaço de admissibilidade é aplicável enquanto o benefício da isenção por categoria não tiver sido retirado num caso individual pela Comissão ou pela autoridade da concorrência de um Estado-Membro («ANC»), nos termos do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado⁷³ (secção 2.7 das presentes orientações).
63. Se o espaço de admissibilidade previsto pelo RIC I&D não for aplicável a um acordo de I&D, deve analisar-se se, no caso concreto, o acordo de I&D é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se estão preenchidas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Esta situação é descrita na secção 2.8 das presentes orientações, sendo o momento relevante para a apreciação estabelecido na secção 2.9.

2.2. Mercados relevantes

64. A Comunicação relativa à definição do mercado fornece orientações sobre as regras, critérios e elementos de prova que a Comissão utiliza ao analisar questões relativas à definição do mercado⁷⁴. Por conseguinte, o mercado relevante para efeitos da aplicação do artigo 101.º aos acordos de I&D deve ser definido com base nessas orientações ou em futuras orientações relativas à definição dos mercados relevantes para efeitos do direito da concorrência da União, consoante o caso.
65. Nos termos do RIC I&D, um mercado relevante de produtos ou tecnologias é o mercado dos produtos ou tecnologias suscetíveis de serem melhorados ou substituídos pelos produtos ou tecnologias contratuais⁷⁵.

2.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

2.3.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

66. Os acordos de I&D podem dar origem a diferentes preocupações em matéria de concorrência; em especial, podem limitar diretamente a concorrência entre as partes,

⁷² Regulamento (UE) [...] da Comissão, de [...] de dezembro de 2022, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento.

⁷³ JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

⁷⁴ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

⁷⁵ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 21, e n.º 1, ponto 22, do RIC I&D.

conduzir a uma exclusão anticoncorrencial de terceiros ou a um comportamento colusivo no mercado.

67. Se a cooperação em matéria de I&D **limitar diretamente ou restringir a concorrência entre as partes ou facilitar a adoção de um comportamento colusivo no mercado**, essa situação pode conduzir a um aumento dos preços, à redução da escolha para os consumidores ou à redução da qualidade dos produtos ou tecnologias. Pode também conduzir à redução ou à desaceleração da inovação e, por conseguinte, à entrada no mercado de menos ou piores produtos ou tecnologias. Pode também levar a que os produtos ou as tecnologias cheguem ao mercado mais tarde do que de outra forma aconteceria.
68. **A exclusão anticoncorrencial de terceiros** pode ocorrer, em especial, se pelo menos uma parte no acordo de I&D tiver o direito de exploração exclusiva dos resultados de I&D e pelo menos uma parte tiver um grau significativo de poder de mercado.

2.3.2. Restrições da concorrência por objetivo

69. Os acordos em matéria de I&D restringem a concorrência por objetivo se a sua finalidade principal não for a I&D, mas sim servir de instrumento para participar num cartel ou noutras infrações por objetivo nos termos do artigo 101.º, n.º 1, como a fixação de preços, a limitação da produção, a repartição do mercado ou restrições ao desenvolvimento técnico.
70. Um acordo de I&D pode restringir o desenvolvimento técnico se, em vez de cooperarem para promover o progresso técnico e económico, as partes utilizarem a cooperação em matéria de I&D para a) impedir ou atrasar a entrada no mercado de produtos ou tecnologias, b) coordenar as características dos produtos ou tecnologias não abrangidos pelo acordo de I&D ou c) limitar o potencial de um produto ou tecnologia desenvolvido em conjunto quando esse produto ou tecnologia é colocado no mercado individualmente.

2.3.3. Efeitos restritivos da concorrência

2.3.3.1. Introdução – acordos que, normalmente, não restringem a concorrência

71. Muitos acordos de I&D não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, quando são celebrados por empresas com competências complementares que, por si só, não teriam podido realizar as atividades de I&D.
72. Além disso, a cooperação em matéria de I&D entre empresas não concorrentes⁷⁶ não dá geralmente origem a efeitos horizontais restritivos da concorrência.
73. A relação de concorrência entre as partes deve ser analisada no contexto dos mercados existentes afetados⁷⁷ e no contexto da inovação⁷⁸.
74. Se, com base em fatores objetivos, as partes não teriam condições para desenvolver as atividades de I&D necessárias de forma independente, o acordo de I&D não terá, normalmente, efeitos restritivos da concorrência. Uma parte pode não ter condições para desenvolver as atividades de I&D de forma independente, por exemplo, se tiver capacidades técnicas limitadas ou um acesso limitado ao financiamento, a trabalhadores qualificados, a tecnologias ou a outros recursos.

⁷⁶ Ver o artigo 1.º, n.º 1, ponto 20, do RIC I&D para a definição.

⁷⁷ No contexto do RIC I&D, ver artigo 1.º, n.º 1, ponto 17, do RIC I&D.

⁷⁸ No contexto do RIC I&D, ver artigo 1.º, n.º 1, ponto 18, do RIC I&D.

75. A subcontratação de atividades de I&D anteriormente cativas constitui uma forma específica de cooperação em matéria de I&D. Num cenário deste tipo, as atividades de I&D são frequentemente realizadas por empresas especializadas, institutos de investigação ou organismos académicos que não participam na exploração dos resultados. Trata-se geralmente de acordos acompanhados de uma transferência de saber-fazer e/ou de uma cláusula de fornecimento exclusivo dos eventuais resultados. Nesse cenário, devido à natureza complementar das partes na cooperação (por exemplo, no que diz respeito às suas competências ou tecnologias), tais acordos não dão, normalmente, origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.
76. Uma cooperação em matéria de I&D que não inclua a exploração em conjunto dos eventuais resultados através da concessão de licenças, da produção e/ou da comercialização, raramente dá origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Estes acordos de I&D podem, no entanto, dar origem a efeitos anticoncorrenciais se, por exemplo, na sequência do acordo de I&D, a concorrência a nível da inovação for consideravelmente reduzida.

2.3.3.2. Poder de mercado

77. Os acordos de I&D só são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência se as partes na cooperação em matéria de I&D tiverem poder de mercado.
78. Não existe qualquer limiar absoluto acima do qual se possa presumir que um acordo de I&D cria ou mantém poder de mercado, sendo por conseguinte suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, os acordos de I&D entre empresas concorrentes relativamente a produtos e/ou tecnologias existentes são abrangidos pela isenção prevista no RIC I&D, desde que a sua quota de mercado combinada não exceda 25 % nos mercados relevantes do produto e da tecnologia e que estejam preenchidas as outras condições para a aplicação do RIC I&D.
79. O RIC I&D também abrange os acordos de I&D entre empresas concorrentes em matéria de inovação. Estes acordos são abrangidos pela isenção prevista no RIC I&D, desde que existam três ou mais esforços de I&D concorrentes⁷⁹ para além dos das partes no acordo e comparáveis a estes. As outras condições para a aplicação do RIC I&D terão igualmente de estar preenchidas. Estando sujeito a estas condições, é pouco provável que um acordo entre empresas concorrentes em matéria de inovação⁸⁰ tenha efeitos restritivos no mercado interno, uma vez que não é provável

⁷⁹ O artigo 1.º, n.º 1, ponto 19, do RIC I&D define «esforço de I&D concorrente» como «um esforço de I&D no qual um terceiro participa, individualmente ou em cooperação com outros terceiros, ou no qual um terceiro é capaz e suscetível de participar, de forma independente, e que diga respeito: a) à I&D dos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, que os abrangidos pelo acordo de I&D; ou b) aos polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que os abrangidos pelo acordo de I&D. Estes terceiros devem ser independentes das partes no acordo de I&D.

⁸⁰ O artigo 1.º, n.º 1, ponto 18, do RIC I&D define uma «empresa concorrente em matéria de inovação» como «uma empresa que não está em concorrência relativamente a um produto e/ou tecnologia existente e que, de forma independente, participa ou, na ausência do acordo de I&D, seria capaz e suscetível de participar, de forma independente, em esforços de I&D que digam respeito: a) à I&D dos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, que os abrangidos pelo acordo de I&D; ou b) aos polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que os abrangidos pelo acordo de I&D.

que as partes sejam capazes de manter de forma rentável a inovação abaixo dos níveis concorrenciais durante um período de tempo mais longo.

80. Quanto mais forte for a posição combinada das partes nos mercados existentes e/ou quanto menor for o número de esforços de I&D concorrentes para além dos das partes e comparáveis a estes, mais provável é que o acordo de I&D possa causar efeitos restritivos da concorrência⁸¹.

2.3.3.3. I&D que tem como objetivo melhorar ou substituir produtos ou tecnologias existentes

81. Se a I&D se destina a **melhorar** produtos ou tecnologias existentes, os efeitos que dela podem decorrer dizem respeito ao(s) mercado(s) relevante(s) desses produtos ou tecnologias existentes. No entanto, os efeitos sobre os preços, a produção, a qualidade ou a variedade do produto ou o desenvolvimento técnico nos mercados existentes só são prováveis se as partes detiverem em conjunto uma posição forte, se a entrada nesses mercados for difícil e se apenas subsistir no mercado um pequeno número de outros concorrentes. Além disso, se a I&D disser apenas respeito a um insumo relativamente secundário que entra na composição de um produto final, os efeitos da exclusão em relação a esse produto final são, caso existam, muito limitados.
82. Se a I&D se destina a **substituir** um produto ou tecnologia existentes, os efeitos que dela podem decorrer podem dizer respeito à desaceleração do desenvolvimento do produto ou tecnologia de substituição. É o que acontece, em especial, se as partes tiverem poder de mercado no mercado do produto ou da tecnologia existentes e forem também as únicas que participam em atividades de I&D para desenvolver uma substituição desse produto ou tecnologia existente. São possíveis efeitos semelhantes se um dos principais operadores num mercado existente cooperar com um concorrente muito mais pequeno ou com um concorrente potencial que está em vias de entrar no mercado com um produto ou uma tecnologia e que pode ameaçar a posição da empresa estabelecida.
83. Se as partes também incluírem no seu acordo a exploração em conjunto (por exemplo, a produção e/ou a distribuição) dos produtos ou tecnologias contratuais, os efeitos na concorrência têm de ser analisados de forma mais aprofundada. Em especial, se as partes forem concorrentes fortes, são mais prováveis os efeitos restritivos da concorrência sob a forma de um aumento dos preços ou de uma redução da produção nos mercados existentes. No entanto, se a exploração em conjunto se limitar à concessão de licenças a terceiros, são pouco prováveis efeitos restritivos como a exclusão do mercado.
- 2.3.3.4. Polos de I&D e esforços de I&D direcionados para um produto ou tecnologia que crie um novo mercado
84. Os esforços de I&D relativos a I&D de novos produtos ou tecnologias, bem como os polos de I&D, são abrangidos pelo conceito de concorrência em matéria de inovação para efeitos do presente capítulo.

⁸¹ Tal não prejudica a análise dos potenciais ganhos de eficiência, incluindo os que já se verificam regularmente na I&D cofinanciada publicamente.

85. Um novo produto ou tecnologia não se limita a melhorar ou substituir produtos ou tecnologias existentes. A procura do novo produto ou tecnologia criará, se se tratar de um produto ou tecnologia emergente, um novo mercado distinto.
86. Os polos de I&D são esforços de I&D direcionados principalmente para uma finalidade ou objetivo específico. A finalidade ou objetivo específico de um polo de I&D ainda não pode ser definido como um produto ou uma tecnologia, ou envolve um objetivo substancialmente mais vasto do que produtos ou tecnologias num mercado específico.
87. No momento da apreciação da cooperação em matéria de I&D, é pouco provável que esses esforços de I&D produzam efeitos nos preços e na produção nos mercados existentes, uma vez que ainda não se pode estabelecer que o esforço de I&D visa um produto ou uma tecnologia. Por conseguinte, a análise teria de se centrar nas eventuais restrições da concorrência a nível da inovação relativas, por exemplo, à qualidade e à variedade dos eventuais produtos ou tecnologias futuros e/ou ao ritmo ou nível de inovação. Estes efeitos restritivos podem surgir quando duas ou mais das poucas empresas que participam de forma independente (por exemplo) na I&D de um novo produto (em especial quando se encontram numa fase próxima do lançamento do novo produto) começam a cooperar em vez de desenvolverem separadamente o novo produto. Regra geral, estes efeitos resultam diretamente da cooperação entre as partes.
88. Pode verificar-se uma restrição da inovação mesmo no caso de um acordo puro de I&D. No entanto, em geral, é pouco provável que a cooperação em matéria de I&D relativa a novos produtos ou tecnologias ou polos de I&D dê origem a efeitos restritivos da concorrência, a menos que reste apenas um número reduzido de esforços de I&D concorrentes para além dos das partes na cooperação em matéria de I&D.

2.4. Acordos abrangidos pelo RIC I&D

89. O benefício da isenção estabelecida no RIC I&D abrange os acordos de I&D em relação aos quais se pode presumir com suficiente grau de certeza que preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3⁸².
90. O RIC I&D abrange os acordos de I&D em que participem duas ou mais partes relacionados com as condições em que estas prosseguem⁸³:
- (a) I&D em conjunto de produtos ou tecnologias contratuais que incluam ou excluam a exploração em conjunto dos resultados dessa I&D; ou
 - (b) I&D contra remuneração de produtos ou tecnologias contratuais que incluam ou excluam a exploração em conjunto dos resultados dessa I&D; ou
 - (c) A exploração em conjunto dos resultados da I&D de produtos ou tecnologias contratuais, efetuada por força de um acordo que prossiga atividades de I&D realizadas em conjunto (tal como definida na alínea a) *supra*), celebrado anteriormente pelas mesmas partes; ou

⁸² O Regulamento (CEE) n.º 2821/71 habilita a Comissão, em conformidade com o artigo 101.º, n.º 3, a conceder, por meio de regulamento, isenções por categoria aos acordos que tenham por objeto a I&D de produtos, tecnologias ou processos até ao estágio da aplicação industrial, bem como a exploração dos resultados, incluindo as disposições relativas aos direitos de propriedade intelectual.

⁸³ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, do RIC I&D.

- (d) A exploração em conjunto dos resultados da I&D de produtos ou tecnologias contratuais, efetuada por força de um acordo que prossiga atividades de I&D contra remuneração (tal como definida na alínea b) *supra*), celebrado anteriormente pelas mesmas partes.
91. O RIC I&D estabelece uma distinção entre produtos contratuais e tecnologias contratuais:
- (a) «Produto contratual»⁸⁴ é um produto⁸⁵ resultante da I&D em conjunto ou contra remuneração ou produzido ou fornecido mediante aplicação das tecnologias contratuais. Tal inclui produtos obtidos através de um polo de I&D, bem como novos produtos⁸⁶;
- (b) «Tecnologia contratual»⁸⁷ é uma tecnologia ou processo resultante da I&D em conjunto ou contra remuneração. Tal inclui tecnologias ou processos obtidos através de um polo de I&D, bem como novas tecnologias ou novos processos.
92. Nos termos do RIC I&D, o conceito de «investigação e desenvolvimento» designa atividades destinadas a adquirir saber-fazer no que respeita a produtos, tecnologias ou processos existentes ou novos, a realização de análises teóricas, estudos sistemáticos ou experiências, incluindo a produção experimental, os ensaios técnicos de produtos ou processos, a criação dos equipamentos necessários e a obtenção de direitos de propriedade intelectual relativos aos resultados.
- 2.4.1. *Distinção entre «I&D em conjunto» e «I&D contra remuneração» e conceito de «especialização no contexto da I&D»*
93. O RIC I&D estabelece uma distinção entre «I&D em conjunto» e «I&D contra remuneração».
94. Quando as partes prosseguem atividades de **I&D em conjunto**, o respetivo acordo pode prever uma das seguintes formas de realização das atividades de I&D⁸⁸:
- (a) As atividades de I&D são realizadas por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum;
- (b) As partes confiam em conjunto a um terceiro a realização das atividades de I&D; ou
- (c) As partes repartem as atividades entre si através da «especialização no contexto da I&D». Isto significa que cada uma das partes participa nas atividades de I&D e dividem o trabalho de I&D entre si da forma que considerem mais adequada. Não se incluem neste contexto as atividades de I&D contra remuneração⁸⁹.

⁸⁴ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 6, do RIC I&D.

⁸⁵ Para efeitos do RIC I&D, entende-se por «produto» um bem ou um serviço, incluindo quer os bens ou serviços intermédios, quer os bens ou serviços finais (artigo 1.º, n.º 1, ponto 4, do RIC I&D).

⁸⁶ Para efeitos do RIC I&D, entende-se por «novo produto ou tecnologia» um produto, tecnologia ou processo que ainda não existe no momento em que é celebrado o acordo de I&D abrangido pelo artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alínea a) ou b), do RIC I&D, e que, se se tratar de um produto, tecnologia ou processo emergente, criará o seu próprio mercado novo e não melhorará nem substituirá um produto, tecnologia ou processo existente (artigo 1.º, n.º 1, ponto 7, do RIC I&D).

⁸⁷ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 5, do RIC I&D.

⁸⁸ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 12, do RIC I&D.

⁸⁹ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 13, do RIC I&D.

95. Por **I&D contra remuneração**, entende-se a I&D que é realizada por, pelo menos, uma parte, enquanto pelo menos outra parte financia a I&D mas não realiza ela própria qualquer atividade de I&D (parte que concede o financiamento).
96. A distinção entre I&D em conjunto e I&D contra remuneração estabelecida no RIC I&D é pertinente para efeitos do cálculo das quotas de mercado. No que se refere à I&D contra remuneração, as partes terão de incluir também os acordos de I&D celebrados entre a parte que concede o financiamento e terceiros, no que diz respeito aos mesmos produtos ou tecnologias contratuais, para efeitos do cálculo das quotas de mercado combinadas – ver secção 2.5.4.2 *infra*.
- 2.4.2. *Exploração em conjunto dos resultados da I&D e conceito de especialização no contexto da exploração em conjunto*
97. O RIC I&D abrange expressamente os acordos que incluem a exploração em conjunto dos resultados da I&D. Estes acordos estão, no entanto, sujeitos a disposições específicas.
98. O conceito de «**exploração dos resultados**» é bastante amplo e inclui a produção ou distribuição dos produtos contratuais ou a aplicação das tecnologias contratuais ou a cessão ou concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual ou a comunicação do saber-fazer necessário para essa produção ou aplicação⁹⁰.
99. Nos termos do RIC I&D, a exploração em conjunto dos resultados da I&D só pode dizer respeito a resultados que sejam:
- (a) Indispensáveis para a produção dos produtos contratuais ou para a aplicação das tecnologias contratuais; e
 - (b) Protegidos por direitos de propriedade intelectual ou que constituam saber-fazer.
100. Em contrapartida, isto significa que, para beneficiar da isenção prevista no artigo 2.º do RIC I&D, o âmbito de um acordo de I&D que inclua a exploração em conjunto não pode dizer respeito a resultados que não estejam protegidos pela propriedade intelectual ou que não constituam saber-fazer e que não sejam indispensáveis para a produção dos produtos contratuais ou para a aplicação das tecnologias contratuais.
101. A exploração em conjunto dos resultados da I&D em conjunto ou da I&D contra remuneração pode realizar-se quer no contexto do acordo de I&D **inicial**, quer no contexto de um acordo **subsequente** que abranja a exploração em conjunto dos resultados de um acordo de I&D celebrado anteriormente pelas as mesmas partes⁹¹. Se as partes optarem por realizar a exploração em conjunto dos resultados de um acordo de I&D celebrado anteriormente nos termos de um acordo subsequente, o acordo de I&D anterior também deve preencher as condições estabelecidas no RIC I&D para que o acordo de exploração em conjunto subsequente seja abrangido pela isenção prevista no artigo 2.º do RIC I&D.
102. O RIC I&D prevê **três formas diferentes** de exploração em conjunto dos resultados da I&D⁹²:

⁹⁰ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 9, do RIC I&D.

⁹¹ Tal como previsto no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alíneas c) e d), do RIC I&D.

⁹² Artigo 1.º, n.º 1, ponto 12, do RIC I&D.

- (a) Em primeiro lugar, a exploração pode ser realizada **em conjunto pelas partes** numa equipa, organização ou empresa comum;
 - (b) Em segundo lugar, as partes podem **confiar em conjunto a um terceiro** a realização das atividades de exploração;
 - (c) Por último, as partes podem repartir as atividades entre si através da **especialização no contexto da exploração**, o que significa que⁹³:
 - (i) as partes distribuem entre si tarefas individuais, como a produção ou a distribuição, ou
 - (ii) impõem mutuamente restrições no que se refere à exploração dos resultados, tais como restrições em relação a determinados territórios, clientes ou domínios de utilização; inclui-se também neste contexto um cenário em que apenas uma parte produz e distribui os produtos contratuais com base numa licença exclusiva concedida pelas outras partes.
103. As práticas que constituem uma especialização no contexto da exploração não serão tratadas como restrições graves⁹⁴. Além disso, se as partes se especializarem no contexto da exploração, podem limitar, em conformidade, o acesso aos resultados para efeitos dessa exploração⁹⁵. Isto significa que um acordo de I&D pode, por exemplo, restringir os direitos de exploração das partes em relação a determinados territórios, clientes ou domínios de utilização. Se as partes acordarem que cada uma delas pode distribuir os produtos contratuais (e, por conseguinte, não optarem por um modelo de distribuição em conjunto e não acordarem que só a parte que produz os produtos contratuais os pode distribuir), as partes encarregadas da produção dos produtos contratuais através da especialização devem ser obrigadas a satisfazer os pedidos de fornecimentos dos produtos contratuais das outras partes⁹⁶.
104. Por último, tal como referido na secção 2.5.4 *infra*, se o acordo de I&D abranger a exploração em conjunto dos resultados da I&D, a isenção prevista no RIC I&D é aplicável: i) durante o período de realização da I&D e ii) durante um período adicional de sete anos após a primeira comercialização no mercado interno dos produtos ou tecnologias contratuais⁹⁷.
- 2.4.3. *Cessão ou concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual*
105. A isenção prevista no RIC I&D também se aplica aos acordos que incluem disposições sobre a cessão ou concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual, desde que essas disposições não constituam o objeto principal do acordo de I&D, mas estejam diretamente relacionadas com tais acordos e sejam necessárias para a sua aplicação⁹⁸.

⁹³ Artigo 1.º, n.º 1, ponto 14, do RIC I&D.

⁹⁴ Ver a secção 2.6 relativa às restrições graves, e o artigo 8.º, n.º 3, alínea c), do RIC I&D.

⁹⁵ Artigo 3.º, n.º 4, do RIC I&D.

⁹⁶ Artigo 5.º, n.º 2, do RIC I&D.

⁹⁷ Ver também o artigo 6.º, n.º 4, do RIC I&D.

⁹⁸ Artigo 2.º, n.º 3, do RIC I&D.

106. Esta isenção abrange a cessão ou concessão de licenças a uma ou mais partes ou a uma entidade a que as partes decidam confiar as atividades de I&D em conjunto ou I&D contra remuneração ou a exploração em conjunto⁹⁹.
107. Nestes casos, a cessão ou concessão de licenças estará, por conseguinte, sujeita às disposições do RIC I&D e não às do Regulamento de isenção por categoria no domínio da transferência de tecnologia¹⁰⁰. No entanto, no contexto dos acordos de I&D, as partes podem igualmente determinar as condições para a concessão a terceiros de licenças dos resultados da I&D. Tais acordos de licença não são abrangidos pelo RIC I&D, mas podem ser abrangidos pela isenção por categoria prevista no Regulamento de isenção por categoria no domínio da transferência de tecnologia, se estiverem preenchidas as condições nele estabelecidas¹⁰¹.

2.5. Condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D

2.5.1. Acesso aos resultados finais

108. A primeira condição para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D é que todas as partes tenham pleno acesso aos resultados finais da I&D, com dois objetivos¹⁰²:
- (a) Para a realização de nova investigação; e
 - (b) Para a exploração dos resultados da I&D.
109. Nos termos do RIC I&D, o pleno acesso aos resultados finais da I&D deve também incluir quaisquer direitos de propriedade intelectual e saber-fazer deles resultantes. Deve ser concedido logo que os resultados da I&D estejam disponíveis¹⁰³.
110. As partes podem, em função das suas capacidades e necessidades comerciais, contribuir de forma diferente para a cooperação em matéria de I&D. Assim, para refletir e compensar as diferenças em termos de valor ou natureza das contribuições das partes, um acordo de I&D pode prever que uma parte compense uma outra parte pelo facto de obter acesso aos resultados para efeitos de nova investigação ou exploração. A compensação não é obrigatória, mas, se estiver prevista no acordo de I&D, não pode ser de tal modo elevada que impeça efetivamente o pleno acesso aos resultados.
111. Para poder beneficiar de uma isenção ao abrigo do RIC I&D, o direito de acesso aos resultados da I&D **não pode ser limitado** se for necessário para a realização de **nova investigação**¹⁰⁴.
112. No entanto, em determinadas circunstâncias, o acesso aos resultados **para efeitos de exploração pode ser restringido** e o acordo de I&D beneficiar, ainda assim, da isenção prevista no RIC I&D. É esse o caso dos acordos de I&D com as partes

⁹⁹ Artigo 2.º, n.º 3, do RIC I&D.

¹⁰⁰ Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia. Ver também os pontos 73 e 74 das Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia (2014/C 89/03) («Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia»).

¹⁰¹ Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, ponto 74.

¹⁰² Artigo 3.º do RIC I&D.

¹⁰³ Artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do RIC I&D.

¹⁰⁴ O artigo 3.º do RIC I&D refere-se apenas à possibilidade de restringir o acesso em determinadas circunstâncias para efeitos de exploração, estabelecidas no artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, do RIC I&D.

seguintes, que podem acordar em limitar a sua utilização dos resultados apenas para fins de nova investigação (e, por conseguinte, não para fins de exploração):

- (a) Institutos de investigação;
- (b) Organismos académicos; ou
- (c) Empresas que exercem atividades de I&D a título de serviço comercial, sem desenvolverem, normalmente, atividades de exploração dos resultados¹⁰⁵.

113. Além disso, o acesso aos resultados para efeitos de exploração pode também ser restringido se as partes limitarem os seus direitos de exploração em conformidade com o RIC I&D, em especial se se especializarem no contexto da exploração¹⁰⁶. Isto significa que as partes poderão impor mutuamente restrições no que se refere à exploração dos resultados (tais como restrições em relação a determinados territórios, clientes ou domínios de utilização).

2.5.2. *Acesso ao saber-fazer preexistente*

114. A segunda condição para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D refere-se ao acesso ao saber-fazer preexistente. Esta condição aplica-se apenas aos acordos de I&D que excluem a exploração em conjunto dos resultados de I&D e limita-se ao saber-fazer indispensável para a exploração dos resultados de I&D¹⁰⁷.

115. Esses acordos de I&D devem estabelecer que cada parte deve ter acesso ao eventual saber-fazer preexistente das outras partes, desde que tal saber-fazer seja indispensável para efeitos da exploração dos resultados pela parte. Tal não significa que as partes tenham de incluir todo o seu saber-fazer preexistente no âmbito do acordo de I&D. No entanto, terão de identificar o saber-fazer indispensável para a exploração dos resultados. O acordo de I&D pode estipular que as partes concedam compensações entre si pelo facto de concederem acesso ao seu saber-fazer preexistente. No entanto, essa compensação não deve ser de tal modo elevada que impeça efetivamente o acesso¹⁰⁸.

116. A condição de conceder acesso ao saber-fazer preexistente não prejudica a condição de permitir o pleno acesso aos resultados da I&D, estabelecida no artigo 3.º do RIC I&D, o que significa que, para beneficiar da isenção, um acordo de I&D pode, em determinadas condições, ter de incluir disposições relativas quer ao acesso ao saber-fazer preexistente quer aos resultados finais da I&D.

2.5.3. *Condições associadas à exploração em conjunto*

117. O RIC I&D inclui outras duas condições que dizem respeito à exploração em conjunto dos resultados da I&D. Tal como estabelecido na secção 2.4.2, o âmbito da exploração em conjunto deve limitar-se aos resultados da I&D que estejam protegidos pela propriedade intelectual ou que constituam saber-fazer e que sejam indispensáveis para a produção dos produtos contratuais ou para a aplicação das tecnologias contratuais.

118. Em segundo lugar, se as partes acordarem que cada uma delas pode distribuir os produtos contratuais (e, por conseguinte, não optarem por um modelo de distribuição

¹⁰⁵ Podem, por exemplo, ser PME.

¹⁰⁶ Ver o artigo 1.º, n.º 1, ponto 14, do RIC I&D no que respeita à definição de especialização no contexto da exploração e a secção 2.4 das presentes orientações.

¹⁰⁷ Ver o artigo 4.º do RIC I&D e a secção 2.4.2 das presentes orientações.

¹⁰⁸ Artigo 4.º, n.º 2, do RIC I&D.

em conjunto e não acordarem que só a parte que produz os produtos contratuais os pode distribuir), as partes encarregadas da produção dos produtos contratuais através da especialização devem ser obrigadas a satisfazer os pedidos de fornecimentos dos produtos contratuais das outras partes¹⁰⁹.

2.5.4. *Limiares, quotas de mercado e duração da isenção*

119. Para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, pode presumir-se em geral que, abaixo de um determinado nível de poder de mercado, os efeitos positivos dos acordos de I&D compensarão quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência¹¹⁰.

120. O RIC I&D baseia-se em dois parâmetros de forma a abranger os acordos de I&D que se mantenham abaixo de um determinado nível de poder de mercado: i) um limiar de quota de mercado para as empresas concorrentes relativamente a produtos e/ou tecnologias existentes, e ii) um limiar para as empresas concorrentes em matéria de inovação baseado na existência de um número mínimo de esforços de I&D concorrentes (três para além do das partes no acordo de I&D).

2.5.4.1. *Empresas concorrentes relativamente a produtos e/ou tecnologias existentes e empresas concorrentes em matéria de inovação*

121. Para determinar a relação de concorrência entre as partes, é necessário analisar se estas poderiam ter sido empresas concorrentes na ausência do acordo de I&D¹¹¹.

122. Em geral, os acordos entre empresas concorrentes relativamente a um produto e/ou tecnologia existente e os acordos entre empresas concorrentes em matéria de inovação representam mais riscos para a concorrência do que os acordos entre empresas que não concorrem entre si. Os acordos entre empresas não concorrentes só raramente darão origem a efeitos restritivos horizontais da concorrência¹¹².

(a) Empresas concorrentes relativamente a um produto e/ou tecnologia existente

123. Para efeitos do RIC I&D, entende-se por «empresa concorrente relativamente a um produto e/ou tecnologia existente» um concorrente efetivo ou potencial:

(a) «Concorrente efetivo» é definido como uma empresa que fornece um produto ou tecnologia existentes suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto ou tecnologia contratual no mercado geográfico relevante; e

(b) «Concorrente potencial» é definido como uma empresa que, na ausência do acordo de I&D e numa base realista e não meramente teórica, é suscetível de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer nos custos de transição necessários, dentro de um prazo não superior a três anos, por forma a fornecer um produto ou tecnologia suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto ou tecnologia contratual no mercado geográfico relevante.

124. A concorrência potencial tem de ser apreciada de forma realista. Por exemplo, as partes não podem ser definidas como concorrentes potenciais simplesmente porque a cooperação lhes permite realizar as atividades de I&D. A questão determinante

¹⁰⁹ Artigo 5.º, n.º 2, do RIC I&D.

¹¹⁰ Considerando 5 do RIC I&D.

¹¹¹ Ver também a secção 2.3 do presente capítulo sobre a apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1.

¹¹² Eventuais efeitos verticais podem ter de ser apreciados em conformidade com as Orientações Verticais.

consiste em saber se cada parte dispõe, de forma independente, dos meios necessários em termos de ativos, de saber-fazer e de outros recursos¹¹³.

125. Os acordos de I&D abrangidos pelo RIC I&D relativos a produtos e/ou tecnologias existentes podem, por exemplo, assumir as seguintes formas:
- (a) Um acordo de I&D entre duas empresas que já fornecem um produto existente suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto resultante da cooperação em matéria de I&D (concorrentes efetivos);
 - (b) Um acordo de I&D entre a) uma empresa que já fornece um produto suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto contratual (um concorrente efetivo) e b) uma empresa que realiza atividades de I&D em relação a um produto e que seria suscetível de proceder aos investimentos adicionais necessários para fornecer esse produto suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto resultante da cooperação em matéria de I&D (produto contratual) no mercado geográfico relevante (concorrente potencial).
 - (b) Empresas concorrentes em matéria de inovação
126. Para efeitos do RIC I&D, as empresas concorrentes em matéria de inovação são empresas que não estão em concorrência relativamente a um produto e/ou tecnologia existente e que¹¹⁴, de forma independente, participam ou, na ausência do acordo de I&D, seriam capazes e suscetíveis de participar, de forma independente, em esforços de I&D que digam respeito:
- (a) À I&D dos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, que o(s) abrangido(s) pelo acordo de I&D; ou
 - (b) Aos polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que o(s) abrangido(s) pelo acordo de I&D.
127. No que se refere a novos produtos e/ou tecnologias, se o acordo de I&D disser respeito tanto a novos produtos como a novas tecnologias, as partes devem apreciar se são empresas concorrentes tanto no que diz respeito à tecnologia como ao produto que pode ser desenvolvido.
128. Para apreciar se os novos produtos e/ou tecnologias são suscetíveis de substituição, é necessário avaliar se, após a entrada no mercado dos produtos e/ou tecnologias, é provável que os consumidores considerem esses novos produtos e/ou tecnologias permutáveis ou substituíveis em virtude das suas características¹¹⁵, preço previsto e utilização a que se destinam.
129. Para que sejam considerados concorrentes, os polos de I&D têm de prosseguir substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que o(s) abrangido(s) pelo acordo de I&D, o que será determinado com base em informações fiáveis sobre, por exemplo, a natureza e o âmbito do esforço de I&D.
130. Os acordos de I&D entre empresas concorrentes em matéria de inovação abrangidos pelo RIC I&D podem, por exemplo, assumir as seguintes formas:

¹¹³ Ver também a secção 1.2.1. das presentes orientações.

¹¹⁴ Ver secção 2.5.4.1, alínea a), *supra*.

¹¹⁵ Tal pode também incluir as tecnologias subjacentes à produção dos novos produtos.

- (a) Um acordo de I&D entre a) uma empresa que desenvolve um novo produto e b) uma empresa que desenvolve o mesmo produto ou um substituto provável desse novo produto;
- (b) Um acordo de I&D entre a) uma empresa que desenvolve um novo produto e b) uma empresa capaz e suscetível de participar (mas que ainda não participe), de forma independente, na I&D do mesmo produto ou de um substituto provável desse novo produto;
- (c) Um acordo de I&D entre a) uma empresa que participe num esforço de I&D que diga respeito a um polo de I&D e b) uma empresa que participe num polo de I&D que prossiga substancialmente a mesma finalidade ou objetivo;
- (d) Um acordo de I&D entre a) uma empresa que participe num polo de I&D, e b) uma empresa capaz e suscetível de participar (mas que ainda não participe), de forma independente, num polo de I&D que prossiga substancialmente a mesma finalidade ou objetivo.

(c) Empresas não concorrentes

131. O RIC I&D define «empresa não concorrente» como uma empresa que não é uma empresa concorrente relativamente a um produto e/ou tecnologia existente nem uma empresa concorrente em matéria de inovação. As partes num acordo de I&D serão consideradas empresas não concorrentes, por exemplo, no caso de uma empresa que participe em esforços de I&D em relação a um produto suscetível de ser melhorado ou substituído pelo produto contratual e de uma empresa que realiza investigação num polo de I&D.

2.5.4.2. Acordos entre empresas concorrentes relativamente a um produto e/ou tecnologia existente

(a) Limiares de quota de mercado para as empresas concorrentes relativamente a um produto e/ou tecnologia existente

132. Se duas ou mais partes no acordo de I&D forem empresas concorrentes relativamente a produtos e/ou tecnologias existentes, a isenção é aplicável sob reserva de um limiar de quota de mercado de 25 %, calculado no momento da celebração do acordo de I&D. Este limiar aplica-se da seguinte forma, consoante o acordo de I&D implique atividades de I&D em conjunto ou I&D contra remuneração¹¹⁶;

- (a) No caso dos acordos de I&D que impliquem **atividades de I&D em conjunto**, a quota de mercado combinada das partes no acordo não pode exceder 25 % nos mercados relevantes do produto e da tecnologia¹¹⁷;
- (b) No caso dos acordos de I&D que impliquem **I&D contra remuneração**, aplica-se o mesmo limiar de quota de mercado de 25 %, mas este limiar é alargado não só à própria parte que concede o financiamento, mas também a todas as partes com as quais a parte que concede o financiamento tenha

¹¹⁶ Ver secção 2.4.1 no que se refere à distinção entre atividades de I&D em conjunto e I&D contra remuneração. Ver também o artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, do RIC I&D.

¹¹⁷ Artigo 6.º, n.º 2, alínea a), do RIC I&D.

celebrado acordos de I&D relativos aos mesmos produtos ou tecnologias contratuais¹¹⁸.

133. Se os resultados da I&D em conjunto ou da I&D contra remuneração **não forem explorados em conjunto**, a isenção prevista no RIC I&D aplica-se durante o período de realização da I&D.
134. No entanto, se os resultados da I&D em conjunto ou da I&D contra remuneração **forem explorados em conjunto**, as partes continuarão a beneficiar da isenção durante sete anos a contar da primeira comercialização no mercado interno dos produtos ou tecnologias contratuais¹¹⁹, se o limiar de quota de mercado for respeitado i) no momento da celebração do acordo que prossiga atividades de I&D em conjunto ou de I&D contra remuneração e que inclua a exploração em conjunto¹²⁰ ou ii) no que se refere aos acordos de I&D nos termos dos quais as partes prosseguem a exploração em conjunto dos resultados de um acordo anterior¹²¹, no momento da celebração desse acordo anterior¹²².
135. Decorrido o período de sete anos referido no artigo 6.º, n.º 4, do RIC I&D, a isenção continua a aplicar-se enquanto a quota de mercado combinada das partes não exceder 25 % nos mercados a que pertencem os produtos ou tecnologias contratuais. Isto significa que, nesse momento, as partes teriam de apreciar a que mercado pertencem o produto ou as tecnologias contratuais e se a sua quota de mercado combinada não excede 25 %. Se a quota de mercado combinada exceder 25 % após o termo do período de sete anos, a isenção prevista no RIC I&D continua a ser aplicável por um período de dois anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar tenha sido excedido pela primeira vez¹²³.
- (b) Cálculo das quotas de mercado nos mercados do produto e da tecnologia existentes
136. No início de uma cooperação em matéria de I&D relativamente a um produto e/ou tecnologia existentes, o ponto de referência é o mercado existente dos produtos ou tecnologias suscetíveis de serem melhorados ou substituídos pelos produtos ou tecnologias contratuais.
137. Se o acordo de I&D tiver por objetivo **melhorar** ou **substituir** produtos ou tecnologias **existentes**, as quotas de mercado podem ser calculadas com base nos produtos ou tecnologias existentes a melhorar ou substituir. Se a substituição de um produto ou tecnologia existentes divergir de forma significativa, as quotas de mercado com base em produtos ou tecnologias existentes podem ser menos esclarecedoras, mas podem, ainda assim, ser utilizadas como indicador para apreciar a posição de mercado das partes. Em alternativa, se os valores das vendas no

¹¹⁸ Artigo 6.º, n.º 2, alínea b), do RIC I&D. Esses acordos de I&D não têm de ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC I&D.

¹¹⁹ Artigo 6.º, n.º 4, do RIC I&D.

¹²⁰ Tal como definida no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alínea a), subalínea ii) e no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alínea b), subalínea ii), do RIC I&D.

¹²¹ Tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alíneas c) e d).

¹²² Tal como referido *supra* na secção 2.4.2 das presentes orientações, o anterior acordo de I&D em conjunto ou de I&D contra remuneração também tem de preencher as condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D.

¹²³ Artigo 6.º, n.º 5, do RIC I&D.

mercado não estiverem disponíveis, o cálculo da quota de mercado pode basear-se noutras informações fiáveis sobre o mercado, incluindo as despesas em I&D¹²⁴.

138. Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do RIC I&D, as quotas de mercado devem ser calculadas com base nos dados relativos ao ano civil anterior¹²⁵. Em certos mercados, pode ser necessário calcular as quotas de mercado com base numa média das quotas de mercado das partes nos três últimos anos civis anteriores. Tal pode ser pertinente, por exemplo, se existirem mercados sujeitos à realização de concursos e se as quotas de mercado puderem variar significativamente (por exemplo, de 0 % para 100 %) de um ano para outro, em função de uma parte ser ou não bem sucedida no processo de concurso. Este aspeto pode também ser pertinente nos mercados caracterizados por encomendas de grandes dimensões e irregulares, em relação aos quais a quota de mercado do ano civil anterior pode não ser representativa, por exemplo, se não tiver sido efetuada nenhuma grande encomenda no ano civil anterior. Outra situação em que pode ser necessário calcular as quotas de mercado com base numa média dos três últimos anos civis anteriores é quando se verifica um choque na oferta ou na procura no ano civil anterior à celebração do acordo de cooperação.
139. No que se refere aos parâmetros para o cálculo das quotas de mercado, o RIC I&D estabelece que o cálculo das quotas de mercado se deve basear no valor das vendas no mercado. Se os dados relativos ao valor das vendas não se encontrarem disponíveis, podem ser utilizadas estimativas com base noutras informações fiáveis sobre o mercado, incluindo os volumes das vendas nele realizadas, as despesas em I&D ou em capacidades de I&D, a fim de estabelecer a quota de mercado das partes.
140. No que se refere aos mercados da tecnologia, é possível calcular as quotas de mercado com base na quota de cada tecnologia nas receitas totais constituídas pelas *royalties*, que representa a quota que essa tecnologia detém no mercado em que são concedidas licenças a diferentes tecnologias concorrentes. Uma abordagem alternativa consiste em calcular as quotas no mercado da tecnologia com base nas vendas dos produtos ou serviços que integram a tecnologia licenciada nos mercados do produto a jusante. Nesta abordagem, são tomadas em consideração todas as vendas no mercado do produto relevante, independentemente de o produto incorporar ou não uma tecnologia licenciada¹²⁶.

2.5.4.3. Acordos relativos a novos produtos e/ou tecnologias e a polos de I&D¹²⁷

(a) Limiar para novos produtos e/ou tecnologias e polos de I&D

141. Se duas ou mais partes no acordo de I&D forem empresas concorrentes em matéria de inovação, a isenção é aplicável se, no momento da celebração do acordo de I&D,

¹²⁴ Artigo 7.º, n.º 1, do RIC I&D.

¹²⁵ O artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do RIC I&D, estabelece que, se o ano civil anterior não for representativo da posição das partes no(s) mercado(s) relevante(s), as quotas de mercado devem ser calculadas com base numa média das quotas de mercado das partes nos três últimos anos civis anteriores.

¹²⁶ Ver também as Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia no que se refere aos elementos relevantes para o cálculo das quotas de mercado nos mercados da tecnologia.

¹²⁷ O artigo 12.º do RIC I&D estabelece que, no que se refere aos acordos de I&D entre empresas concorrentes em matéria de inovação, o artigo 1.º, n.º 1, ponto 18, e o artigo 6.º, n.º 3, do RIC I&D só são aplicáveis aos acordos que entrem em vigor após 31 de dezembro de 2022.

existirem três ou mais esforços de I&D concorrentes, para além dos esforços de I&D das partes no acordo de I&D e comparáveis a estes¹²⁸.

142. Um acordo de I&D entre empresas concorrentes em matéria de inovação pode igualmente conduzir a resultados que as partes podem acordar em explorar em conjunto (por exemplo, produtos ou tecnologias contratuais). O facto de o acordo incluir ou não essa exploração em conjunto terá um impacto na duração da isenção prevista no RIC I&D.
143. Se os resultados do acordo de I&D em conjunto ou de I&D contra remuneração em relação a novos produtos e/ou tecnologias ou polos de I&D **não forem explorados em conjunto** e o acordo preencher as condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D, a isenção aplica-se **durante o período de realização da I&D**.
144. No entanto, se os resultados da I&D em conjunto ou da I&D contra remuneração em relação a novos produtos e/ou tecnologias **forem explorados em conjunto**, as partes continuarão a beneficiar da isenção durante sete anos a contar da primeira comercialização no mercado interno dos produtos ou tecnologias contratuais deles resultantes¹²⁹. Tal aplica-se se o acordo preencher as condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D¹³⁰: i) no momento da celebração do acordo que prossiga atividades de I&D em conjunto ou de I&D contra remuneração e que inclua a exploração em conjunto¹³¹ ou ii) no que se refere aos acordos de I&D nos termos dos quais as partes prosseguem a exploração em conjunto dos resultados de um acordo anterior¹³², no momento da celebração desse acordo anterior¹³³.
145. Decorrido o período de sete anos, as partes devem poder calcular as suas quotas de mercado nos mercados do produto ou da tecnologia contratuais resultantes do acordo. Por conseguinte, a isenção só continuará a aplicar-se enquanto a quota de mercado combinada das partes não exceder 25 % nos mercados a que pertencem os produtos ou as tecnologias contratuais¹³⁴. Se a quota de mercado combinada exceder 25 % após o termo do período de sete anos, a isenção prevista no RIC I&D continua a ser aplicável por um período de dois anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar tenha sido excedido pela primeira vez¹³⁵.

(b) Apreciação da existência de esforços de I&D concorrentes e comparáveis

146. Para que uma cooperação relativa a I&D em matéria de inovação beneficie da isenção, o limiar pertinente baseia-se na existência de três esforços de I&D **concorrentes e comparáveis**.

¹²⁸ Artigo 6.º, n.º 3, do RIC I&D. Se o acordo de I&D disser respeito a novos produtos e novas tecnologias, a isenção é aplicável se, no momento da celebração do acordo de I&D, existirem três ou mais esforços de I&D concorrentes, para além dos das partes no acordo de I&D e comparáveis a estes, a nível da tecnologia e do produto.

¹²⁹ Artigo 6.º, n.º 4, do RIC I&D.

¹³⁰ As condições para beneficiar da isenção encontram-se descritas no título III do RIC I&D e incluem, entre outras condições, o limiar descrito no artigo 6.º, n.º 3, do RIC I&D.

¹³¹ Tal como definida no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alínea a), subalínea ii) e no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alínea b), subalínea ii), do RIC I&D.

¹³² Tal como definido no artigo 1.º, n.º 1, ponto 1, alíneas c) e d), do RIC I&D.

¹³³ Tal como referido *supra* na secção 2.4.2 das presentes orientações, o anterior acordo de I&D em conjunto ou de I&D contra remuneração também tem de preencher as condições para beneficiar da isenção prevista no RIC I&D.

¹³⁴ Artigo 6.º, n.º 5, do RIC I&D.

¹³⁵ Artigo 6.º, n.º 5, do RIC I&D.

147. Decorre da definição de esforços de I&D concorrentes prevista no artigo 1.º, n.º 1, ponto 19, do RIC I&D¹³⁶, que, para identificar **esforços de I&D concorrentes**, devem ser tidos em conta os seguintes elementos:
- (a) Se os esforços de I&D dizem respeito à I&D dos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, ou aos polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que os abrangidos pelo acordo de I&D;
 - (b) Se já existem terceiros que participam nos esforços de I&D ou capazes e suscetíveis de participar, de forma independente, nesses esforços; e
 - (c) Se esses terceiros são independentes das partes no acordo de I&D.
148. Em primeiro lugar, quanto à questão de saber se os **esforços de I&D dizem respeito aos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição**, ou aos polos de I&D que prossigam **substancialmente a mesma finalidade ou objetivo**, pode responder-se da mesma forma que quanto à apreciação das empresas concorrentes em matéria de inovação descrita na secção 2.5.4.1 *supra*.
149. Em segundo lugar, os esforços de I&D concorrentes podem ser aqueles em que **já participam terceiros**, de forma independente ou em cooperação com outros terceiros. Isto significa que o esforço de I&D pode ser prosseguido por um terceiro, de forma independente, ou por vários terceiros diferentes, em conjunto. Um esforço de I&D concorrente pode também dizer respeito aos esforços nos quais um terceiro **é capaz e suscetível de participar, de forma independente**. A questão de saber se um terceiro é capaz e suscetível de participar, de forma independente, em atividades de I&D que digam respeito aos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, ou a polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que os abrangidos pelo acordo de I&D pode ser determinada com base no acesso de terceiros a recursos financeiros e humanos pertinentes, na sua propriedade intelectual, saber-fazer ou outros ativos especializados ou nos seus esforços de I&D anteriores.
150. Em terceiro lugar, a questão de saber se os esforços de I&D são prosseguidos **por terceiros independentes** das partes no acordo de I&D visa incluir na apreciação apenas os esforços de I&D em que as partes no acordo de I&D não participem.
151. No que se refere à **apreciação da comparabilidade dos esforços de I&D concorrentes** com os das partes no acordo de I&D, o RIC I&D estabelece que esta deve ser feita com base em informações fiáveis relativas aos elementos como i) a dimensão, a fase e o calendário dos esforços de I&D, ii) (o acesso a) recursos financeiros e humanos de terceiros, a sua propriedade intelectual, saber-fazer ou outros ativos especializados, os seus esforços de I&D anteriores e iii) a capacidade e

¹³⁶ Entende-se por «esforço de I&D concorrente» um esforço de I&D no qual um terceiro participa, individualmente ou em cooperação com outros terceiros, ou no qual um terceiro é capaz e suscetível de participar, de forma independente, e que diga respeito: a) À I&D dos mesmos produtos e/ou tecnologias novos, ou suscetíveis de substituição, que os abrangidos pelo acordo de I&D; ou b) aos polos de I&D que prossigam substancialmente a mesma finalidade ou objetivo que os abrangidos pelo acordo de I&D. Estes terceiros devem ser independentes das partes no acordo de I&D.

a probabilidade de terceiros explorarem direta ou indiretamente os possíveis resultados dos seus esforços de I&D no mercado interno¹³⁷.

152. Os critérios têm de ser aplicados com base numa abordagem caso a caso que pondere os fatores favoráveis e desfavoráveis à comparabilidade. O objetivo deste exercício de ponderação é, em última análise, estabelecer se os esforços de I&D concorrentes impõem uma pressão concorrencial sobre partes no acordo de I&D.
153. O primeiro conjunto de elementos para apreciar a comparabilidade está **relacionado com os próprios esforços de I&D**. Diz respeito à dimensão, à fase e ao calendário do esforço de I&D. Isto significa, por exemplo, que, se os esforços de I&D concorrentes de um terceiro tiverem uma dimensão pelo menos idêntica ou semelhante ou se encontrarem numa fase de desenvolvimento semelhante ou mais avançada do que o esforço de I&D abrangido pelo acordo de I&D, podem impor uma pressão concorrencial, o que seria favorável à comparabilidade. Do mesmo modo, no que diz respeito ao calendário, por exemplo, um esforço de I&D de um terceiro que tenha entrado no mercado há seis a oito anos e um esforço de I&D das partes no acordo de I&D que tenha entrado no mercado há um ano, podem não ser comparáveis.
154. O segundo conjunto de elementos está **relacionado com a capacidade do(s) terceiro(s) que prossegue(m) o esforço de I&D**. Diz respeito ao (acesso a) recursos financeiros e humanos, à sua propriedade intelectual, saber-fazer ou outros ativos especializados ou aos seus esforços de I&D anteriores. Estes elementos são relevantes para determinar se os recursos e capacidades de apoio aos esforços de I&D de terceiros são comparáveis e, por conseguinte, suscetíveis de ter, pelo menos, um ritmo de desenvolvimento e um resultado semelhantes, impondo assim uma pressão concorrencial. Por exemplo, o esforço de I&D de um terceiro pode não ser comparável se não dispuser de recursos financeiros e humanos suficientes para prosseguir esforços de I&D semelhantes. Do mesmo modo, a experiência anterior bem sucedida de um terceiro em projetos de I&D semelhantes ao abrangido pelo acordo de I&D seria favorável à comparabilidade. Além disso, em certos setores, o acesso e/ou a propriedade semelhantes de direitos de propriedade intelectual pertinentes (por exemplo, patentes) ou de saber-fazer pertinente por parte do terceiro também podem ser favoráveis à comparabilidade.
155. O terceiro conjunto de **elementos está relacionado com a exploração dos resultados**. Trata-se da capacidade e probabilidade de terceiros explorarem os possíveis resultados dos esforços de I&D no mercado interno (ou seja, os incentivos para continuarem empenhados em introduzir os resultados no mercado). Isto significa, por exemplo, que os esforços de I&D suscetíveis de serem explorados apenas fora da UE, sem perspetivas de alcançar o mercado interno, podem não ser comparáveis aos esforços de I&D abrangidos pelo acordo de I&D cujos resultados seriam introduzidos no mercado interno.

2.5.4.4. Acordos entre empresas não concorrentes

156. Se as partes no acordo de I&D forem **empresas não concorrentes**, as partes não estão sujeitas a qualquer limiar¹³⁸. Se os resultados de I&D **não forem explorados**

¹³⁷ Artigo 7.º, n.º 2, do RIC I&D. Quanto aos terceiros capazes e suscetíveis de participar em esforços de I&D concorrentes, apenas são pertinentes para a apreciação da comparabilidade o segundo e o terceiro conjuntos de elementos.

¹³⁸ Artigo 6.º, n.º 1, do RIC I&D.

em conjunto, o acordo de I&D beneficia da isenção durante todo o período de realização da I&D.

157. Se os resultados de I&D **forem explorados em conjunto**, a isenção continua a aplicar-se por um período de sete anos a contar da data da primeira comercialização no mercado interno dos produtos ou tecnologias contratuais.
158. Após o termo do período de sete anos, as partes devem poder calcular as suas quotas de mercado nos mercados do produto ou da tecnologia contratuais resultantes do acordo. A isenção só continuará a aplicar-se enquanto a quota de mercado combinada das partes não exceder 25 % nos mercados a que pertencem os produtos ou as tecnologias contratuais. Se a quota de mercado combinada exceder 25 % num desses mercados após o termo do período de sete anos, a isenção prevista no RIC I&D continua a ser aplicável por um período de dois anos civis consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar tenha sido excedido pela primeira vez¹³⁹.

2.6. Restrições graves e excluídas

2.6.1. Restrições graves

159. O artigo 8.º do RIC I&D inclui uma lista de restrições graves. Estas são consideradas restrições significativas da concorrência que, na maioria dos casos, devem ser proibidas, uma vez que prejudicam o mercado e os consumidores. Os acordos de I&D que incluam uma ou mais restrições graves são, no seu conjunto, excluídos do âmbito de aplicação da isenção prevista no RIC I&D.
160. As restrições graves enumeradas no artigo 8.º do RIC I&D podem ser agrupadas nas seguintes categorias: i) restrições à liberdade das partes de realizarem outros esforços de I&D ii) limitações da produção ou das vendas e fixação de preços, iii) restrições de vendas ativas e passivas e iv) outras restrições graves.

2.6.1.1. Restrição da liberdade das partes de realizarem outros esforços de I&D

161. O artigo 8.º, n.º 1, do RIC I&D exclui da isenção os acordos de I&D que impliquem restrições à liberdade das partes de realizarem atividades de I&D de forma independente ou em cooperação com terceiros:
- (a) Num domínio não relacionado com aquele a que o acordo de I&D diz respeito; ou
 - (b) No domínio a que o acordo de I&D diz respeito ou num domínio com ele relacionado após a conclusão das atividades de I&D.
162. Por outras palavras, as partes num acordo de I&D devem ter sempre a liberdade de realizar esforços de I&D em domínios não relacionados com os abrangidos pelo acordo de I&D. Após a conclusão das atividades de I&D abrangidas pelo acordo de I&D, as partes devem igualmente ser livres de realizar esforços de I&D no domínio a que se refere o acordo de I&D ou num domínio com ele relacionado. Caso contrário, o acordo de I&D não poderá beneficiar da isenção prevista no RIC I&D.

2.6.1.2. Limitação da produção ou das vendas e fixação de preços

163. O artigo 8.º, n.º 2, do RIC I&D exclui da isenção os acordos de I&D que impliquem limitações da produção ou das vendas. Se os concorrentes acordarem em limitar a quantidade que cada um pode produzir ou vender, trata-se, em princípio, de uma

¹³⁹ Artigo 6.º, n.º 5, do RIC I&D.

restrição significativa da concorrência. No entanto, a fixação de objetivos de produção não deve ser tratada como uma restrição grave se a exploração em conjunto dos resultados incluir a produção conjunta dos produtos contratuais¹⁴⁰. Do mesmo modo, a fixação de objetivos de vendas não deve ser tratada como uma restrição grave se a exploração em conjunto dos resultados incluir a distribuição em conjunto dos produtos contratuais ou a concessão em conjunto de licenças relativas às tecnologias contratuais e for realizada por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum ou for confiada em conjunto a um terceiro¹⁴¹. O mesmo se aplica às práticas que constituem uma especialização no contexto da exploração¹⁴² e a determinadas obrigações de não concorrência¹⁴³.

164. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do RIC I&D, a fixação de preços aquando da venda de produtos ou a fixação do valor cobrado pela concessão de licenças aquando da concessão de licenças a terceiros também constituem restrições graves. No entanto, a fixação de preços faturados aos clientes diretos ou a fixação do valor cobrado pela concessão de licenças a licenciados diretos não devem ser tratadas como restrições graves se a exploração em conjunto dos resultados incluir a distribuição em conjunto dos produtos contratuais ou a concessão em conjunto de licenças relativas às tecnologias contratuais e for realizada por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum ou for confiada em conjunto a um terceiro.

2.6.1.3. Restrições de vendas ativas e passivas

165. O artigo 8.º, n.ºs 4, 5 e 6, do RIC I&D diz respeito às restrições de vendas ativas e passivas. No que se refere a acordos de I&D, o artigo 1.º, n.º 1, ponto 24, do RIC I&D define **vendas passivas** como as vendas em resposta a pedidos não solicitados de clientes individuais, incluindo a entrega de produtos ao cliente ou clientes, sem terem iniciado a venda visando ativamente esse cliente, grupo de clientes ou território específico; as vendas passivas incluem as vendas resultantes da participação em concursos públicos ou privados.
166. As vendas ativas referem-se todas as formas de venda, com exceção das vendas passivas, nomeadamente:
- (a) Aquelas em que os clientes são ativamente visados através de visitas, cartas, mensagens de correio eletrónico, chamadas telefónicas ou outros meios de comunicação direta ou através de publicidade e promoção direcionadas, fora de linha ou em linha, por exemplo através de meios de comunicação impressos ou digitais, incluindo meios de comunicação em linha, ferramentas de comparação de preços ou publicidade em motores de pesquisa dirigida a clientes de territórios ou de grupos específicos;
 - (b) A oferta num sítio Web de opções linguísticas diferentes das habitualmente utilizadas no território em que o distribuidor está estabelecido;
 - (c) A oferta de um sítio Web com um nome de domínio correspondente a um território diferente daquele em que o distribuidor está estabelecido.

¹⁴⁰ Artigo 8.º, n.º 2, alínea a), do RIC I&D.

¹⁴¹ Artigo 8.º, n.º 2, alínea b), do RIC I&D.

¹⁴² Artigo 8.º, n.º 2, alínea c), do RIC I&D. Para a definição de especialização no contexto da exploração, ver o artigo 1.º, n.º 1, ponto 14, do RIC I&D e a secção 2.4.2 das presentes orientações.

¹⁴³ Artigo 8.º, n.º 2, alínea d), do RIC I&D.

167. O artigo 8.º, n.º 4, do RIC I&D exclui da isenção prevista no RIC I&D os acordos de I&D que incluam restrições de vendas passivas. Estas abrangem quaisquer restrições de vendas passivas que digam respeito a) ao território no qual ou b) aos clientes aos quais as partes possam vender passivamente os produtos contratuais ou conceder licenças relativas às tecnologias contratuais, mas excluem a obrigação de conceder à outra parte uma licença exclusiva dos resultados. A razão para esta última exceção reside na possibilidade expressa de as partes acordarem que apenas uma das partes produz e distribui os produtos contratuais com base numa licença exclusiva concedida pelas outras partes¹⁴⁴.
168. O artigo 8.º, n.º 5, do RIC I&D exclui da isenção prevista no RIC I&D os acordos de I&D que incluam determinadas restrições de vendas ativas. É este o caso da obrigação de não realizar ou de limitar as vendas ativas dos produtos ou tecnologias contratuais nos territórios ou a clientes que não tenham sido atribuídos de forma exclusiva a uma das partes através da especialização no contexto da exploração.
169. Tal significa que as vendas ativas não devem ser restringidas entre as partes, a menos que as partes atribuam territórios ou clientes a uma delas na sequência de uma especialização no contexto da exploração¹⁴⁵.

2.6.1.4. Outras restrições graves

170. O RIC I&D inclui mais duas restrições graves. Em primeiro lugar, se as partes repartiram entre si territórios ou clientes através da especialização no contexto da exploração, constitui uma restrição grave exigir a uma parte que se recuse a satisfazer os pedidos de clientes atribuídos à outra parte, se esses clientes pretenderem comercializar os produtos contratuais ou conceder licenças relativas às tecnologias contratuais noutros territórios no mercado interno¹⁴⁶.
171. Em segundo lugar, a obrigação de dificultar aos utilizadores ou revendedores a obtenção dos produtos contratuais junto de outros revendedores no mercado interno também constitui uma restrição grave¹⁴⁷.

2.6.2. Restrições excluídas

172. O artigo 9.º do RIC I&D exclui da isenção prevista no RIC I&D certas obrigações estabelecidas nos acordos de I&D. Trata-se de obrigações em relação às quais não se pode presumir com suficiente grau de certeza que preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Ao contrário das restrições graves abrangidas pelo artigo 8.º do RIC I&D, as restrições excluídas não impedem todo o acordo de I&D de beneficiar da isenção por categoria. No entanto, só é esse o caso se a restrição em causa puder ser dissociada do resto do acordo. Se a restrição puder ser dissociada, a parte restante do acordo continua a beneficiar da isenção prevista no RIC I&D.
173. As restrições excluídas estão sujeitas a uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º. Não existe qualquer presunção de que as restrições excluídas se encontram abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, nem de que não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

¹⁴⁴ De acordo com a definição de especialização no contexto da exploração prevista no artigo 1.º, n.º 1, ponto 14, do RIC I&D.

¹⁴⁵ Ver a definição de especialização no contexto da exploração no artigo 1.º, n.º 1, ponto 14, do RIC I&D.

¹⁴⁶ Artigo 8.º, n.º 6, do RIC I&D.

¹⁴⁷ Artigo 8.º, n.º 7, do RIC I&D.

174. A primeira restrição excluída é a obrigação de não contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual de que as partes são titulares no mercado interno:
- (a) Após a realização das atividades de I&D no que se refere aos direitos de propriedade intelectual relevantes para a I&D; ou
 - (b) Após a cessação do acordo de I&D no que se refere aos direitos de propriedade intelectual que protegem os resultados da I&D¹⁴⁸.
175. A razão para excluir tais obrigações do benefício da isenção por categoria é que as partes que dispõem de informações relevantes para identificar um direito de propriedade intelectual que foi concedido injustificadamente não devem ser impedidas de contestar a validade desses direitos de propriedade intelectual. Em relação a essas restrições, não se pode, de um modo geral, presumir que estão preenchidas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, pelo que as partes terão de autoapreciar tais restrições. No entanto, as disposições que permitem a cessação do acordo de I&D se uma das partes contestar a validade dos direitos de propriedade intelectual que sejam relevantes para o acordo de I&D ou que protejam os resultados da I&D não constituem restrições excluídas.
176. A segunda restrição excluída é a obrigação de não conceder licenças a terceiros para produzirem os produtos contratuais ou utilizarem as tecnologias contratuais. Isto significa que, em princípio, as partes devem ser livres de conceder licenças a terceiros. É aplicável uma exceção se os acordos de I&D previrem a exploração, pelo menos por uma das partes, dos resultados da I&D em conjunto ou I&D contra remuneração e se essa exploração ocorrer no mercado interno, relativamente a terceiros.

2.7. Retirada do benefício previsto no RIC I&D

177. A Comissão pode retirar o benefício previsto no RIC I&D, nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se considerar que, num determinado caso, um acordo de I&D a que é aplicável a isenção prevista no RIC I&D produz, não obstante, certos efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3. Além disso, se, num determinado caso, esse acordo produzir efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, no território de um Estado-Membro ou numa parte desse território que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto, a ANC também pode retirar o benefício previsto no RIC I&D em relação a esse território, nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003. O artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 não faz referência aos tribunais dos Estados-Membros, os quais, por conseguinte, não têm poderes para retirar o benefício previsto no RIC I&D, salvo se o tribunal em causa for uma autoridade da concorrência de um Estado-Membro designada em conformidade com o artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.
178. A Comissão e as ANC podem retirar o benefício previsto no RIC I&D, em especial, se:
- (a) A existência de um acordo de I&D restringir substancialmente a possibilidade de terceiros realizarem atividades de I&D no(s) domínio(s) dos produtos contratuais, tecnologias contratuais ou polos de I&D, o que pode de dever-se, por exemplo, a uma capacidade de investigação disponível limitada;

¹⁴⁸ Artigo 9.º, n.º 1, alínea a), do RIC I&D.

- (b) A existência do acordo de I&D restringir substancialmente o acesso de terceiros ao mercado dos produtos ou tecnologias contratuais, o que pode dever-se, por exemplo, à estrutura específica da oferta;
 - (c) As partes não explorarem os resultados da I&D em conjunto ou contra remuneração relativamente a terceiros, sem qualquer razão objetivamente válida;
 - (d) Os produtos ou tecnologias contratuais não estiverem sujeitos, no conjunto do mercado interno ou numa parte substancial deste, a uma concorrência efetiva de produtos ou tecnologias considerados similares pelos utilizadores em virtude das suas características, preço e utilização prevista.
179. Nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão pode retirar o benefício previsto no RIC I&D oficiosamente ou na sequência de uma denúncia. Tal inclui a possibilidade de as ANC solicitarem à Comissão que retire o benefício previsto no RIC I&D num determinado caso, sem prejuízo da aplicação das regras em matéria de distribuição de processos e assistência na Rede Europeia da Concorrência («REC»)¹⁴⁹ e sem prejuízo do seu poder de retirada do benefício nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Se, pelo menos, três ANC solicitarem à Comissão a aplicação do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 num determinado caso, a Comissão discutirá o caso no quadro da REC para decidir se o benefício previsto no RIC I&D deve ou não ser retirado. Nesse contexto, a Comissão terá na máxima consideração os pontos de vista das ANC que solicitaram a retirada do benefício previsto no RIC I&D por parte da Comissão, para chegar a uma conclusão tempestiva quanto à questão de saber se estão preenchidas as condições de retirada no caso em apreço.
180. Decorre do artigo 29.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que a Comissão tem competência exclusiva para retirar o benefício previsto no RIC I&D a nível da União, podendo retirar o benefício previsto no RIC I&D em relação a acordos de I&D que restrinjam a concorrência num mercado geográfico relevante de dimensão superior à do território de um único Estado-Membro, ao passo que as ANC só podem retirar o benefício previsto no RIC I&D em relação ao território do respetivo Estado-Membro.
181. Por conseguinte, o poder de retirada de uma ANC individual diz respeito aos casos em que o mercado relevante abrange um único Estado-Membro ou uma região localizada exclusivamente num Estado-Membro ou parte dele. Nestes casos, a ANC tem competência para retirar o benefício previsto no RIC I&D em relação a um acordo de I&D que produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, nesse mercado nacional ou regional. Trata-se de uma competência mista, uma vez que o artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 também habilita a Comissão a retirar o benefício previsto no RIC I&D relativamente a um mercado nacional ou regional, contanto que o acordo de I&D em questão seja suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros.
182. Quando são afetados diversos mercados nacionais ou regionais distintos, as várias ANC competentes podem retirar o benefício previsto no RIC I&D de forma paralela.
183. Decorre da redação do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que, ao retirar o benefício previsto no RIC I&D, a Comissão tem o ónus de provar, em

¹⁴⁹ Ver capítulo IV do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

primeiro lugar, que o respetivo acordo de I&D produz efeitos anticoncorrenciais significativos, sendo abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado. Em segundo lugar, deve provar que o acordo produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.º, n.º 3, do Tratado, o que significa que não preenche pelo menos uma das quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado. Nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, aplicam-se os mesmos requisitos à retirada do benefício previsto no RIC I&D por parte de uma ANC relativamente ao respetivo Estado-Membro. Em especial, no que respeita ao ónus de provar que o segundo requisito se encontra preenchido, o artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 exige que ANC competente comprove o incumprimento de, pelo menos, uma das quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado¹⁵⁰.

184. Se os requisitos previstos no artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 estiverem preenchidos, a Comissão pode retirar o benefício previsto no RIC I&D num caso individual. Importa distinguir esta retirada e os respetivos requisitos, referidos nos pontos precedentes, das conclusões constantes de uma decisão de infração da Comissão tomada nos termos do capítulo III do Regulamento (CE) n.º 1/2003. No entanto, a retirada pode ser combinada, por exemplo, com a conclusão sobre a existência de uma infração e a aplicação de uma medida corretiva, e mesmo com medidas provisórias, tal como ocorreu em decisões anteriores da Comissão¹⁵¹.
185. Se retirar o benefício previsto no RIC I&D nos termos do artigo 29.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão tem de ter em conta que essa retirada só pode ter efeitos *ex nunc*, ou seja, a isenção dos acordos em causa não sofre alterações no que respeita ao período que precede a data em que a retirada produz efeitos. Caso o benefício previsto no RIC I&D seja retirado nos termos do artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as ANC competentes também têm de ter em conta as suas obrigações decorrentes do artigo 11.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, nomeadamente o dever de transmitir à Comissão quaisquer decisões relevantes que estejam previstas.

2.8. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3, dos acordos de I&D não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC I&D

186. Não existe qualquer presunção de que os acordos de I&D não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC I&D se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, nem de que não preenchem as condições previstas no

¹⁵⁰ O requisito estabelecido no artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 respeitante ao ónus da prova que recai sobre a ANC competente surge numa situação em que o RIC I&D não seja aplicável e a empresa invoque o artigo 101.º, n.º 3, num caso individual. Nesse caso, nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o ónus da prova recai sobre a empresa, tendo esta de demonstrar que as quatro condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontram preenchidas e, para tal, fundamentar as suas alegações. Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo AT.39226 – Lundbeck, confirmada nos acórdãos de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, EU:T:2016:449, e de 25 de março de 2021, Lundbeck/Comissão, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

¹⁵¹ A Comissão utilizou os seus poderes de retirada do benefício previsto num dos regulamentos de isenção por categoria anteriormente aplicáveis nas decisões da Comissão de 25 de março de 1992 (medidas provisórias) e de 23 de dezembro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE no processo IV/34.072 – Mars/Langnese e Schöller, confirmadas no acórdão de 1 de outubro de 1998, Langnese-Iglo/Comissão, C-279/95 P, EU:C:1998:447, bem como nas decisões da Comissão de 4 de dezembro de 1991 (medidas provisórias) e de 4 de dezembro de 1991 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE no processo IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

artigo 101.º, n.º 3. Esses acordos de I&D exigem uma apreciação individual nos termos do artigo 101.º.

187. Esta apreciação individual inicia-se com a questão de saber se o acordo é suscetível de restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1¹⁵². Em caso afirmativo, as empresas terão de apreciar se o acordo de I&D preenche as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

2.8.1. *Ganhos de eficiência*

188. Vários acordos de I&D, independentemente de preverem ou não a exploração em conjunto de eventuais resultados, produzem ganhos de eficiência ao combinarem competências e ativos complementares, o que acelera o desenvolvimento e comercialização de produtos ou tecnologias novos ou melhorados. Os acordos de I&D podem também proporcionar uma divulgação mais ampla do conhecimento, o que pode promover a inovação. Os acordos de I&D podem ainda permitir reduções de custos e reduzir a dependência de um número demasiado limitado de fornecedores de determinadas tecnologias, produtos e serviços. Estes ganhos de eficiência podem contribuir para um mercado interno resiliente.

2.8.2. *Caráter indispensável*

189. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência proporcionados por um acordo de I&D não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Em especial, numa apreciação individual, as restrições graves enumeradas no artigo 8.º do RIC I&D¹⁵³ são menos suscetíveis de preencher o critério do caráter indispensável.

2.8.3. *Repercussão nos consumidores*

190. Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência causados pelo acordo de I&D. Por exemplo, a introdução de produtos novos ou melhorados no mercado deve compensar eventuais aumentos de preços ou outros efeitos restritivos da concorrência.
191. Um acordo de I&D tem normalmente mais probabilidades de gerar ganhos de eficiência em benefício dos consumidores se resultar numa conjugação de competências ou de ativos complementares. As partes num acordo podem, por exemplo, ter diferentes capacidades de investigação.
192. Se as competências e ativos das partes forem muito semelhantes, o efeito mais importante do acordo de I&D pode residir na eliminação, total ou parcial, das atividades de I&D de uma ou mais partes. Seriam assim eliminados os custos (fixos) das partes no acordo, mas seria pouco provável que se verificassem benefícios que fossem repercutidos nos consumidores.
193. Além disso, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que estas repercutam os ganhos de eficiência nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos na concorrência.

¹⁵² Ver também a secção 2.3. das presentes orientações.

¹⁵³ Ver também a secção 2.6. das presentes orientações sobre restrições graves.

2.8.4. Não eliminação da concorrência

194. As condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, não se encontram preenchidas se as partes tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos ou tecnologias em causa.

2.9. Momento em que ocorre a apreciação

195. A apreciação de acordos restritivos nos termos do artigo 101.º é efetuada tendo em conta o contexto real em que tais acordos são celebrados e com base nos factos existentes num dado momento. A apreciação tem em conta alterações substanciais dos factos.
196. A exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3, é aplicável se estiverem reunidas as quatro condições cumulativas nele previstas e deixa de ser aplicável quando tal deixe de se verificar. Ao aplicar as quatro condições cumulativas previstas no artigo 101.º, n.º 3, é necessário ter em consideração os investimentos iniciais irrecuperáveis efetuados por qualquer uma das partes, bem como o tempo necessário e as restrições exigidas para realizar e recuperar um investimento destinado a melhorar a eficiência. O artigo 101.º não pode ser aplicado sem ter devidamente em conta este investimento *ex ante*. O risco suportado pelas partes e os investimentos irrecuperáveis que estas têm de realizar para executar o acordo, podem, assim, fazer com que o acordo não seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, ou que preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, consoante o caso, durante o período de tempo necessário para a recuperação do investimento. Se a invenção resultante do investimento beneficiar de qualquer tipo de exclusividade concedida às partes ao abrigo de regras específicas em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual, é normalmente pouco provável que o período de recuperação desse investimento exceda o período de exclusividade estabelecido nessas regras.
197. Nalguns casos, o acordo restritivo é irreversível. Uma vez aplicado o acordo restritivo, a situação *ex ante* não pode ser restabelecida. Nestes casos, a apreciação deve ser efetuada exclusivamente com base nos factos relevantes no momento da execução do acordo.
198. Por exemplo, no caso de um acordo de I&D nos termos do qual cada parte aceita abandonar o respetivo projeto de investigação e associar as suas capacidades às de outra parte, poderá, objetivamente, ser técnica e economicamente impossível retomar um projeto que foi abandonado. Se, nesse momento, o acordo for compatível com o artigo 101.º, por exemplo, porque um número suficiente de terceiros desenvolve esforços de I&D concorrentes, o acordo das partes no sentido de abandonarem os seus projetos individuais continua a ser compatível com o artigo 101.º, n.º 1, mesmo que, posteriormente, os projetos dos terceiros não se concretizem.
199. No entanto, a proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, pode aplicar-se a outras partes no acordo relativamente às quais não se coloca a questão da irreversibilidade. Se, por exemplo, para além de atividades I&D em conjunto, o acordo previr a exploração em conjunto, pode aplicar-se o artigo 101.º a esta parte do acordo se, devido a uma evolução subsequente do mercado, o acordo passar a dar origem a efeitos restritivos da concorrência e (já) não preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, tomando devidamente em consideração os investimentos *ex ante* irrecuperáveis.

2.10. Exemplo

200. Acordos de I&D entre empresas concorrentes em matéria de inovação

Exemplo 1

Situação: As empresas A e B realizaram, de forma independente, investimentos significativos em I&D para desenvolver um novo componente eletrónico miniaturizado que não se destina nem a melhorar nem a substituir produtos existentes, e cuja procura criará o seu próprio mercado, se o projeto for bem sucedido. As empresas A e B desenvolveram os primeiros protótipos. Acordam agora em associar esses esforços de I&D através da criação de uma empresa comum para completar as atividades de I&D, centrando-se apenas num dos dois esforços de I&D (parte do acordo relativa à I&D), e produzir o novo componente (parte do acordo relativa à exploração em conjunto), que será revendido às empresas A e B para que estas possam comercializar separadamente o novo componente («acordo de I&D»).

Atualmente, não existem outras empresas que estejam a desenvolver o mesmo componente eletrónico ou um componente eletrónico suscetível de substituição, ou que sejam capazes e suscetíveis de participar, de forma independente, em esforços de I&D para desenvolver o mesmo componente ou um componente suscetível de substituição.

Análise: O componente eletrónico miniaturizado é um produto inteiramente novo, pelo que se deve analisar se o acordo de I&D restringe a concorrência no mercado interno na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Além disso, deve apreciar-se se o acordo de I&D é abrangido pelo RIC I&D.

No momento da celebração do acordo de I&D, as empresas A e B são as duas únicas empresas que participam (ou capazes e suscetíveis de participar) nos esforços de I&D no que diz respeito ao novo componente. Cada uma delas teria conseguido desenvolver as atividades de I&D relativamente ao novo componente de forma independente e colocá-lo no mercado. Através da empresa comum, as empresas A e B concentram-se agora num esforço de I&D, em vez de participarem em dois esforços distintos. Por conseguinte, o acordo de I&D pode ter efeitos restritivos na aceção do artigo 101.º, causados pela redução do número de esforços de I&D e, assim, do número de produtos suscetíveis de entrar no mercado.

Se o acordo conduzir a uma restrição da concorrência, as partes terão de determinar se podem beneficiar de uma isenção ao abrigo do RIC I&D. No entanto, o acordo de I&D entre as empresas A e B não preenche as condições para beneficiar da isenção. Em especial, o limiar aplicável aos acordos entre empresas concorrentes em matéria de inovação não é atingido, uma vez que não existem outros esforços de I&D concorrentes (artigo 6.º, n.º 3, do RIC I&D). Consequentemente, é necessária uma apreciação individual para determinar se o acordo de I&D cumpre os requisitos previstos no artigo 101.º, n.º 3.

Nos termos do artigo 101.º, n.º 3, embora o acordo de I&D possa eventualmente dar origem a ganhos de eficiência ao acelerar o desenvolvimento de um novo produto, o acordo de I&D é suscetível de eliminar a única pressão concorrencial das partes a nível da inovação. Em consequência, esta situação poderia provavelmente conduzir a uma perda em termos de inovação e a preços a jusante mais elevados. Provavelmente, o acordo de I&D criaria um duopólio no futuro mercado dos novos componentes eletrónicos miniaturizados. Esse duopólio caracterizar-se-ia por um elevado grau de partilha de custos e por um eventual intercâmbio entre as partes de informações sensíveis do ponto de vista comercial, uma vez que a empresa comum produziria para os únicos vendedores do novo componente, as empresas A e B. Poderá igualmente existir um risco grave de coordenação anticoncorrencial

suscetível de levar à adoção de um comportamento colusivo no novo mercado. Ainda que alguns desses problemas possam ser resolvidos se as partes se comprometerem a conceder licenças a terceiros sobre o seu saber-fazer ou os seus direitos de propriedade intelectual, em condições razoáveis, para o fabrico do novo componente, parece pouco provável que tal possa dar resposta a todas as preocupações suscitadas, por forma a preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Por conseguinte, é pouco provável que o acordo de I&D possa beneficiar da isenção prevista no artigo 101.º, n.º 3.

201. Acordos de I&D entre empresas concorrentes relativamente a um produto e/ou tecnologia existente

Exemplo 2

Situação: A empresa A detém uma quota de mercado de 51 % num mercado que inclui o seu medicamento *blockbuster*. Uma pequena empresa, a empresa B, participa em atividades de I&D no domínio farmacêutico, na produção de princípios ativos farmacêuticos («PAF») e na produção de medicamentos genéricos. A empresa B inventou um processo que permite produzir o PAF do medicamento *blockbuster* da empresa A de uma forma mais económica. A empresa B apresentou um pedido de patente para este processo (patente de processo). A patente da empresa A relativa ao composto de base (PAF) do medicamento *blockbuster* caduca em pouco menos de três anos; subsequentemente, continuarão em vigor várias patentes de processos relativas ao medicamento. A empresa B considera que o novo e mais eficiente processo que desenvolveu não constitui uma infração às patentes de processo existentes da empresa A e permitiria a produção de uma versão genérica do medicamento *blockbuster* depois de a patente do PAF da empresa A caducar. A empresa B poderia produzir o produto ela própria ou conceder uma licença de processo a terceiros interessados, por exemplo, a outros produtores de genéricos ou à empresa A.

Antes de concluir as suas atividades de investigação e desenvolvimento neste domínio, a empresa B celebra um acordo com a empresa A, nos termos do qual a empresa A contribui financeiramente para o projeto de I&D desenvolvido pela empresa B, na condição de adquirir uma licença exclusiva relativamente a todas as patentes de processo da empresa B relacionadas com a produção do PAF dos medicamentos *blockbuster* da empresa A.

Existem dois outros esforços de I&D independentes que desenvolvem um processo para a produção do PAF do medicamento *blockbuster* que não infringiriam as patentes de processo das empresas A ou B, mas ainda não é certo que venham a atingir a fase de produção industrial.

Análise: O processo abrangido pelo pedido de patente da empresa B limita-se a melhorar um processo de produção existente. A empresa A desenvolve atividades no mercado da tecnologia existente (o processo de produção), bem como no mercado do produto existente (o medicamento *blockbuster*). A empresa B é um concorrente potencial a nível da tecnologia. Se a empresa B explorasse a patente de processo, seria provavelmente capaz de entrar no mercado do produto com um produto genérico, por exemplo. Por conseguinte, as empresas A e B são concorrentes potenciais no mercado do produto a que pertence o medicamento *blockbuster*. O acordo não beneficia da isenção prevista no RIC I&D uma vez que, pelo menos no que diz respeito ao mercado do produto, a quota de mercado da empresa A é superior a 25 %. Por conseguinte, deve ser efetuada uma apreciação individual.

A empresa B dispõe de poder de mercado no mercado existente a que pertence o medicamento *blockbuster*. Embora este poder de mercado fosse significativamente reduzido com a entrada efetiva no mercado de fabricantes de genéricos concorrentes, a licença exclusiva da patente de processo impede o acesso de terceiros ao processo desenvolvido pela empresa A, sendo por isso suscetível de atrasar a entrada dos genéricos no mercado (sobretudo porque o produto continua a estar protegido por diversas patentes de processo detidas pela empresa A). Uma vez que não é claro se os dois outros esforços de I&D que desenvolvem atualmente uma alternativa legítima à patente de processo da empresa A vão ou não atingir a fase de produção industrial, a patente de processo da empresa B é a única via credível para lançar produtos genéricos que possam concorrer com o medicamento *blockbuster* da empresa A. Por conseguinte, o acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. As economias de custos obtidas pela empresa A através do novo processo não são suficientes para compensar a restrição da concorrência. Na ausência de outros concorrentes no mercado do produto, como fabricantes de genéricos concorrentes, é pouco provável que as economias de custos de produção sejam repercutidas nos consumidores. Além disso, uma licença exclusiva não é indispensável para obter tais economias. Por conseguinte, é pouco provável que o acordo preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

202. Parceria de investigação

Exemplo 3

Situação: As empresas A, B e C são operadores líderes no domínio das tecnologias de energias renováveis. Tencionam criar uma parceria de investigação para definir uma agenda em matéria de I&D, estabelecendo uma visão comum a longo prazo para o desenvolvimento de novas tecnologias de energias renováveis e a melhoria das tecnologias existentes, a qual será implementada numa série de projetos de I&D distintos.

Esta agenda constitui uma colaboração em matéria de I&D e será formalizada num memorando de entendimento que estabelece os objetivos e as condições da colaboração, nomeadamente mecanismos de governação e modalidades de acompanhamento. Assim, o memorando de entendimento estabelece um quadro de cooperação no âmbito do qual serão realizados projetos específicos de colaboração no domínio da I&D em apoio à agenda de longo prazo acordada.

Análise: Este tipo de parceria de investigação pode incluir empresas concorrentes quer na fase de desenvolvimento quer na fase de implementação destas tecnologias, quer em ambas. No entanto, se a natureza da parceria de investigação se limitar a uma vasta definição da agenda, não é provável que este tipo de colaboração seja problemático.

Além disso, se a parceria de investigação responder a um desafio a que nenhuma empresa pode dar resposta e exigir a mobilização de múltiplos operadores, pode facilitar a inovação, o que, de outro modo, não aconteceria, representando assim um contributo para o progresso técnico e económico.

Embora seja pouco provável que esse tipo de parceria de investigação suscite preocupações em matéria de concorrência, os acordos individuais de cooperação em matéria de I&D teriam de ser analisados de forma independente.

3. ACORDOS DE PRODUÇÃO

3.1. Introdução

203. O objetivo do presente capítulo é fornecer orientações sobre o âmbito de aplicação e a apreciação em termos de concorrência dos acordos de produção abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, e que a) beneficiem do RIC Especialização (secção 3.4), ou b) não se encontrem abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização e devam ser apreciados nos termos dos artigos 101.º, n.ºs 1 e 3 (secção 3.5).
204. Os acordos de produção podem variar tanto pela sua forma como pelo seu alcance. Podem prever que a produção é realizada por apenas uma parte ou por duas ou mais partes. As empresas podem produzir em conjunto através de uma empresa comum, ou seja, uma empresa controlada em conjunto que explore uma ou várias instalações de produção, ou através de formas de cooperação mais flexíveis no domínio da produção, como acordos de subcontratação.
205. As presentes orientações aplicam-se a todas as formas de acordos de produção conjunta e de acordos horizontais de subcontratação¹⁵⁴.
206. Os acordos de subcontratação são acordos através dos quais uma parte (o «contratante») confia a outra parte (o «subcontratante») o fabrico de um produto. Os acordos horizontais de subcontratação são celebrados entre empresas que desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto, independentemente de serem ou não concorrentes efetivos ou potenciais. Os acordos horizontais de subcontratação incluem os acordos de especialização unilateral e recíproca, bem como outros acordos horizontais de subcontratação.
207. Os acordos de especialização unilateral são acordos entre duas ou mais partes que desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto, através dos quais uma ou várias partes consentem em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster da produção de determinados produtos e em comprá-los à outra parte ou partes, que concordam em produzir e fornecer esses produtos à parte ou partes que cessaram ou se abstiveram da sua produção;
208. Os acordos de especialização recíproca são acordos entre duas ou mais partes que desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto e através dos quais duas ou mais partes consentem, numa base de reciprocidade, em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster da produção de determinados (mas diferentes) produtos e em comprá-los às outras partes, que concordam em produzir e fornecer esses produtos à parte ou partes que cessaram ou se abstiveram da sua produção.
209. As presentes orientações aplicam-se igualmente a outros acordos horizontais de subcontratação, nomeadamente acordos de subcontratação com vista a expandir a produção, mas em que o contratante não cessa nem limita simultaneamente a sua própria produção do produto.

¹⁵⁴ Os acordos verticais de subcontratação não são abrangidos pelas presentes orientações. Os acordos verticais de subcontratação são celebrados entre empresas que desenvolvem atividades a diferentes níveis do mercado. Enquadram-se no âmbito das Orientações relativas às restrições verticais e, em determinadas condições, podem beneficiar do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais. Podem, além disso, ser abrangidos pela Comunicação da Comissão, de 18 de dezembro de 1978, relativa à apreciação dos contratos de fornecimento face ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE (JO C 1 de 3.1.1979, p. 2) («Comunicação relativa à subcontratação»).

3.2. Mercados relevantes

210. Um acordo de produção afeta os mercados diretamente em causa na cooperação, ou seja, os mercados a que pertencem os produtos fabricados ao abrigo do acordo de produção. Estes mercados são definidos em conformidade com a Comunicação relativa à definição de mercado¹⁵⁵. Um acordo de produção pode também ter efeitos secundários nos mercados a montante, a jusante ou vizinhos do mercado diretamente afetado pela cooperação («mercados secundários»)¹⁵⁶. É provável que os mercados secundários sejam relevantes se os mercados forem interdependentes e se as partes detiverem uma forte posição no mercado secundário.

3.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

211. A apreciação de um acordo de especialização inicia-se com a questão de saber se o acordo inclui restrições da concorrência abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Se for esse o caso:
- (a) Em primeiro lugar, a apreciação incidirá sobre a questão de saber se o acordo de especialização pode beneficiar da isenção prevista no RIC Especialização;
 - (b) Em segundo lugar, se os acordos não forem abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização, será necessária uma apreciação individual do acordo para determinar se o acordo de especialização preenche as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

3.3.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

212. Os acordos de produção podem suscitar várias preocupações em matéria de concorrência, tais como:
- (a) Uma limitação direta da concorrência entre as partes;
 - (b) A coordenação do comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores; ou
 - (c) Uma exclusão anticoncorrencial de terceiros num mercado conexo.
213. Os acordos de produção podem conduzir a uma **limitação direta da concorrência entre as partes**. Os acordos de produção e, em especial, as empresas comuns de produção¹⁵⁷, podem levar as partes a alinharem diretamente i) os níveis de produção, ii) a qualidade, iii) os preços a que a empresa comum vende os seus produtos, iv) ou outros parâmetros concorrenciais igualmente importantes (por exemplo, inovação, sustentabilidade). Esta situação pode restringir a concorrência, mesmo que as partes vendam os produtos de forma independente.
214. Os acordos de produção podem igualmente levar à **coordenação do comportamento concorrencial das partes enquanto fornecedores**, ou seja, a um **comportamento colusivo** que conduza i) a preços mais elevados, ii) à redução da produção, iii) à redução da qualidade do produto, iv) à redução da variedade de produtos ou v) à redução da inovação. Esta situação pode ocorrer na condição de:

¹⁵⁵ 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).

¹⁵⁶ Artigo 2.º, n.º 5, primeiro parágrafo, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

¹⁵⁷ Ver pontos 51 («empresas comuns de pleno exercício») e 13 («responsabilidade por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1») das presentes orientações.

- (a) As partes disporem de poder de mercado; e
 - (b) Existirem características do mercado conducentes a essa coordenação, nomeadamente:
 - i) se o acordo de produção aumentar os custos partilhados das partes (ou seja, a proporção de custos variáveis que as partes suportam em comum) para um nível que lhes permita adotar um comportamento colusivo, ou
 - ii) se o acordo implicar um intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial que possa conduzir a um comportamento colusivo.
215. Os acordos de produção podem, além disso, levar a uma **exclusão anticoncorrencial de terceiros num mercado conexo** (por exemplo, num mercado a jusante que depende dos insumos do mercado em que o acordo de produção é aplicado). Estas preocupações em matéria de concorrência podem ocorrer independentemente de as partes no acordo serem ou não concorrentes no mercado em que ocorre a cooperação. No entanto, para que este tipo de exclusão tenha efeitos anticoncorrenciais, pelo menos uma das partes deve ocupar uma forte posição no mercado em que os riscos de exclusão estão a ser apreciados.
216. *Exemplo.* Ao obterem poder de mercado suficiente, as partes que participam na produção conjunta num mercado a montante podem estar em condições de aumentar o preço de um componente fundamental (ou de um insumo) para um mercado a jusante. Podem assim utilizar a produção conjunta para aumentar os custos dos seus concorrentes a jusante e para os marginalizar ou, em última instância, forçar a sua exclusão do mercado. Por seu turno, esta situação pode reforçar o poder de mercado das partes a jusante, o que lhes permitiria manter os preços acima do nível concorrencial ou prejudicar os consumidores de outra forma.
- 3.3.2. *Restrições da concorrência por objetivo*
217. Normalmente, as acordos que incluem a) a fixação de preços, b) a limitação da produção ou c) a repartição dos mercados ou dos clientes restringem a concorrência por objetivo.
218. Contudo, no contexto dos acordos de produção, tal não acontece se:
- (a) As partes fixarem a produção diretamente abrangida pelo acordo de produção (por exemplo, a capacidade e o volume de produção de uma empresa comum ou o volume acordado de produtos subcontratados) desde que os restantes parâmetros da concorrência (por exemplo, os preços) não sejam eliminados; ou
 - (b) Um acordo de produção, que também inclui a distribuição em conjunto dos produtos fabricados em conjunto, prever a fixação em conjunto dos preços de venda desses produtos, e só desses produtos, desde que a restrição seja necessária para a produção conjunta, ou seja, desde que, de outra forma, as partes não tivessem qualquer incentivo para celebrar o acordo de produção.
219. Nestes dois casos, os acordos de produção que incluem estas restrições terão de ser apreciados para determinar se são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Estas restrições e os acordos de produção não serão apreciados separadamente, mas sim à luz dos efeitos globais no mercado de todo o acordo de produção.

3.3.3. *Efeitos restritivos da concorrência*

220. A possibilidade de as eventuais preocupações em matéria de concorrência suscitadas pelos acordos de produção se concretizarem numa determinada situação depende de várias variáveis. Estas variáveis determinam os efeitos prováveis de um acordo de produção na concorrência e, por conseguinte, a aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1. Estas variáveis incluem:
- (a) As características do mercado em que o acordo é aplicável;
 - (b) A natureza da cooperação;
 - (c) A cobertura do mercado objeto da cooperação; e
 - (d) Os produtos abrangidos pela cooperação.
221. O facto de um acordo de produção ser suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência depende da situação que se verificaria na ausência do acordo com todas as suas alegadas restrições.
222. São relevantes para efeitos da apreciação do acordo em termos de concorrência elementos como o facto de as partes no acordo serem concorrentes próximos, de os clientes terem poucas possibilidades de mudar de fornecedores, de os concorrentes terem poucas probabilidades de aumentar a oferta em caso de aumento dos preços e de uma das partes no acordo ser uma importante força concorrencial.
223. **Acordos de produção que incluem igualmente funções de comercialização** (por exemplo, distribuição ou comercialização em conjunto). Estes acordos implicam um risco mais elevado de efeitos restritivos da concorrência do que os acordos que se limitam à produção conjunta. A comercialização em conjunto torna a cooperação mais próxima do consumidor e implica normalmente a fixação conjunta dos preços e das vendas, ou seja, as práticas que implicam os riscos mais elevados em termos de concorrência.
224. No entanto, os acordos de distribuição em conjunto de produtos que foram produzidos em conjunto são normalmente menos suscetíveis de restringir a concorrência do que os acordos que incidem exclusivamente na distribuição em conjunto.
225. Da mesma forma, um acordo de distribuição em conjunto que seja necessário para a celebração do acordo de produção conjunta é menos suscetível de restringir a concorrência do que se não fosse necessário para a produção conjunta.
226. **Acordos de produção pouco suscetíveis de ter efeitos restritivos.** Alguns acordos de produção não são suscetíveis de ter efeitos restritivos:
227. Não é provável que os acordos de produção entre empresas que são concorrentes nos mercados em que se verifica a cooperação tenham efeitos restritivos da concorrência se o *acordo de produção der origem a um novo mercado*¹⁵⁸, ou seja, se o acordo permitir que as partes lancem um novo produto que, com base em fatores objetivos, não estariam de outra forma em condições de lançar (por exemplo, devido à capacidade técnica das partes);

¹⁵⁸ Para efeitos do presente capítulo, o termo «novo mercado» deve ser entendido num sentido mais lato do que no contexto dos acordos de I&D abrangidos pelo capítulo 2 (ver, por exemplo, o ponto 60).

228. Não é provável que os acordos de produção levem a uma limitação direta da concorrência entre as partes, a um comportamento colusivo ou a uma exclusão anticoncorrencial se *as partes no acordo não tiverem poder de mercado* no mercado em que a restrição da concorrência está a ser apreciada. Só o poder de mercado permite às partes no acordo manter, de forma rentável, os preços acima dos níveis concorrenciais ou manter, de forma rentável, a produção, a qualidade e a variedade do produto abaixo dos níveis concorrenciais.

3.3.3.1. Poder de mercado

229. O ponto de partida da análise do poder de mercado é a) a quota de mercado individual e combinada das partes. Segue-se normalmente b) o cálculo do rácio de concentração e do número de operadores existentes no mercado e c) a análise de fatores dinâmicos, como a entrada potencial no mercado e a alteração das quotas de mercado, bem como d) outros fatores relevantes para a apreciação do poder de mercado.

(a) Quotas de mercado

230. É pouco provável que, abaixo de um determinado nível de quota de mercado, as empresas detenham poder de mercado.

231. **RIC Especialização.** O limiar da quota de mercado ao abrigo do RIC Especialização foi fixado em 20 %. Os acordos de especialização¹⁵⁹ são abrangidos pelo RIC Especialização se forem celebrados entre partes com uma quota de mercado combinada não superior a 20 % no(s) mercado(s) relevante(s), desde que as outras condições para a aplicação do RIC Especialização estejam preenchidas.

232. **Espaço de admissibilidade.** No que se refere aos acordos horizontais de subcontratação, que não são abrangidos pela definição de acordo de especialização prevista no RIC Especialização [artigo 1.º, n.º 1, alínea a)], é pouco provável, na maioria dos casos, que exista poder de mercado se as partes no acordo detiverem uma quota de mercado combinada não superior a 20 %. De qualquer forma, é provável que os acordos horizontais de subcontratação em que as quotas de mercado combinadas das partes não excedam 20 % preencham as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

233. **Quota de mercado superior a 20 %.** Se a quota de mercado combinada das partes exceder 20 %, os efeitos restritivos têm de ser analisados. De um modo geral, o risco de um acordo de produção poder aumentar os incentivos das partes no acordo para aumentarem os seus preços (e/ou diminuírem a qualidade e a variedade) é tanto mais provável quanto mais elevadas forem as quotas de mercado combinadas das partes.

(b) Rácio de concentração do mercado

234. Na generalidade, um acordo de produção num mercado concentrado é mais suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência do que um acordo num mercado não concentrado. Um acordo de produção num mercado concentrado pode aumentar o risco de comportamento colusivo, mesmo se as partes detiverem apenas uma quota de mercado combinada moderada.

235. No entanto, o facto de a quota de mercado combinada das partes exceder ligeiramente 20 % não implica necessariamente um mercado altamente concentrado.

¹⁵⁹ Artigo 1.º, n.º 1, do RIC Especialização.

Por exemplo, uma quota de mercado combinada das partes ligeiramente superior a 20 % pode ser compatível com um mercado moderadamente concentrado.

(c) Fatores dinâmicos

236. Ainda que as quotas de mercado das partes no acordo e a concentração do mercado sejam elevadas, os riscos de efeitos restritivos da concorrência podem ser diminutos se o mercado for dinâmico, isto é, se ocorrerem entradas no mercado e se a situação a nível das quotas de mercado se alterar frequentemente.

(d) Outros fatores relevantes para a apreciação do poder de mercado

237. O número e a intensidade de ligações (por exemplo, outros acordos de cooperação) entre os concorrentes no mercado constituem igualmente fatores relevantes para a apreciação do poder de mercado das partes.
238. Além disso, nos casos em que uma empresa com poder num mercado coopera com um novo operador potencial, por exemplo, um fornecedor do mesmo produto num mercado geográfico ou do produto vizinho, o acordo pode, potencialmente, aumentar o poder de mercado do operador estabelecido. Esta situação pode dar origem a efeitos restritivos da concorrência se: a) a concorrência efetiva no mercado do operador estabelecido já for fraca e b) se a ameaça da entrada de novos operadores constituir uma fonte importante de pressão concorrencial.

3.3.3.2. Limitação direta da concorrência entre as partes

239. A concorrência entre as partes num acordo de produção pode ser diretamente limitada de várias formas. Por exemplo:
- (a) As partes numa empresa comum de produção podem, por exemplo, limitar a produção da empresa comum em comparação com o que teriam colocado no mercado se cada uma delas tivesse decidido a sua produção de forma individual.
 - (b) Se as principais características do produto forem determinadas pelo acordo de produção, tal poderá igualmente eliminar fatores essenciais de concorrência entre as partes e, em última análise, dar origem a efeitos restritivos da concorrência.
 - (c) Uma empresa comum que cobra às partes um elevado preço de transferência pode aumentar os custos dos insumos em que estas incorrem, o que pode provocar um aumento dos preços a jusante. Os concorrentes podem considerar rentável reagir com um aumento dos preços, contribuindo assim para preços mais elevados no mercado relevante.
240. Além disso, nalguns setores em que a produção é a principal atividade económica, mesmo um acordo que se limite à produção pode, por si só, eliminar fatores essenciais da concorrência, limitando diretamente a concorrência entre as partes nos acordos.

3.3.3.3. Comportamento colusivo e exclusão anticoncorrencial

241. A probabilidade de ocorrer um comportamento colusivo depende do poder de mercado das partes (ver secção 3.3.3.1) bem como das características do mercado relevante. Um comportamento colusivo pode resultar, em especial (mas não exclusivamente), de uma partilha dos custos ou de um intercâmbio de informações decorrentes do acordo de produção.

242. Um acordo de produção pode igualmente dar origem a uma exclusão anticoncorrencial: a) ao aumentar o poder de mercado das empresas; ou b) ao aumentar os seus custos partilhados; ou c) se implicar o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial.
- (a) Partilha de custos
243. Um acordo de produção entre partes com poder de mercado pode ter efeitos restritivos da concorrência se aumentar os seus custos partilhados para um nível que lhes permita concertarem-se (por exemplo, celebrando um acordo sobre os preços ou outros parâmetros de concorrência) ou excluir terceiros em mercados secundários.
244. A partilha de custos refere-se à proporção de custos variáveis que as partes no acordo têm em comum. Os custos relevantes são os custos variáveis do produto relativamente ao qual as partes no acordo de produção se encontram em concorrência.
245. Um acordo de produção é mais suscetível de levar à adoção de um comportamento colusivo ou a uma exclusão se, antes do acordo, as partes já partilhavam uma grande parte de custos variáveis, visto que o aumento adicional decorrente dos custos de produção dos produtos objeto do acordo pode favorecer a adoção de um comportamento colusivo. Em contrapartida, mesmo que o nível inicial de partilha de custos seja baixo, se o aumento (decorrente dos custos de produção dos produtos objeto do acordo) for significativo, o risco de ocorrer um comportamento colusivo ou uma exclusão pode ser elevado.
246. Os custos partilhados só aumentam o risco de ocorrer um comportamento colusivo ou uma exclusão se os custos de produção representarem uma grande parte dos custos variáveis em causa.
- (a) Um cenário em que os custos partilhados podem levar à adoção de um comportamento colusivo seria uma situação em que as partes acordam na produção conjunta de um produto intermédio que representa uma grande parte dos custos variáveis do produto final relativamente ao qual as partes estão em concorrência no mercado a jusante. As partes podem utilizar o acordo de produção para aumentar o preço deste insumo comum importante para os seus produtos no mercado a jusante, o que enfraqueceria a concorrência a jusante e levaria, provavelmente, a preços finais mais elevados. O lucro seria desviado do mercado a jusante para o mercado a montante, sendo depois partilhado pelas partes através da empresa comum.
- (b) Da mesma forma, os custos partilhados aumentam os riscos de ocorrer uma exclusão anticoncorrencial decorrentes de um acordo horizontal de subcontratação em que o insumo que o contratante adquire ao subcontratante representa uma grande parte dos custos variáveis do produto final relativamente ao qual as partes estão em concorrência.
247. No entanto, a partilha de custos é menos suscetível de aumentar o risco de um comportamento colusivo se a cooperação disser respeito a produtos que exigem uma comercialização onerosa, como, por exemplo, os produtos novos ou heterogêneos que implicam custos de comercialização ou de transporte elevados.
- (b) Intercâmbio de informações
248. Um acordo de produção pode dar origem a efeitos restritivos da concorrência se implicar um intercâmbio de informações estratégicas do ponto de vista comercial

suscetível de levar à adoção de um comportamento colusivo e a uma exclusão anticoncorrencial do mercado.

249. A apreciação das probabilidades de um intercâmbio de informações, no contexto de um acordo de produção, dar origem a efeitos restritivos da concorrência deve ser efetuada com base nas orientações fornecidas no capítulo 6 das presentes orientações. Os eventuais efeitos negativos decorrentes desses intercâmbios de informações não serão apreciados separadamente, mas à luz dos efeitos globais do acordo de produção.
250. O acordo de produção é mais suscetível de preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se o intercâmbio de informações não exceder a partilha dos dados necessários para a produção dos produtos objeto do acordo, mesmo que o intercâmbio de informações tenha efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Neste caso, os ganhos de eficiência decorrentes da produção conjunta são suscetíveis de compensar os efeitos restritivos da coordenação do comportamento das partes.
251. O acordo de produção é menos suscetível de preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se o intercâmbio de informações exceder o necessário para a produção conjunta, por exemplo, se incluir informações relativas aos preços e às vendas.

3.4. Acordos abrangidos pelo RIC Especialização

252. O RIC Especialização prevê um espaço de admissibilidade, sujeito a determinadas condições, para certos acordos de produção, designados «acordos de especialização».
253. O benefício da isenção estabelecida no RIC Especialização abrange apenas os acordos de especialização em relação aos quais se pode presumir com suficiente grau de certeza que preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

3.4.1. Acordos de especialização

254. Os acordos de especialização incluem os seguintes tipos de acordos de produção horizontais: acordos de especialização unilateral, acordos de especialização recíproca e acordos de produção conjunta que digam respeito ao fabrico de bens ou à preparação de serviços.
255. **Acordos de especialização unilateral.** Os principais elementos destes acordos, tal como definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea i), do RIC Especialização, são os seguintes:
- (a) Incluem duas ou mais partes; e
 - (b) As partes nos acordos já desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto; e
 - (c) O acordo diz respeito aos mesmos produtos; e
 - (d) Uma ou várias partes concordam em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster da produção de determinados produtos e em comprá-los à outra parte ou às outras partes; e
 - (e) Uma ou várias partes diferentes concordam em produzir e fornecer esses produtos à outra parte ou às outras partes que cessaram ou se abstiveram de os produzir.

256. A definição de acordos de especialização unilateral não exige: i) que as partes desenvolvam atividades no mesmo mercado geográfico, nem ii) que a parte ou as partes que cessam ou se abstêm da produção de determinados produtos reduzam a capacidade (por exemplo, venda de fábricas, encerramento de linhas de produção, etc.), uma vez que é suficiente que reduzam os seus volumes de produção.
257. **Acordos de especialização recíproca.** Os principais elementos destes acordos, tal como definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea ii), do RIC Especialização, são os seguintes:
- (a) Incluem duas ou mais partes; e
 - (b) As partes nos acordos já desenvolvem atividades no mesmo mercado do produto; e
 - (c) O acordo diz respeito a produtos diferentes; e
 - (d) Duas ou mais partes concordam, numa base de reciprocidade, em cessar, no todo ou em parte, ou em se abster da produção de determinados, mas diferentes, produtos e em comprá-los às outras partes; e
 - (e) Essas outras partes concordam em produzir e fornecer esses produtos às partes que cessaram ou se abstiveram de os produzir.
258. A definição de acordos de especialização recíproca não exige: i) que as partes desenvolvam atividades no mesmo mercado geográfico, nem ii) que as partes que cessam ou se abstêm da produção de determinados, mas diferentes, produtos reduzam a capacidade (por exemplo, venda de fábricas, encerramento de linhas de produção, etc.), uma vez que é suficiente que reduzam os seus volumes de produção.
259. **Acordos de produção conjunta.** Os principais elementos destes acordos, tal como definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea iii), do RIC Especialização, são os seguintes:
- (a) Incluem duas ou mais partes; e
 - (b) As partes produzem determinados produtos em conjunto (ver secção 3.4.3).
260. A definição de acordos de especialização conjunta não exige: i) que as partes já desenvolvam atividades no mesmo mercado do produto, nem ii) que uma ou várias partes cessem ou se abstenham de produzir quaisquer produtos.
- 3.4.2. *Outras disposições dos acordos de especialização*
261. O RIC Especialização isenta igualmente certas disposições que podem ser incluídas nos acordos de especialização.
262. **Disposições respeitantes à cessão ou concessão de licenças de direitos de propriedade intelectual a uma ou mais partes** (artigo 2.º, n.º 3, do RIC Especialização). Estas disposições beneficiam da isenção prevista no artigo 2.º do RIC Especialização se preencherem duas condições cumulativas:
- (a) Não constituem o objeto principal do acordo de especialização; e
 - (b) Estão diretamente relacionadas com esse acordo e são necessárias para a sua aplicação.
263. **Disposições respeitantes a obrigações de fornecimento ou de compra** (artigo 2.º, n.º 4, e considerando 11 do RIC Especialização). O RIC Especialização estabelece que os acordos de especialização unilateral e recíproca só podem beneficiar da

isenção se previrem obrigações de fornecimento e de compra. Nesse caso, estas obrigações podem ter ou não um caráter exclusivo (considerando 11 do RIC Especialização).

264. No que diz respeito às obrigações de fornecimento ou de compra com um caráter exclusivo, o artigo 2.º, n.º 4, do RIC Especialização estabelece que a isenção é aplicável aos acordos de especialização mediante os quais as partes aceitem uma obrigação de compra exclusiva ou de fornecimento exclusivo.
- (a) Uma obrigação de fornecimento exclusivo, tal como definida no artigo 1.º, n.º 1, alínea j), do RIC Especialização, é a obrigação de não fornecer os produtos da especialização [tal como definidos no artigo 1.º, n.º 1, alínea c), do RIC Especialização] a uma empresa concorrente que não seja parte no acordo. Por conseguinte, uma obrigação de fornecimento exclusivo não impede as partes de fornecerem os produtos da especialização a terceiros que não sejam empresas concorrentes.
 - (b) Uma obrigação de compra exclusiva, tal como definida no artigo 1.º, n.º 1, alínea k), do RIC Especialização, é a obrigação de comprar os produtos da especialização apenas a uma parte ou a várias partes no acordo.
265. Podem igualmente beneficiar da isenção prevista no artigo 2.º do RIC Especialização outras disposições incluídas em acordos de especialização que constituam restrições acessórias, desde que estejam preenchidas as condições definidas na jurisprudência da União¹⁶⁰.
- 3.4.3. *Distribuição em conjunto e conceito de «em conjunto» ao abrigo do RIC Especialização*
266. O RIC Especialização define o conceito de «em conjunto» no contexto da distribuição. A distribuição em conjunto pode fazer parte de um acordo de especialização e pode beneficiar da isenção prevista no RIC Especialização se as atividades de distribuição forem realizadas de uma das duas formas seguintes:
- (a) A distribuição é realizada por uma equipa, uma organização ou uma empresa comum, ou
 - (b) A distribuição é realizada por um distribuidor terceiro que preenche três condições cumulativas:
 - i) é designado em conjunto pelas partes no acordo de especialização, e
 - ii) é designado numa base exclusiva ou não exclusiva, e
 - iii) não é um concorrente efetivo ou potencial das partes no acordo de especialização.
267. A isenção prevista no RIC Especialização aplica-se igualmente¹⁶¹ aos acordos de especialização mediante os quais as partes a) distribuam em conjunto os produtos da especialização e b) não os vendam de forma independente.

¹⁶⁰ Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard/Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 89; acórdão de 11 de julho de 1985, Remia e outros/Comissão, 42/84, EU:C:1985:327, n.ºs 19-20; acórdão de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia, 161/84, EU:C:1986:41, n.ºs 15-17; acórdão de 15 de dezembro de 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, n.º 35, e acórdão de 12 de dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e outros, C-399/93, EU:C:1995:434, n.ºs 12-15.

¹⁶¹ Artigo 2.º, n.º 4, alínea b), e artigo 1.º, n.º 1, alínea l), do RIC Especialização.

268. O RIC Especialização utiliza igualmente o conceito de «em conjunto» na definição de «acordos de produção conjunta» (artigo 1.º, n.º 1, alínea a), subalínea iii), do RIC Especialização). No entanto, o termo «em conjunto» não é definido no contexto da produção. Por conseguinte, no âmbito do RIC Especialização, a produção conjunta pode assumir qualquer forma.

3.4.4. *Serviços ao abrigo do RIC Especialização*

269. Os acordos de especialização que beneficiam da isenção prevista no RIC Especialização podem igualmente dizer respeito à preparação de serviços. A preparação de serviços diz respeito a atividades a montante da prestação de serviços a clientes [artigo 1.º, n.º 1, alínea e), do RIC Especialização]. Por exemplo, um acordo de especialização que preveja a criação de uma plataforma para a prestação de um serviço pode ser considerado um acordo relativo à preparação de serviços.
270. No entanto, tal como explicado no considerando 9 do RIC Especialização, a prestação de serviços não é abrangida pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização, exceto no contexto da distribuição em que as partes prestam os serviços preparados ao abrigo do acordo de especialização.

3.4.5. *Empresas concorrentes: concorrentes efetivos ou potenciais*

271. Nos termos do RIC Especialização [artigo 1.º, n.º 1, alínea i)], as empresas concorrentes são consideradas: a) concorrentes efetivos, se desenvolverem atividades no mesmo mercado relevante, ou b) concorrentes potenciais, se, na ausência do acordo de produção, fossem suscetíveis, numa base realista e não meramente teórica, de proceder aos investimentos adicionais necessários ou de incorrer noutros custos de transição necessários, dentro de um prazo não superior a três anos, por forma a entrar no mercado relevante.
272. A concorrência potencial tem de ser apreciada de forma realista. Por exemplo, as partes não podem ser definidas como concorrentes potenciais simplesmente porque o acordo de especialização lhes permite desenvolver determinadas atividades de produção. A questão determinante consiste em saber se cada parte dispõe, de forma independente, dos meios necessários para o fazer.

3.4.6. *Limiar da quota de mercado e duração da isenção*

3.4.6.1. Limiar da quota de mercado

273. Nos termos do artigo 3.º do RIC Especialização, os acordos de especialização beneficiam da isenção se forem atingidos os seguintes limiares de quota de mercado:
- (a) A quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % no(s) mercado(s) relevante(s) abrangido(s) pelo acordo de especialização, desde que estejam preenchidas as outras condições para beneficiar da isenção previstas no RIC Especialização;
 - (b) Se os produtos da especialização forem produtos intermédios e uma ou mais partes utilizar esses produtos, no todo ou em parte, de forma cativa, para a produção de determinados produtos a jusante, que também são vendidos por essas partes, a isenção prevista no RIC Especialização está subordinada:
 - i) à condição de a quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % no(s) mercado(s) relevante(s) a que pertencem os produtos da especialização, e

- ii) à condição de a quota de mercado combinada das partes não exceder 20 % no(s) mercado(s) relevante(s) a que pertencem os produtos a jusante. Nos termos do RIC Especialização, um «produto a jusante» é um produto em cuja produção o produto da especialização é utilizado como insumo por uma ou mais partes, e que é por elas vendido no mercado [artigo 1.º, n.º 1, alínea g)].

3.4.6.2. Cálculo das quotas de mercado

274. Nos termos do artigo 4.º do RIC Especialização, as quotas de mercado devem ser calculadas com base nos dados relativos ao ano civil anterior.
275. Em certos mercados, pode ser necessário calcular as quotas de mercado com base numa média das quotas de mercado das partes nos três últimos anos civis anteriores. Tal pode ser pertinente, por exemplo, se existirem mercados sujeitos à realização de concursos e se as quotas de mercado puderem variar significativamente (por exemplo, de 0 % para 100 %) de um ano para outro, em função de uma parte ser ou não bem sucedida no processo de concurso. Este aspeto pode também ser pertinente nos mercados caracterizados por encomendas de grandes dimensões e irregulares, em relação aos quais a quota de mercado do ano civil anterior pode não ser representativa, por exemplo, se não tiver sido efetuada nenhuma grande encomenda no ano civil anterior. Outra situação em que pode ser necessário calcular as quotas de mercado com base numa média dos três últimos anos civis anteriores é quando se verifica um choque na oferta ou na procura no ano civil anterior à celebração do acordo de cooperação.
276. No que se refere aos parâmetros para o cálculo das quotas de mercado, o RIC Especialização estabelece que o cálculo das quotas de mercado se deve basear no valor das vendas. Se os dados relativos ao valor das vendas não se encontrarem disponíveis, podem ser utilizadas estimativas com base noutras informações fiáveis sobre o mercado, incluindo os volumes das vendas nele realizadas, a fim de estabelecer a quota de mercado das partes.
277. Para efeitos do RIC Especialização, os termos «empresa» e «parte» incluem as respetivas «empresas ligadas», tal como definidas no artigo 1.º, n.º 2. Nos termos do artigo 4.º, n.º 3, do RIC Especialização, a quota de mercado detida pelas partes no acordo de especialização e pelas respetivas empresas ligadas é repartida por igual entre cada empresa que disponha dos seguintes direitos ou poderes:
- (a) Do poder de exercer, direta ou indiretamente, mais de metade dos direitos de voto;
 - (b) Do poder de designar, direta ou indiretamente, mais de metade dos membros do conselho de fiscalização ou de administração ou dos órgãos que representam legalmente a empresa; ou
 - (c) Do direito de gerir, direta ou indiretamente, os negócios da empresa.

3.4.6.3. Duração da isenção

278. A isenção prevista no RIC Especialização não tem uma duração específica. A isenção é aplicável durante o período de vigência do acordo de especialização, desde que se atinjam os limiares de quota de mercado.
279. O RIC Especialização prevê que, se a quota de mercado combinada das partes exceder 20 % em pelo menos um dos mercados abrangidos pelo acordo de especialização, a isenção continua a ser aplicável por um período de dois anos civis

consecutivos subsequentes ao ano em que o limiar de 20 % tenha sido excedido pela primeira vez.

3.4.7. Restrições graves no RIC Especialização

3.4.7.1. Restrições graves

280. O artigo 5.º do RIC Especialização inclui uma lista de restrições graves. Considera-se que as restrições graves são restrições significativas da concorrência que, na maioria dos casos, devem ser proibidas, uma vez que prejudicam o mercado e os consumidores. Os acordos de especialização que incluam uma ou mais restrições graves são, no seu conjunto, excluídos do âmbito de aplicação da isenção prevista no RIC Especialização.
281. As restrições graves enumeradas no artigo 5.º do RIC Especialização podem ser agrupadas nas seguintes categorias:
- (a) A fixação de preços aquando da venda a terceiros dos produtos da especialização;
 - (b) A limitação da produção ou das vendas; e
 - (c) A repartição de mercados ou clientes.
282. Estas restrições podem ser alcançadas a) direta ou indiretamente, e b) isoladamente ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes no acordo de especialização.

3.4.7.2. Exceções

283. O artigo 5.º do RIC Especialização inclui igualmente várias exceções às restrições graves. Os acordos de especialização que incluam estas disposições podem continuar a ser isentos se estiverem preenchidas as outras condições para beneficiar da isenção previstas no RIC Especialização.
- (a) Fixação de preços: no contexto da distribuição em conjunto, o RIC Especialização permite a fixação de preços faturados aos clientes diretos (artigo 5.º, n.º 1, segundo parágrafo);
 - (b) Limitação da produção ou das vendas:
 - i) no contexto de acordos de especialização unilateral ou recíproca, o RIC Especialização permite disposições relativas a quantidades acordadas de produtos que i) uma ou várias partes cessem de fabricar ou preparar e/ou que ii) uma ou várias partes produzam ou preparem para a(s) outra(s) parte(s) [artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea a)],
 - ii) no contexto de acordos de produção conjunta, o RIC Especialização permite disposições relativas ao estabelecimento da capacidade e dos volumes de produção das partes no que diz respeito aos produtos de especialização [artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea b)],
 - iii) No contexto da distribuição em conjunto, o RIC Especialização permite disposições que estabeleçam objetivos de vendas no que diz respeito aos produtos de especialização [artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, alínea c)].

3.4.8. Retirada do benefício previsto no RIC Especialização

284. Os artigos 6.º e 7.º do RIC Especialização preveem que a Comissão e as ANC possam retirar o benefício previsto no RIC Especialização ao abrigo do disposto no artigo 29.º, n.º 1, e no artigo 29.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, respetivamente, em especial quando:

- (a) O mercado relevante é muito concentrado; e
- (b) A concorrência já é fraca, nomeadamente devido i) às posições de mercado individuais dos outros participantes no mercado ou ii) às ligações existentes entre os outros participantes no mercado, criadas por acordos de especialização paralelos.

285. As orientações previstas para a retirada dos benefícios do RIC I&D também se aplicam à retirada dos benefícios do RIC Especialização (ver secção 2.7 das presentes orientações).

3.5. **Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3, dos acordos de produção não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização**

286. Não existe qualquer presunção de que os acordos de produção não abrangidos pelo âmbito de aplicação do RIC Especialização se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, nem de que não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Estes acordos de produção exigem uma apreciação individual.

287. A apreciação individual destes acordos de produção inicia-se com a questão de saber se o acordo é suscetível de restringir a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1¹⁶². Em caso afirmativo, as empresas terão de apreciar se o acordo de produção preenche as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

3.5.1. *Ganhos de eficiência*

288. Os acordos de produção podem proporcionar ganhos de eficiência:

- (a) Ao permitir que as empresas economizem custos que, de outra forma, duplicariam;
- (b) Ao ajudar as empresas a melhorar a qualidade dos produtos se combinarem competências e saber-fazer complementares;
- (c) Ao permitir que as empresas aumentem a diversidade do produto, o que, de outra forma, seria demasiado oneroso ou não estariam em condições de fazer;
- (d) Ao permitir que as empresas melhorem as tecnologias de produção ou lancem novos produtos (tais como produtos sustentáveis), o que, de outro modo, não estariam em condições de fazer (por exemplo, devido às capacidades técnicas das partes);
- (e) Ao incentivar e permitir que as empresas adaptem as suas capacidades de produção a um súbito aumento da procura ou a uma diminuição da oferta de certos produtos, que levam a que haja um risco de escassez;
- (f) Ao dar resposta à escassez e às perturbações na cadeia de abastecimento em setores críticos da economia, permitindo que as partes reduzam a dependência

¹⁶² Secção 2.3 das presentes orientações.

de um número demasiado limitado de fornecedores de determinados produtos, serviços e tecnologias;

- (g) Ao permitir que as empresas produzam a custos mais baixos se a cooperação permitir que as partes aumentem a produção nas situações em que os custos marginais diminuem com a produção, ou seja, através de economias de escala; e
- (h) Ao proporcionar economias de custos através de economias de gama, se o acordo permitir que as partes aumentem o número de diferentes tipos de produtos.

289. Estes ganhos de eficiência podem contribuir para um mercado interno resiliente.

3.5.2. *Caráter indispensável*

290. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência proporcionados por um acordo de produção não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Por exemplo, as restrições impostas, num acordo de produção, ao comportamento concorrencial das partes no que se refere à produção fora do âmbito da cooperação não são, normalmente, consideradas indispensáveis. Da mesma forma, a fixação em conjunto dos preços não é considerada indispensável se o acordo de produção não incluir igualmente a comercialização em conjunto.

3.5.3. *Repercussão nos consumidores*

- 291. Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência, por exemplo através da redução dos preços ou do aumento da qualidade ou diversidade dos produtos.
- 292. Os ganhos de eficiência que apenas beneficiam as partes ou as economias de custos que resultam da redução da produção ou da repartição dos mercados não constituem uma base suficiente para preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
- 293. Se as partes no acordo de produção obtiverem economias a nível dos seus custos variáveis, é mais provável que as repercutam nos consumidores do que se reduzirem os seus custos fixos.
- 294. Além disso, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que estas repercutam os ganhos de eficiência nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência.

3.5.4. *Não eliminação da concorrência*

295. As condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, não se encontram preenchidas se as partes tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Tal deve ser analisado no mercado relevante a que pertencem os produtos abrangidos pela cooperação e nos eventuais mercados secundários.

3.6. **Acordos de partilha de infraestruturas móveis**

296. Na presente secção, a Comissão fornece orientações sobre um tipo específico de acordos de produção relativo a infraestruturas móveis – os acordos de partilha de

infraestruturas móveis¹⁶³. As redes de conectividade estão na base de uma economia e sociedade digitais e assumem importância para praticamente todas as empresas e consumidores. Os operadores de redes móveis cooperam frequentemente para melhorar a relação custo-eficácia da implantação das suas redes¹⁶⁴.

297. Os acordos de partilha de infraestruturas móveis são um exemplo de acordos de especialização que dizem respeito à preparação conjunta de serviços. Nos acordos de partilha de infraestruturas móveis, os operadores de redes móveis acordam em partilhar alguns elementos da infraestrutura. Podem incluir a partilha das suas infraestruturas de base dos sítios, como mastros, armários, antenas ou fontes de alimentação elétrica («partilha passiva» ou «partilha de sítios»). Os operadores de rede móveis podem também partilhar o equipamento da rede de acesso rádio («RAN») em locais como estações transceptoras de base ou nós de controlo («partilha ativa de RAN») ou o seu espetro, como as faixas de frequências («partilha de espetro»)¹⁶⁵.
298. A Comissão reconhece os potenciais benefícios dos acordos de partilha de infraestruturas móveis decorrentes da redução de custos ou da melhoria da qualidade. As reduções de custos relacionadas, por exemplo, com a implantação e a manutenção, podem beneficiar os consumidores ao reduzir os preços. A melhoria da qualidade dos serviços ou o aumento da variedade dos produtos e serviços podem resultar, por exemplo, de uma implantação mais rápida de novas redes e tecnologias, de uma maior cobertura ou de redes mais densas. A partilha de infraestruturas móveis pode também permitir o aparecimento de concorrência que, de outro modo, não existiria¹⁶⁶. A Comissão concluiu também, de um modo geral, que os operadores de redes móveis podem beneficiar de grandes redes eficientes ao celebrarem acordos de partilha de infraestruturas móveis, sem que seja necessária uma consolidação através de fusões.

¹⁶³ Há que salientar que, na presente secção, o termo «infraestruturas móveis» diz respeito à utilização das infraestruturas não só para serviços móveis, como a banda larga móvel, mas também para o fornecimento de acesso sem fios num local fixo, como o acesso fixo sem fios (*Fixed Wireless Access* – «FWA»), que é utilizado como alternativa às ligações com fios.

¹⁶⁴ O quadro regulamentar das comunicações eletrónicas define as possibilidades de partilha de infraestruturas móveis em determinadas circunstâncias muito específicas. Pode ser esse o caso, por exemplo, de zonas de menor densidade populacional em que a replicação é impraticável e em que os utilizadores finais correm o risco de ficar privados de conectividade digital. Ver também as condições previstas no artigo 61.º, n.º 4, da Diretiva (UE) 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, nos termos das quais os Estados-Membros devem assegurar que as suas autoridades competentes têm poderes para impor às empresas obrigações de partilha passiva de infraestruturas ou obrigações de celebração de acordos de acesso à itinerância localizada, bem como, excecionalmente, obrigações em matéria de partilha ativa. Ver também a Recomendação da Comissão relativa a um conjunto de instrumentos comuns a nível da União destinados a reduzir o custo da implantação de redes de capacidade muito elevada e a assegurar um acesso ao espetro de radiofrequências 5G atempado e favorável ao investimento, a fim de promover a conectividade e de a colocar ao serviço da retoma económica da União após a crise da COVID-19.

¹⁶⁵ Por último, para além de partilharem a parte da RAN da sua rede, os operadores de redes móveis podem também partilhar alguns nós das respetivas redes de base, como os centros de comutação móvel e as entidades de gestão de mobilidade.

¹⁶⁶ Por exemplo, a partilha de infraestruturas móveis pode permitir a concorrência a nível retalhista, que não existiria na ausência do acordo. Ver, por analogia, acórdão de 2 de maio de 2006, O2 (Germany)/Comissão, T-328/03, EU:T:2006:116, n.ºs 77 a 79. Este acórdão diz respeito a acordos nacionais de itinerância, mas os seus princípios podem ser aplicados, *mutatis mutandis*, aos acordos de partilha de infraestruturas móveis.

299. A Comissão considera que, em princípio, os acordos de partilha de infraestruturas móveis, incluindo uma eventual partilha do espetro, não restringem a concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, a menos que sirvam de instrumento para participar num cartel.
300. Os acordos de partilha de infraestruturas móveis podem, no entanto, dar origem a efeitos restritivos da concorrência. Podem limitar a concorrência entre infraestruturas que ocorreria na ausência do acordo¹⁶⁷. A redução da concorrência entre infraestruturas pode, por sua vez, limitar a concorrência a nível grossista e retalhista, uma vez que uma concorrência mais limitada a nível das infraestruturas poder afetar parâmetros como o número e a localização dos sítios, o calendário da implantação dos sítios, bem como a capacidade instalada em cada sítio, o que, por sua vez, pode afetar a qualidade do serviço e os preços.
301. Os acordos de partilha de infraestruturas móveis podem também reduzir de facto a independência das partes no que se refere à tomada de decisões e limitar a capacidade e os incentivos das partes para entrarem em concorrência entre si ao nível das infraestruturas. Tal pode dever-se, por exemplo, a certas condições técnicas¹⁶⁸, contratuais ou financeiras previstas no acordo¹⁶⁹. Os intercâmbios de informações entre as partes podem também ser problemáticos do ponto de vista da concorrência, em especial quando excedem o estritamente necessário para que o acordo de partilha de infraestruturas móveis seja aplicado.
302. Embora a apreciação em termos de concorrência ao abrigo do artigo 101.º deva ser sempre efetuada caso a caso¹⁷⁰, podem ser definidos princípios gerais como orientação para a realização dessa apreciação no que se refere aos vários tipos de acordos de partilha de infraestruturas móveis:
- (a) É pouco provável que a partilha passiva dê origem a efeitos restritivos da concorrência, desde que os operadores de rede mantenham um grau significativo de independência e flexibilidade na definição da sua estratégia comercial, das características dos seus serviços e dos investimentos na rede;
 - (b) É mais provável que os acordos de partilha ativa de RAN deem origem a efeitos restritivos da concorrência, uma vez que, em comparação com a partilha passiva, a partilha ativa de RAN implica provavelmente uma cooperação mais ampla sobre elementos da rede suscetíveis de afetar não só a cobertura, mas também a implantação independente da capacidade;
 - (c) Os acordos de partilha do espetro (também designados «agrupamento do espetro») constituem uma cooperação mais abrangente e podem restringir a

¹⁶⁷ Os efeitos do acordo devem ser tidos em consideração e, para que este seja proibido, é necessário constatar a presença de fatores que demonstrem que a concorrência foi, de facto, impedida, restringida ou falseada de forma sensível. A concorrência em questão deve ser entendida no contexto real em que se produziria na ausência do acordo controvertido, podendo a alteração da concorrência ser posta em dúvida, designadamente se o acordo se revelar necessário à penetração de uma empresa numa zona em que não operava. Ver acórdão no processo O2 (Germany)/Comissão, T-328/03, ECLI: EU:T:2006:116, n.º 68.

¹⁶⁸ Os acordos de partilha de infraestruturas móveis podem conduzir a situações em que uma parte bloqueia a outra parte. Por exemplo, uma parte não pode implantar determinada tecnologia numa zona servida pela outra parte.

¹⁶⁹ Por exemplo, numa situação de divisão geográfica, se as atualizações da rede forem cobradas por uma parte à outra parte a um preço superior aos custos incrementais subjacentes.

¹⁷⁰ Acórdão no processo O2 (Germany)/Comissão, T-328/03, ECLI: EU:T:2006:116, n.ºs 65 a 71.

capacidade das partes para diferenciarem ainda mais as suas ofertas retalhistas e/ou grossistas e limitar diretamente a concorrência entre elas¹⁷¹. Embora as autoridades competentes não devam impedir a partilha do espectro de radiofrequências nas condições associadas aos direitos de utilização do espectro de radiofrequências¹⁷², estes acordos devem ser analisados cuidadosamente ao abrigo do artigo 101.^o¹⁷³.

303. Ao apreciar se um acordo de partilha de infraestruturas móveis pode ter efeitos restritivos da concorrência, são relevantes vários fatores, nomeadamente:
- (a) O tipo e o nível da partilha (incluindo o grau de independência mantido pelos operadores de rede);¹⁷⁴
 - (b) O âmbito dos serviços partilhados e das tecnologias partilhadas, a duração e a estrutura criada pelos acordos;
 - (c) O âmbito geográfico e a cobertura de mercado do acordo de partilha de infraestruturas móveis (por exemplo, a cobertura da população e o facto de o acordo dizer ou não respeito a zonas com elevada densidade populacional);¹⁷⁵

¹⁷¹ Há que salientar que, na presente secção, o termo «partilha do espectro» diz apenas respeito ao tipo de acordo de partilha de infraestruturas em que dois ou mais operadores de redes móveis utilizam como recurso partilhado («agrupamento») a respetiva distribuição de espectros numa ou mais bandas de espectro. No entanto, as considerações relativas à partilha do espectro não prejudicam outros tipos de partilha de espectro, por exemplo, entre empresas não concorrentes (nomeadamente entre operadores de redes móveis e operadores de redes não móveis) que utilizam as mesmas bandas de espectro de forma dinâmica, promovendo assim a utilização eficiente de um recurso tão escasso e novas oportunidades de implantação da tecnologia 5G. Além disso, na presente secção, o termo «partilha do espectro» não deve ser confundido com a chamada «partilha dinâmica do espectro», que é uma tecnologia que permite a atribuição dinâmica dos recursos de capacidade de um operador móvel numa banda de espectro específica, a fim de permitir o funcionamento simultâneo, nessa banda de espectro, de mais de uma geração de tecnologias móveis, como as 3G, 4G e 5G.

¹⁷² Ver o disposto no artigo 47.^o, n.^o 2, do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, nos termos do qual as autoridades competentes dos Estados-Membros não devem impedir a partilha do espectro de radiofrequências nas condições associadas aos direitos de utilização do espectro de radiofrequências. Além disso, ao associarem condições aos direitos individuais de utilização do espectro de radiofrequências, as autoridades competentes podem prever a possibilidade de: a) partilha de infraestruturas passivas ou ativas; b) acordos comerciais de acesso à itinerância; c) implantação conjunta de infraestruturas para o fornecimento de redes ou serviços que se baseiam na utilização do espectro de radiofrequências.

¹⁷³ Por exemplo, um acordo de partilha de infraestruturas móveis entre dois operadores móveis que detenham quotas de mercado combinadas estáveis de 90 % e que cubra todo o território de um Estado-Membro, abranja todas as tecnologias (2G-5G), e preveja a partilha do espectro, exigirá uma investigação aprofundada com uma probabilidade presumivelmente elevada de identificar efeitos restritivos no mercado, em detrimento, em última análise, dos consumidores. No entanto, em certas circunstâncias (por exemplo, se o acordo se limitar a zonas escassamente povoadas), esses acordos podem não dar origem a efeitos restritivos desse tipo.

¹⁷⁴ Decisão da Comissão de 16 de julho de 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: acordo-quadro relativo a partilha de infraestruturas (COMP/38.369), considerando 12; Decisão da Comissão de 30 de abril de 2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited («UK Network Sharing Agreement») (COMP/38.370), considerando 11.

¹⁷⁵ Ver a posição comum do Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE) sobre a partilha de infraestruturas móveis, de 13 de junho de 2019, secção 4.2. Partilha ativa. Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão de 6 de março de 2020, Vodafone Italia/TIM/INWIT JV (M.9674) e o comunicado de imprensa que a acompanha: [Mergers: INWIT /Telecom Italia, Vodafone \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/mergers/inwits/telecom-italia-vodafone).

- (d) A estrutura e as características do mercado (quotas de mercado das partes, quantidade de espetro detido pelas partes, proximidade da concorrência entre as partes, número de operadores não abrangidos pelo acordo e grau da pressão concorrencial por eles exercida, barreiras à entrada, etc.).
304. Apesar de tal não implicar automaticamente a conformidade com o artigo 101.º, para que um acordo de partilha de infraestruturas móveis seja considerado, *prima facie*, pouco suscetível de dar origem a efeitos restritivos nos termos do artigo 101.º, tem de cumprir, no mínimo, o seguinte:
- (a) Os operadores controlam e exploram a sua própria rede de base e não existem desincentivos técnicos, contratuais, financeiros ou de outra natureza que impeçam os operadores de, se assim o desejarem, implantarem, atualizarem e inovarem individual/unilateralmente as suas infraestruturas;
 - (b) Os operadores mantêm operações independentes a nível retalhista e grossista (independência técnica, comercial e de tomada de decisões). Tal inclui a liberdade de os operadores fixarem preços para os seus serviços, determinarem os parâmetros do produto/pacote, seguirem estratégias independentes a nível do espetro e diferenciarem os seus serviços com base na qualidade e noutros parâmetros;
 - (c) Os operadores não trocam mais informações do que as estritamente necessárias para que a partilha de infraestruturas móveis funcione e foram criadas as barreiras necessárias ao intercâmbio de informações.
305. A não conformidade do acordo de partilha de infraestruturas móveis com estas condições mínimas constitui uma indicação de que o acordo de partilha de infraestruturas móveis pode ter efeitos restritivos nos termos do artigo 101.º.

3.7. Exemplos

306. Limitação direta da concorrência

Exemplo 1

Situação: As empresas A e B, dois fornecedores do produto X, decidem encerrar as suas atuais instalações de produção obsoletas e construir uma nova unidade de produção de maiores dimensões e mais eficiente, gerida por uma empresa comum, que terá uma capacidade superior à capacidade total das antigas unidades de produção das empresas A e B. Os concorrentes utilizam a plena capacidade das suas instalações e não têm quaisquer planos de expansão. As empresas A e B detêm quotas de mercado de 20 % e 25 %, respetivamente, no mercado relevante do produto X. O mercado está concentrado, estagnado, não se registou qualquer entrada recente e as quotas de mercado mantiveram-se estáveis ao longo do tempo. Os custos de produção constituem uma parte importante dos custos variáveis da empresa A e da empresa B relativamente ao produto X. A comercialização constitui uma atividade económica de menor importância em termos estratégicos e de custos comparativamente com a produção, ou seja, os custos de comercialização são baixos porque o produto é homogéneo e já se encontra estabelecido e o transporte não constitui um elemento determinante da concorrência.

Análise: O RIC Especialização não se aplica a este exemplo porque a quota de mercado combinada das partes excede 20 % no mercado relevante do produto X. Por conseguinte, seria necessário proceder a uma apreciação individual do acordo de produção.

Se as empresas A e B partilhassem a totalidade ou a maior parte dos seus custos variáveis, este acordo de produção poderia dar origem a uma limitação direta da concorrência entre as partes. Poderia levar a que as partes limitassem a produção da empresa comum em comparação com o que teriam introduzido no mercado se cada uma delas tivesse tomado decisões individuais em matéria de produção. Tendo em conta as pressões limitadas que os concorrentes exercem em termos de capacidade, esta redução da produção pode conduzir a um aumento dos preços.

Por conseguinte, é provável que a empresa comum de produção das empresas A e B desse origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, no mercado do produto X.

A substituição de duas instalações de produção obsoletas mais pequenas por uma nova unidade de produção pode levar a empresa comum a aumentar a produção e a reduzir os preços em benefício dos consumidores. No entanto, o acordo de produção só pode preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se as partes apresentarem elementos comprovativos de que os ganhos de eficiência seriam substanciais e suscetíveis de serem repercutidos nos consumidores numa medida que compensasse os efeitos restritivos da concorrência.

307. Comportamentos colusivos

Exemplo 2

Situação: Dois fornecedores, as empresas A e B, formam uma empresa comum de produção no que diz respeito ao produto Y. As empresas A e B detêm, respetivamente, uma quota de mercado de 15 % e 10 % no mercado do produto Y. Existem três outros operadores no mercado: a empresa C, com uma quota de mercado de 30 %, a empresa D, com 25 %, e a empresa E, com 20 %. A empresa B já detém uma unidade de produção conjunta com a empresa D. O produto Y é homogéneo, a tecnologia subjacente é simples e os fornecedores têm custos variáveis muito semelhantes.

Análise: O mercado caracteriza-se por um número muito reduzido de operadores com quotas de mercado semelhantes e custos de produção variáveis. A cooperação entre as empresas A e B criaria uma ligação adicional no mercado, aumentando de facto a sua concentração, uma vez que ligaria também a empresa D às empresas A e B. É provável que esta cooperação aumentasse o risco de comportamento colusivo, sendo assim suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. As condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, só podem ser preenchidas se existirem ganhos de eficiência significativos, repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência. No entanto, neste exemplo, dadas as características homogéneas do produto Y e a simplicidade da sua tecnologia subjacente, essa situação parece improvável.

308. Exclusão anticoncorrencial

Exemplo 3

Situação: As empresas A e B criaram uma empresa comum de produção para o produto intermédio X, que abrange a totalidade da produção deste produto. O produto intermédio X é o insumo principal na produção do produto final Y, e não existe outro produto para além dele que possa ser utilizado como insumo. Os custos de produção de X representam 70 % dos custos variáveis do produto final Y, relativamente ao qual as empresas A e B são concorrentes a jusante. As empresas A e

B detêm, cada uma, uma quota de 20 % no mercado do produto Y, a entrada no mercado é limitada e as quotas de mercado têm-se mantido estáveis ao longo do tempo. Além de satisfazerem as suas próprias necessidades do produto X (utilização cativa), as empresas A e B detêm, cada uma, uma quota de 40 % no mercado do produto X (vendas a terceiros). As barreiras à entrada no mercado do produto X são elevadas e os produtores existentes operam praticamente à plena capacidade. O mercado de Y conta com dois outros grandes fornecedores, cada um com uma quota de mercado de 15 %, e com vários concorrentes mais pequenos. Este acordo gera economias de custos fixos, sob a forma de redução das despesas de sede, conduzindo a economias de escala para a empresa comum.

Análise: O RIC Especialização não se aplica a este exemplo, uma vez que a quota de mercado combinada das partes excede 20 % tanto no mercado do produto intermédio X como no mercado do produto a jusante Y. Por conseguinte, seria necessário proceder a uma apreciação individual do acordo de produção.

Graças à empresa comum de produção, as empresas A e B estariam, em larga medida, em condições de controlar os fornecimentos do insumo essencial X aos seus concorrentes no mercado a jusante do produto Y. Esta situação daria às empresas A e B a capacidade de aumentar os custos dos seus concorrentes, através de um aumento artificial do preço de X ou de uma redução da produção. Poderia provocar a exclusão dos concorrentes das empresas A e B no mercado do produto Y. Devido à provável exclusão anticoncorrencial do mercado a jusante, este acordo é suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. É pouco provável que as economias de escala geradas pela empresa comum de produção compensem os efeitos restritivos da concorrência e, assim, é pouco provável que este acordo preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

309. Acordo de produção equivalente a uma repartição do mercado

Exemplo 4

Situação: As empresas A e B fabricam, cada uma, tanto o produto X como o produto Y, que pertencem a mercados de produtos distintos. A quota de mercado da empresa A no que diz respeito ao produto X é de 30 % e ao produto Y é de 10 %. A quota de mercado da empresa B no que diz respeito ao produto X é de 10 % e ao produto Y é de 30 %. Para alcançarem economias de escala na produção, as empresas A e B celebram um acordo de especialização recíproca ao abrigo do qual a empresa A apenas produzirá o produto X e a empresa B apenas produzirá o produto Y. Não efetuam fornecimentos cruzados do produto entre si e, por conseguinte, A apenas vende X e B apenas vende Y. As partes alegam que, através deste tipo de especialização, reduzem em larga medida os custos fixos devido às economias de escala e que o facto de se centrarem apenas num produto lhes permitirá melhorar as suas tecnologias de produção, proporcionando produtos de melhor qualidade.

Análise: O RIC Especialização não é aplicável, uma vez que a quota de mercado combinada das partes excede 20 % tanto no mercado do produto X como no do produto Y. Além disso, o acordo celebrado entre as empresas A e B não se encontra abrangido pela definição de acordo de especialização recíproca nos termos do RIC Especialização, uma vez que não existem fornecimentos cruzados (ou seja, não existe um acordo de compra dos produtos X e Y às empresas B e A, respetivamente, que aceitam produzi-los e fornecê-los). Por conseguinte, seria necessário proceder a uma apreciação individual do acordo de produção.

No que diz respeito aos efeitos sobre a concorrência no mercado, este acordo de produção reparte os mercados dos produtos X e Y entre as partes. Por conseguinte, este acordo restringe a concorrência por objetivo. Visto que os alegados ganhos de eficiência, sob a forma de redução dos custos fixos e de melhoria da tecnologia da produção, estão apenas relacionados com a repartição do mercado, é pouco provável que compensem os efeitos restritivos do acordo e, assim, este acordo não preenche as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. De qualquer modo, se a empresa A ou a empresa B considerarem que seriam mais eficientes se se centrassem num só produto, podem simplesmente tomar a decisão unilateral de apenas produzir X ou Y sem, simultaneamente, convencionarem que a outra empresa se dedicará à produção do outro produto.

310. Intercâmbio de informações

Exemplo 5

Situação: As empresas A e B produzem ambas Z, um produto químico de base. Z é um produto homogêneo, fabricado segundo uma norma europeia que não permite quaisquer variações do produto. Os custos de produção constituem um importante fator de custo no que se refere ao produto Z. A empresa A tem uma quota de mercado de 20 % e a empresa B de 25 % no mercado do produto Z a nível da UE. Existem no mercado quatro outros produtores do produto Z, com quotas de mercado de, respetivamente, 20 %, 15 %, 10 % e 10 %. A unidade de produção da empresa A está situada no Estado-Membro X, no Norte da Europa, enquanto a unidade de produção da empresa B está situada no Estado-Membro Y, no Sul da Europa. Embora a maioria dos clientes da empresa A esteja localizada no Norte da Europa, esta empresa tem também vários clientes no Sul da Europa. A maioria dos clientes da empresa B está localizada no Sul da Europa, mas esta empresa tem também vários clientes no Norte da Europa. Atualmente, a empresa A fornece aos seus clientes do Sul da Europa o produto Z, fabricado na sua unidade de produção situada no Estado-Membro X, transportando-o para o Sul da Europa por camião. Por seu turno, a empresa B fornece aos seus clientes do Norte da Europa o produto Z, fabricado no Estado-Membro Y, transportando-o para o Norte da Europa por camião. Os custos de transporte são bastante elevados, mas não de forma a que as entregas da empresa A no Sul da Europa e as da empresa B no Norte da Europa não sejam rentáveis.

As empresas A e B decidem que seria mais eficiente se a empresa A deixasse de efetuar o transporte do produto Z do Estado-Membro X para o Sul da Europa e se a empresa B deixasse de efetuar o transporte do produto Z do Estado-Membro Y para o Norte da Europa mas, simultaneamente, pretendem manter os seus clientes existentes. Para o conseguirem, as empresas A e B tencionam celebrar um acordo de permuta que lhes permita comprar um volume convencionado anualmente do produto Z junto da unidade de produção da outra parte, tendo em vista vendê-lo aos seus clientes que se encontram mais próximos da unidade de produção da outra parte. A fim de calcular um preço de compra que não favoreça uma parte em detrimento da outra e que tome devidamente em consideração os diferentes custos de produção das partes e as diferentes economias em custos de transportes, e para garantir que ambas as partes podem obter uma margem adequada, decidem divulgar entre si os principais custos do produto Z (ou seja, custos de produção e de transporte).

Análise: O facto de as empresas A e B – que são concorrentes – permutarem partes da sua produção não suscita, em si, preocupações em matéria de concorrência. No entanto, o acordo prevê igualmente o intercâmbio de dados das partes relativos aos

custos de produção e transporte do produto Z. Por outro lado, as empresas A e B detêm uma forte posição de mercado combinada num mercado consideravelmente concentrado, relativamente a um produto de base homogéneo. Por conseguinte, devido ao amplo intercâmbio de informações sobre um parâmetro fundamental da concorrência relativamente ao produto Z, é provável que o acordo de permuta entre as empresas A e B dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, visto que pode levar à adoção de um comportamento colusivo. Mesmo que o acordo dê origem a ganhos de eficiência significativos sob a forma de economias de custos para as partes, as restrições da concorrência geradas pelo acordo não são indispensáveis para os alcançar. As partes podem obter economias de custos semelhantes adotando uma fórmula de cálculo do preço que não implique a divulgação dos respetivos custos de produção e de transporte. Consequentemente, tal como descrito, o acordo de permuta não preenche as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

4. ACORDOS DE COMPRA

4.1. Introdução

311. O presente capítulo trata dos acordos que dizem respeito à compra de produtos por várias empresas em conjunto. A compra em conjunto pode realizar-se através de uma empresa controlada conjuntamente, de uma empresa em que várias empresas detêm participações não maioritárias, de uma cooperativa ou de uma cooperativa de cooperativas, através de um contrato ou através de formas de cooperação ainda mais flexíveis, por exemplo um comprador ou negociador em representação de um grupo de compradores (em conjunto designados «mecanismos de compra em conjunto»).
312. Os mecanismos de compra em conjunto podem ser encontrados em diversos setores económicos e implicam o agrupamento das atividades de compra. Podem consistir no agrupamento das compras efetivas através do mecanismo de compra em conjunto. Podem igualmente limitar-se à negociação conjunta do preço de compra, de determinados elementos do preço ou de outras condições, deixando as compras efetivas, realizadas em conformidade com o preço e as condições negociadas em conjunto, a cargo dos seus membros individuais. Um mecanismo de compra em conjunto pode também incluir atividades adicionais, como a distribuição, o controlo da qualidade e o armazenamento em conjunto, evitando a duplicação dos custos de entrega. Consoante o setor, o comprador pode consumir os produtos ou utilizá-los como insumos para as suas próprias atividades, por exemplo, como fonte de energia ou fertilizante. Os grupos de potenciais licenciados também podem negociar em conjunto acordos de concessão de licenças de patentes essenciais a normas com os licenciantes, com o objetivo de incorporar essa tecnologia nos seus produtos (por vezes designados «grupos de negociação de licenças»). No setor da distribuição, os compradores podem limitar-se a revender os produtos, como, por exemplo, produtos de grande consumo, eletrónica de consumo ou outros bens de consumo. Estes últimos grupos de compradores constituídos por retalhistas independentes, cadeias retalhistas ou grupos de retalhistas são geralmente designados «alianças de retalhistas»¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Ver Colen, L., Bouamra-Mechemache, Z., Daskalova, V., Nes, K., *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Comissão Europeia, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271.

313. Os acordos de compra em conjunto visam normalmente a criação de um certo poder de compra face aos grandes fornecedores, que os membros individuais do mecanismo de compra em conjunto não conseguiriam alcançar se atuassem separadamente em vez de atuarem em conjunto. Por conseguinte, a sua apreciação centra-se principalmente no mercado de compra em que o mecanismo de compra em conjunto acumula o poder de compra dos seus membros e negocia com os fornecedores ou compra a estes fornecedores. O poder de compra de um mecanismo de compra em conjunto pode conduzir a preços mais baixos, a uma maior variedade ou a uma melhor qualidade dos produtos ou serviços para os consumidores. As empresas também podem participar em acordos de compra em conjunto, se tal lhes permitir evitar situações de escassez ou fazer face a perturbações na produção de certos produtos, evitando assim interrupções na cadeia de abastecimento. No entanto, o poder de compra pode igualmente, nalgumas circunstâncias, suscitar preocupações em matéria de concorrência, tal como especificado *infra* na secção 4.2.3.
314. Os mecanismos de compra em conjunto podem implicar tanto acordos horizontais como verticais. Nestes casos, é necessária uma análise em duas fases. Em primeiro lugar, os acordos horizontais entre empresas concorrentes que efetuam compras em conjunto ou as decisões adotadas pelas associações de empresas devem ser apreciados segundo os princípios descritos nas presentes orientações. Se essa apreciação levar à conclusão de que o mecanismo de compra em conjunto não suscita preocupações em matéria de concorrência, será necessária uma nova apreciação para analisar os acordos verticais relevantes celebrados entre o mecanismo de compra em conjunto e um membro individual desse mecanismo e entre o mecanismo de compra em conjunto e os fornecedores. Esta última apreciação será efetuada em conformidade com as regras previstas no Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais e nas Orientações relativas às restrições verticais. Os acordos verticais não abrangidos pelo Regulamento de isenção por categoria vertical não são, à partida, considerados ilegais, mas exigem uma análise individual.

4.2. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

4.2.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

315. Os acordos de compra podem dar origem a efeitos restritivos da concorrência no(s) mercado(s) de compra a montante e/ou no(s) mercado(s) de venda a jusante, sob a forma de aumento dos preços, diminuição da produção e da qualidade ou variedade dos produtos, repartição do mercado ou exclusão anticoncorrencial de outros eventuais compradores.

4.2.2. Restrições da concorrência por objetivo

316. Regra geral, os acordos de compra em conjunto não constituem uma restrição da concorrência por objetivo se disserem verdadeiramente respeito à compra em conjunto, ou seja, se o mecanismo de compra em conjunto implicar a negociação e a celebração coletivas de um acordo, em nome dos seus membros, com um determinado fornecedor, de uma ou mais condições comerciais. Tais acordos devem distinguir-se dos cartéis de compradores, ou seja, acordos ou práticas concertadas entre dois ou mais compradores que visem:
- (a) Coordenar o comportamento concorrencial individual desses compradores no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como, por exemplo, mas não exclusivamente, a fixação ou coordenação dos preços de compra ou de partes desses preços (incluindo

acordos de fixação de salários ou acordos para o não pagamento de um preço respeitante a um produto) ou outras condições comerciais, a atribuição de quotas de compra, a repartição de mercados e fornecedores; e

- (b) Influenciar as negociações individuais desses compradores com fornecedores ou as compras individuais a fornecedores, por exemplo através da coordenação das estratégias de negociação de preços dos compradores ou de trocas de informações sobre a situação dessas negociações com os fornecedores.
317. Os cartéis de compradores têm por objetivo a distorção do processo de concorrência no mercado interno¹⁷⁷, em violação do disposto no artigo 101.º, n.º 1, alínea a)¹⁷⁸. Num cartel de compradores, os compradores coordenam o seu comportamento entre si, tendo em vista a respetiva interação individual com o fornecedor no mercado de compra. Se os compradores negociarem individualmente com os fornecedores, tomam as suas próprias decisões de compra independentemente uns dos outros, sem eliminar a incerteza estratégica entre eles através de acordos e práticas concertadas ou do reforço artificial da transparência no que respeita ao seu comportamento futuro no mercado. Não é manifestamente esse o caso quando os compradores fixam primeiro o preço de compra entre si e, posteriormente, cada um dos compradores negocia e compra individualmente ao fornecedor.
318. Pode também existir um cartel de compradores se os compradores acordarem em trocar entre si informações sensíveis do ponto de vista comercial sobre as suas intenções de compra ou negociações individuais com os fornecedores, fora de um verdadeiro mecanismo de compra em conjunto que interaja coletivamente, em nome dos seus membros, com os fornecedores¹⁷⁹. Trata-se, em especial, das trocas de informações entre compradores sobre os preços de compra (preços máximos, descontos mínimos e outros aspetos relacionados com preços) a pagar, condições, fontes de abastecimento (tanto em termos de fornecedores como de territórios), volumes e quantidades, qualidade ou outros parâmetros de concorrência (por exemplo, calendário, entrega e inovação).
319. A seguinte lista não exaustiva de fatores pode ajudar as empresas a apreciarem se o acordo no qual são partes, juntamente com outros compradores, constitui ou não um cartel de compradores. Estes fatores têm de ser apreciados caso a caso:
- (a) O mecanismo de compra em conjunto deixou bem claro aos fornecedores que negocia em conjunto e vincula os seus membros quanto às condições das suas compras individuais, ou que compra em conjunto em nome dos seus membros. Não é necessário que o mecanismo de compra em conjunto divulgue a identidade exata dos seus membros, em especial se se tratar de pequenas ou médias empresas que interagem com grandes fornecedores. No entanto, o conhecimento indireto do mecanismo de compra em conjunto por parte dos

¹⁷⁷ Acórdão de 7 de novembro de 2019, Campine, T-240/17, EU:C:2019:778, n.º 297.

¹⁷⁸ Ver acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 37; acórdão de 13 de dezembro de 2006, Carne de bovino francesa, processos apensos T-217/03 e T-245/03, EU:T:2006:391, n.ºs 83 e seguintes.

¹⁷⁹ Ver o capítulo 6 relativo ao intercâmbio de informações, e, em especial, a secção 6.2.6, que também se aplica ao intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial entre compradores.

fornecedores, por exemplo através de terceiros ou de comunicados de imprensa, não será, provavelmente, considerado suficiente¹⁸⁰.

- (b) As partes no mecanismo de compra em conjunto definiram a forma, o âmbito e o modo de funcionamento da sua cooperação num acordo escrito, de modo a que a sua conformidade com o artigo 101.º, n.º 1, possa ser analisada *ex post* e verificada em função da aplicação efetiva do mecanismo de compra em conjunto. No entanto, um acordo escrito não pode proteger o acordo de um controlo à luz do direito da concorrência.
320. Desde que afete as trocas comerciais entre os Estados-Membros, um cartel de compradores constitui, pela sua natureza e independentemente de quaisquer efeitos concretos que possa ter, uma restrição sensível da concorrência¹⁸¹. Por conseguinte, contrariamente à apreciação dos mecanismos de compra em conjunto, a apreciação dos cartéis de compradores não exige uma definição do(s) mercado(s) relevante(s), que seja tida em consideração a posição dos compradores no mercado de compra a montante, nem que se analise se estes concorrem no mercado de venda a jusante.
321. Os mecanismos de compra em conjunto podem igualmente conduzir a uma restrição da concorrência por objetivo se servirem de instrumento para participar num cartel dissimulado, ou seja, um acordo entre compradores que fixa os preços, limita a produção ou reparte os mercados ou os clientes no(s) mercado(s) de venda a jusante.
322. Um mecanismo de compra em conjunto entre um grupo de compradores que vise excluir um concorrente efetivo ou potencial do mesmo nível do mercado de venda é considerado um boicote coletivo e constitui igualmente uma restrição da concorrência por objetivo.
- 4.2.3. *Efeitos restritivos da concorrência*
323. Os mecanismos de compra em conjunto mediante os quais os compradores interagem em conjunto com os fornecedores devem ser analisados, no que se refere aos seus efeitos prováveis ou efetivos na concorrência, em função do respetivo contexto jurídico e económico. A análise dos efeitos restritivos da concorrência gerados por um mecanismo de compra em conjunto deve abranger os efeitos negativos tanto no(s) mercado(s) de compra, em que o mecanismo de compra em conjunto interage com os fornecedores, como no(s) mercado(s) de venda, em que as partes no mecanismo de compra em conjunto podem concorrer na qualidade de vendedores.
324. No entanto, normalmente, os mecanismos de compra em conjunto são menos suscetíveis de suscitar preocupações em matéria de concorrência quando as partes não detêm poder de mercado no(s) mercado(s) de venda.
325. Certas restrições contratuais impostas aos membros de um mecanismo de compra em conjunto podem não restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, e ter inclusivamente efeitos benéficos sobre a concorrência, quando se limitam ao que é objetivamente necessário para assegurar o bom funcionamento do mecanismo e para

¹⁸⁰ No entanto, o sigilo não é um requisito para que se conclua pela existência de um cartel de compradores. A Comissão aplicou sanções a cartéis de compradores que não funcionavam de um modo inteiramente sigiloso, tendo, pelo menos, começado de forma relativamente transparente. Ver Decisão 2003/600/CE da Comissão, de 2 de abril de 2003, Carnes de bovino francesas (JO L 209 de 19.8.2003, p. 12).

¹⁸¹ Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, n.º 37.

exercer o seu poder de compra em relação aos fornecedores¹⁸². Isto aplica-se, por exemplo, a uma proibição de as partes num mecanismo de compra em conjunto participarem noutros mecanismos concorrentes, na medida em que tal possa comprometer as suas operações e o seu poder de compra. Em contrapartida, as obrigações de compra exclusiva, nos termos das quais os membros de um mecanismo de compra em conjunto são obrigados a comprar a totalidade ou a maior parte das suas necessidades através do mecanismo, podem ter efeitos negativos sobre a concorrência e exigir uma apreciação à luz dos efeitos globais do mecanismo de compra em conjunto.

4.2.3.1. Mercados relevantes

326. Os mecanismos de compra em conjunto podem afetar dois mercados: em primeiro lugar, o(s) mercado(s) diretamente abrangidos pelo mecanismo de compra em conjunto, isto é, o(s) mercado(s) de compra relevante(s) onde as partes negociam com os fornecedores ou compram a estes fornecedores. Em segundo lugar, o(s) mercado(s) de venda, isto é, o(s) mercado(s) a jusante em que as partes no mecanismo de compra em conjunto desenvolvem atividades enquanto vendedores.
327. A definição dos mercados de compra relevantes segue os princípios constantes da Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado e em quaisquer orientações futuras relativas à definição de mercados relevantes para efeitos do direito da concorrência da União, e baseia-se no conceito de substituíbilidade para identificar as pressões concorrenciais. A única diferença em relação à definição dos «mercados de venda» consiste no facto de a substituíbilidade ter de 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 pressões concorrenciais exercidas sobre os compradores. Estas alternativas podem, por exemplo, ser analisadas através da reação dos fornecedores a uma diminuição dos preços reduzida, mas duradoura. Uma vez definido o mercado, a quota de mercado será igual à percentagem que as compras das partes em causa representam em relação às vendas totais do(s) produto(s) comprado(s) no mercado relevante.
328. Se as partes forem, além disso, concorrentes num ou em vários mercados de venda, estes mercados consideram-se igualmente mercados relevantes para efeitos da apreciação. Os mercados de venda devem ser definidos aplicando a metodologia descrita na Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado e em quaisquer orientações futuras relativas à definição de mercados relevantes para efeitos do direito da concorrência da União.

4.2.3.2. Poder de mercado

329. Não existe qualquer limiar absoluto acima do qual se possa presumir que as partes num mecanismo de compra em conjunto detêm poder de mercado, e que, por conseguinte, o mecanismo de compra em conjunto é suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Contudo, na maior parte dos casos, é pouco provável que exista poder de mercado se as partes no mecanismo de compra em conjunto detiverem uma quota de mercado combinada não superior a 15 % no(s) mercado(s) de compra, bem como uma quota de mercado combinada não superior a 15 % no(s) mercado(s) de venda. De qualquer forma, se a quota de mercado combinada das partes não for superior a 15 % no(s) mercado(s) de

¹⁸² Ver acórdão de 15 de dezembro de 1994, Gøttrup-Klim, C-250/92, EU:C:1994:413, n.º 34.

compra e de venda, é provável que as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem preenchidas.

330. Uma quota de mercado superior a esse limiar num ou em ambos os mercados não indica necessariamente que o mecanismo de compra em conjunto é suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência. Um mecanismo de compra em conjunto com uma quota de mercado combinada superior a esse limiar exige uma apreciação aprofundada dos seus efeitos no mercado, incidindo nomeadamente, mas não de forma exclusiva, em fatores como a concentração do mercado, uma apreciação das margens de lucro e da existência eventual de um poder de compensação a nível dos fornecedores mais importantes.
331. Se as partes no mecanismo de compra em conjunto detiverem um poder de compra significativo no mercado de compra, existe o risco de poderem prejudicar a concorrência a montante, o que, em última análise, pode também prejudicar a concorrência para os consumidores a jusante. Por exemplo, o poder de compra exercido em conjunto pode prejudicar os incentivos ao investimento e obrigar os fornecedores a reduzir a variedade ou a qualidade dos produtos que produzem. Tal pode ter efeitos restritivos da concorrência, tais como a redução da qualidade, a diminuição dos esforços de inovação ou, em última análise, uma limitação da oferta.
332. O risco de um mecanismo de compra em conjunto poder desincentivar os investimentos ou as inovações que beneficiem os consumidores pode ser mais elevado para os grandes compradores que, em conjunto, representam uma grande parte das compras – em especial quando negociam com pequenos fornecedores. Esses fornecedores podem ser particularmente vulneráveis a uma redução dos lucros através de um mecanismo de compra em conjunto com uma quota de mercado significativa no(s) mercado(s) de compra, especialmente se os pequenos fornecedores tiverem realizado investimentos específicos para abastecer os membros de um mecanismo de compra em conjunto. É menos provável que ocorram efeitos restritivos da concorrência se os fornecedores detiverem um poder de compensação do vendedor significativo (que não equivale necessariamente a uma posição dominante) no(s) mercado(s) de compra, por exemplo, porque vendem produtos ou serviços de que os compradores necessitam para concorrer no(s) mercado(s) de venda a jusante.
333. Por exemplo, um acordo entre os membros de um mecanismo de compra em conjunto para deixar de comprar produtos a determinados fornecedores por esses produtos não serem sustentáveis, uma vez que o mecanismo de compra pretende comprar apenas produtos sustentáveis, pode levar a uma restrição da concorrência em termos de preços e de escolha. Tendo em conta o seu conteúdo, objetivos e contexto jurídico e económico¹⁸³, esse acordo não tem, em princípio, por objetivo excluir do mercado de compra os fornecedores que produzem produtos não sustentáveis. Nestas condições, os efeitos restritivos sobre a concorrência de um mecanismo de compra em conjunto que pretenda adquirir apenas produtos sustentáveis devem ser apreciados tendo em conta, nomeadamente, a natureza dos produtos, a posição dos compradores no mercado e a posição dos fornecedores no mercado. Neste contexto, será relevante ter em consideração se os fornecedores em causa têm outros clientes que não os que participam no mecanismo de compra em

¹⁸³

Ver a secção 1.2.4 *supra*.

conjunto (incluindo clientes noutros mercados) ou se podem decidir facilmente começar a produzir também produtos sustentáveis.

334. O poder de compra das partes no mecanismo de compra em conjunto pode também ser utilizado para excluir compradores concorrentes do mercado de compra, limitando o seu acesso a fornecedores eficientes, e exige uma apreciação dos efeitos restritivos do mecanismo sobre a concorrência. É mais provável que isto aconteça se o número de fornecedores for reduzido e existirem barreiras à entrada do lado da oferta no mercado de compra a montante. Em contrapartida, um mecanismo de compra em conjunto entre um grupo de compradores que vise excluir um concorrente efetivo ou potencial do mesmo nível do mercado de venda é considerado um boicote coletivo e constitui uma restrição da concorrência por objetivo.
335. Se as partes num mecanismo de compra em conjunto forem concorrentes efetivos ou potenciais a jusante, os seus incentivos para concorrerem a nível dos preços no(s) mercado(s) de venda a jusante podem ser consideravelmente reduzidos se adquirirem uma parte significativa dos seus produtos em conjunto. Em primeiro lugar, se as partes detiverem, em conjunto, um poder de mercado significativo no(s) mercado(s) de venda (o que não equivale necessariamente a uma posição dominante), os preços de compra mais baixos obtidos pelo mecanismo de compra em conjunto podem ser menos suscetíveis de serem repercutidos nos consumidores. Em segundo lugar, quanto maior for a quota de mercado combinada dos compradores no mercado de venda a jusante, maior é o risco de a coordenação das compras a montante poder também conduzir a uma coordenação das vendas a jusante. Este risco é particularmente elevado se o mecanismo de compra em conjunto limitar (ou desincentivar) a capacidade dos seus membros para adquirirem, de forma independente, volumes adicionais dos insumos no mercado de compra, tanto através do mecanismo de compra em conjunto como fora do seu âmbito. A obrigação de os membros de um mecanismo de compra em conjunto adquirirem a totalidade ou a maior parte das suas necessidades através do mecanismo exige uma apreciação dos efeitos restritivos da concorrência. Esta apreciação deve ter em conta, nomeadamente, o alcance da obrigação, a quota de mercado do mecanismo de compra em conjunto no mercado de venda e o grau de concentração dos fornecedores no mercado de compra, bem como se essa obrigação é necessária para assegurar que o mecanismo dispõe de uma posição negocial suficientemente forte em relação aos fornecedores mais importantes.
336. Ao analisar se as partes num mecanismo de compra em conjunto detêm poder de compra, o número e a intensidade das ligações (por exemplo, outros acordos de compra) entre os concorrentes no mercado de compra constituem fatores relevantes para a apreciação.
337. No entanto, se os compradores concorrentes que cooperam não desenvolverem atividades no mesmo mercado de venda relevante (por exemplo, retalhistas que desenvolvem atividades em mercados geográficos diferentes e não podem ser considerados concorrentes potenciais), o mecanismo de compra em conjunto é menos suscetível de ter efeitos restritivos da concorrência no mercado de venda. Este mecanismo de compra em conjunto composto por membros que não desenvolvem atividades no mesmo mercado de venda pode, no entanto, ser mais suscetível de gerar efeitos restritivos da concorrência se estes detiverem uma posição suficientemente significativa nos mercados de compra para prejudicar o processo concorrencial em relação aos outros operadores nos mercados de compra (por exemplo, reduzindo significativamente os incentivos ao investimento a montante).

4.2.3.3. Comportamento colusivo

338. Os mecanismos de compra em conjunto podem levar à adoção de um comportamento colusivo se facilitarem a coordenação do comportamento das partes no mercado de venda em que existam concorrentes efetivos ou potenciais. Pode ser esse o caso, em especial, se a estrutura de mercado no mercado de venda for propícia à colusão (por exemplo, porque o mercado está concentrado e apresenta um grau significativo de transparência). Um comportamento colusivo é também mais provável se o mecanismo de compra em conjunto incluir um número significativo de empresas no mercado de venda e não se limitar à mera negociação conjunta das condições de compra (por exemplo, definindo os volumes de compra dos seus membros), limitando assim significativamente a possibilidade de as partes no mecanismo concorrerem no mercado de venda.
339. A colusão também pode ser facilitada se as partes conseguirem partilhar uma grande parte dos seus custos através da compra em conjunto, desde que disponham de poder de mercado no mercado de venda e que as características do mercado sejam propícias à coordenação.
340. É mais provável que se verifiquem efeitos restritivos da concorrência se as partes no mecanismo de compra em conjunto partilharem uma elevada proporção dos seus custos variáveis no mercado de venda. É, por exemplo, o que acontece se os retalhistas que desenvolvem atividades no(s) mesmo(s) mercado(s) retalhista(s) relevante(s) comprarem em conjunto quantidades importantes dos produtos que propõem para revenda. Tal pode igualmente acontecer se os fabricantes e os vendedores concorrentes de um produto final comprarem em conjunto uma parte importante dos seus insumos.
341. A aplicação de um mecanismo de compra em conjunto pode implicar o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial, como informações sobre preços de compra (ou parte deles) e volumes. O intercâmbio deste tipo de informações pode favorecer a coordenação no que se refere aos preços de venda e à produção, dando assim origem à adoção de um comportamento colusivo nos mercados de venda. Os efeitos secundários decorrentes do intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial podem ser minimizados, por exemplo, se os dados forem recolhidos através do mecanismo de compra em conjunto e não forem transmitidos às partes no mecanismo, implementando medidas técnicas ou práticas para proteger a confidencialidade. Por outro lado, a participação de uma empresa em vários mecanismos de compra em conjunto não deve levar ao intercâmbio anticoncorrencial de informações ou a outros tipos de coordenação entre os diferentes mecanismos de compra.
342. Os eventuais efeitos sobre a concorrência decorrentes do intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial serão apreciados à luz dos efeitos globais do mecanismo de compra em conjunto, desde que esses intercâmbios sejam necessários para o funcionamento do mecanismo de compra em conjunto. A apreciação das probabilidades de um intercâmbio de informações, no contexto de um mecanismo de compra em conjunto, dar origem a efeitos restritivos da concorrência deve também ser efetuada com base nas orientações fornecidas no capítulo 6. Se o intercâmbio de informações não exceder a partilha dos dados necessários para a compra em conjunto dos produtos através do mecanismo de compra em conjunto, mesmo que as informações trocadas produzam efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, é mais provável que o acordo preencha as condições previstas no

artigo 101.º, n.º 3, do que se o intercâmbio for para além do que é necessário para realizar a compra em conjunto.

343. Ao negociar condições com os fornecedores, um mecanismo de compra em conjunto pode ameaçar os fornecedores de que vai abandonar as negociações ou de que vai temporariamente deixar de comprar, a menos que lhe sejam oferecidas melhores condições ou preços mais baixos. Essas ameaças fazem frequentemente parte de um processo de negociação e podem implicar ações coletivas por parte dos compradores quando as negociações são conduzidas por um mecanismo de compra em conjunto. Nas suas negociações com os compradores, os fornecedores mais fortes podem recorrer a ameaças semelhantes, ameaçando que vão deixar de negociar ou de fornecer produtos. Normalmente, essas ameaças não constituem uma restrição da concorrência por objetivo e os eventuais efeitos negativos dessas ameaças coletivas não serão apreciados separadamente, mas sim à luz dos efeitos globais do mecanismo de compra em conjunto. Um exemplo dessas ameaças de negociação consiste no facto de os membros de uma aliança de retalhistas interromperem temporariamente as encomendas de determinados produtos, selecionados individualmente por cada um dos membros para as suas próprias lojas, a um fornecedor, durante as negociações sobre as condições do seu futuro acordo de fornecimento¹⁸⁴. Essas interrupções temporárias podem resultar na indisponibilidade, nas prateleiras dos retalhistas, dos produtos selecionados pelos membros da aliança, durante um período de tempo limitado, ou seja, até que a aliança de retalhistas e o fornecedor acordem as condições dos futuros fornecimentos.

4.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

4.3.1. Ganhos de eficiência

344. Os mecanismos de compra em conjunto podem dar origem a ganhos de eficiência significativos. Podem, em especial, dar origem a economias de custos, como a redução dos preços de compra ou dos custos de transação, transporte e armazenamento, proporcionando assim economias de escala. Podem, além disso, dar lugar a ganhos de eficiência qualitativos, levando os fornecedores a inovar e a introduzir produtos novos ou melhorados no mercado. Estas eficiências qualitativas podem beneficiar os consumidores, reduzindo as dependências e evitando a escassez, através de cadeias de abastecimento mais resilientes, e contribuindo para um mercado interno mais resiliente.

4.3.2. Carácter indispensável

345. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência proporcionados por um acordo de compra não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. A obrigação de comprar ou negociar exclusivamente através de um mecanismo de compra em conjunto pode, em certos casos, revelar-se indispensável para atingir o grau de poder de compra ou o volume necessários à realização de economias de escala. No entanto, essa obrigação deve ser apreciada no contexto de cada caso.

¹⁸⁴ As interrupções temporárias, por parte dos retalhistas, das encomendas de certos produtos aos fornecedores, devem distinguir-se da chamada «deslistagem», ou seja, uma medida através da qual um retalhista retira de forma permanente da sua lista determinados produtos de um fornecedor e cede o espaço correspondente nas suas prateleiras.

4.3.3. *Repercussão nos consumidores*

346. Os ganhos de eficiência, tais como os ganhos de eficiência de compra que reduzem custos ou os ganhos de eficiência qualitativos que consistem na introdução de produtos novos ou melhorados no mercado, obtidos através de restrições indispensáveis, devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência causados pelo mecanismo de compra em conjunto. Por conseguinte, as economias de custos ou outros ganhos de eficiência que apenas beneficiam as partes no mecanismo de compra em conjunto não são suficientes. Pelo contrário, as economias de custos têm de ser repercutidas nos próprios clientes das partes, ou seja, nos consumidores. No que se refere, por exemplo, aos custos de compra mais baixos, a repercussão pode ocorrer através de preços mais baixos no(s) mercado(s) de venda.
347. Normalmente, as empresas têm um incentivo para repercutir nos seus próprios clientes pelo menos uma parte da redução dos custos variáveis. O aumento da margem de lucro resultante da redução dos custos variáveis proporciona às empresas um incentivo comercial significativo para expandir a sua produção através da redução dos preços. No entanto, os membros de um mecanismo de compra em conjunto que, conjuntamente, detêm um poder de mercado significativo no(s) mercado(s) de venda, podem ter menos tendência para repercutir a redução dos custos variáveis nos consumidores. Além disso, é pouco provável que a mera redução dos custos fixos (como os pagamentos de montante fixo por parte dos fornecedores) seja repercutida nos consumidores, uma vez que, normalmente, não incentiva as empresas a expandir a produção. Por conseguinte, é necessária uma apreciação cuidadosa do mecanismo específico de compra em conjunto para apreciar se este gera um incentivo económico para expandir a produção e, por conseguinte, repercutir a redução dos custos ou os ganhos de eficiência¹⁸⁵. Por último, a redução dos preços de venda para os consumidores é particularmente improvável se o mecanismo de compra em conjunto limitar (ou desincentivar) a capacidade dos seus membros para adquirirem, de forma independente, volumes adicionais, tanto através do mecanismo de compra em conjunto como fora do seu âmbito. Com efeito, os mecanismos de compra em conjunto que limitam as encomendas independentes de volumes adicionais por parte dos seus membros constituem um incentivo para aumentar os preços de venda, uma vez que a limitação conjunta da compra de insumos também poder ter o efeito de limitar o volume de vendas no(s) mercado(s) de venda.

4.3.4. *Não eliminação da concorrência*

348. As condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, não se encontram preenchidas se as partes tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Esta apreciação deve incidir simultaneamente nos mercados de compra e nos mercados de venda.

4.4. **Exemplos**

349. Cartel de compradores

¹⁸⁵ Por exemplo, embora um desconto possa revestir a *forma* contratual de um pagamento de montante fixo, pode efetivamente estar dependente de o comprador atingir ou não determinados objetivos de vendas esperados na altura de renegociar o contrato, no ano seguinte.

Exemplo 1

Situação: Muitas pequenas empresas recolhem telemóveis usados através de pontos de venda a retalho, onde são devolvidos no momento da aquisição de um novo telemóvel. Estes operadores de recolha vendem telemóveis usados a empresas de reciclagem que procedem à extração de matérias-primas valiosas, como o ouro, a prata e o cobre, para reutilização como alternativa mais sustentável à exploração mineira artesanal. Cinco empresas de reciclagem, que representam 12 % do mercado de compra de telemóveis usados, concordam com um preço de compra máximo comum por telefone. Estas cinco empresas de reciclagem também se mantêm mutuamente informadas sobre as discussões em matéria de preços que realizam individualmente com os operadores de recolha de telemóveis usados, sobre as ofertas que lhes são feitas e sobre o preço que aceitam pagar por telefone aos operadores de recolha.

Análise: As cinco empresas de reciclagem fazem todas parte de um cartel de compradores. Cada uma negocia e compra, de forma individual, aos operadores de recolha de telemóveis. Não existe qualquer mecanismo de compra em conjunto que represente, conjuntamente, os compradores, na compra ou nas negociações com os operadores de recolha. Independentemente da quota de mercado relativamente pequena que as empresas de reciclagem detêm no mercado da compra de resíduos eletrónicos, o acordo entre elas pode ser considerado uma restrição da concorrência por objetivo e não exige uma definição de mercado nem uma apreciação dos seus efeitos potenciais no mercado.

350. Negociação conjunta por parte uma aliança europeia de retalhistas

Exemplo 2

Situação: Uma aliança europeia de retalhistas, que tem como membros sete grandes cadeias retalhistas, cada uma de um Estado-Membro diferente, negocia, em conjunto, com o fabricante de uma grande marca de produtos de confeitaria, algumas condições adicionais para o seu futuro acordo de fornecimento. A aliança tem uma quota de mercado não superior a 18 % em cada mercado de compra relevante de produtos de confeitaria, e cada um dos seus membros tem uma quota de mercado compreendida entre 15 % e 20 % nos mercados retalhistas do respetivo Estado-Membro. As negociações incluem, nomeadamente, um desconto adicional sobre o preço normal de catálogo do fabricante, em contrapartida de determinados serviços promocionais que abrangem os sete Estados-Membros onde os membros da aliança desenvolvem atividades no mercado de venda. Ambas as partes negociam aguerridamente para obter o melhor acordo possível. No decurso das negociações, para aumentar a pressão, a aliança de retalhistas ameaça e, subsequentemente, decide deixar temporariamente de encomendar determinados produtos ao fabricante. Na execução desta decisão, cada membro da aliança decide individualmente que produtos do fabricante pretende deixar de encomendar enquanto durar o impasse nas negociações. Finalmente, após outra ronda de negociações, o fabricante e a aliança chegam a acordo sobre o desconto adicional que será aplicável às aquisições individuais subsequentes por parte dos seus membros, e estes retomam as suas encomendas de toda a gama de produtos do fabricante.

Análise: A aliança europeia de retalhistas pode ser considerada um mecanismo de compra em conjunto, ainda que apenas negocie conjuntamente, em nome dos seus

membros, com o fabricante, determinadas condições, com base nas quais os membros comprem individualmente as quantidades de que necessitam. As cadeias retalhistas nacionais que são membros da aliança não desenvolvem atividades nos mesmos mercados de venda. Por conseguinte, o mecanismo de compra em conjunto é menos suscetível de ter efeitos restritivos da concorrência a jusante, na medida em que enfrenta uma pressão concorrencial suficiente por parte de retalhistas concorrentes. Quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência do desconto adicional em relação aos fabricantes a montante (por exemplo, em termos de inovação por parte dos fornecedores) devem ser apreciados à luz dos efeitos globais do mecanismo de compra em conjunto. A suspensão temporária das encomendas não parece prejudicar os consumidores a curto prazo, na medida em que estes podem comprar os mesmos produtos ou produtos suscetíveis de substituição a outros retalhistas concorrentes, e pode beneficiar os consumidores a longo prazo através da redução dos preços.

351. Compra em conjunto por pequenas empresas com quotas de mercado combinadas moderadas

Exemplo 3

Situação: 150 pequenos retalhistas celebram um acordo para constituir um mecanismo de compra em conjunto. São obrigados a comprar um volume mínimo através do mecanismo, que equivale a cerca de 50 % dos seus custos totais respetivos. Os retalhistas podem comprar mais do que o volume mínimo através do mecanismo, e podem igualmente comprar fora do âmbito da cooperação. Detêm uma quota de mercado combinada de 23 %, tanto no mercado de compra como no mercado de venda. A empresa A e a empresa B são dois grandes concorrentes dos membros do mecanismo de compra em conjunto. A empresa A detém uma quota de mercado de 25 %, tanto no mercado de compra como no mercado de venda, e a empresa B de 35 %. Não existem barreiras suscetíveis de impedir os restantes concorrentes de menores dimensões de constituírem igualmente um mecanismo de compra em conjunto. Os 150 retalhistas obtêm economias de custos significativas devido ao facto de comprarem conjuntamente através do mecanismo de compra em conjunto.

Análise: Os retalhistas detêm uma posição de mercado moderada nos mercados de compra e de venda. Além disso, a cooperação dá origem a algumas economias de escala. Apesar de os retalhistas registarem um nível elevado de custos partilhados, é pouco provável que detenham poder de mercado no mercado de venda, devido à presença no mercado das empresas A e B, que são ambas, individualmente, maiores do que o mecanismo de compra em conjunto. Por conseguinte, é pouco provável que os retalhistas coordenem o seu comportamento e adotem um comportamento colusivo. Assim, é pouco provável que a criação do mecanismo de compra em conjunto dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

352. Partilha de custos e poder de mercado no mercado de venda

Exemplo 4

Situação: Duas cadeias de supermercados celebram um acordo para comprar em conjunto produtos que representam cerca de 80 % dos seus custos variáveis. Nos mercados de compra relevantes das diferentes categorias de produtos, as partes atingem quotas de mercado combinadas entre 25 % e 40 %. No mercado de venda

relevante, detêm uma quota de mercado combinada de 60 % e existem quatro outros grandes retalhistas, cada um com uma quota de mercado de 10 %. A entrada no mercado é improvável.

Análise: É provável que este acordo de compra permita que as partes coordenem o seu comportamento no mercado de venda, o que levaria à adoção de um comportamento colusivo. As partes detêm poder de mercado no mercado de venda, devido à existência de alguns concorrentes de muito menor dimensão nesse mercado, e o acordo de compra dá origem a um nível elevado de custos partilhados. Além disso, a entrada no mercado é improvável. Se as estruturas de custos das partes forem já semelhantes antes da celebração do acordo, estas terão um maior incentivo para coordenar o seu comportamento. Além disso, o facto de as partes beneficiarem de margens semelhantes aumenta o risco de comportamento colusivo. Este acordo pode igualmente provocar um aumento dos preços de venda a jusante, devido ao risco de as partes bloquearem a procura, dando origem a uma redução das quantidades. Por conseguinte, é provável que o acordo de compra dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Apesar de ser muito provável que o acordo dê origem a ganhos de eficiência sob a forma de economias de custos, devido ao poder de mercado significativo das partes no mercado de venda, é pouco provável que tais ganhos de eficiência sejam repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência. Por conseguinte, é pouco provável que o acordo de compra preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

353. Partes que desenvolvem atividades em mercados geográficos diferentes

Exemplo 5

Situação: Seis grandes retalhistas, com sede em diferentes Estados-Membros, criam um mecanismo de compra em conjunto para comprarem conjuntamente diversos produtos de marca à base de trigo-duro. As partes podem comprar outros produtos de marca semelhantes fora do âmbito da cooperação. Além disso, cinco desses retalhistas oferecem produtos semelhantes, de marca própria. Os membros do mecanismo de compra em conjunto detêm uma quota de mercado combinada de cerca de 22 % no mercado de compra relevante, que é ao nível da União. No mercado de compra existem três outros grandes compradores, de dimensão semelhante. Cada uma das partes no mecanismo de compra em conjunto detêm uma quota de 20 % a 30 % nos mercados de venda em que desenvolvem atividades, que são mercados nacionais. Nenhuma das partes desenvolve atividades num Estado-Membro em que um outro membro do grupo esteja presente. Nenhuma das partes é um participante potencial nos mercados das outras partes.

Análise: O mecanismo de compra em conjunto poderá entrar em concorrência com os outros grandes compradores no mercado de compra. Os mercados de venda são de dimensões muito mais reduzidas (em termos de volume de negócios e de âmbito geográfico) do que o mercado de compra ao nível da União e é possível que, nestes mercados, alguns dos membros do mecanismo detenham poder de mercado. Mesmo que os membros do mecanismo de compra em conjunto detenham uma quota de mercado combinada superior a 15 % no mercado de compra, é pouco provável que as partes coordenem o seu comportamento e adotem um comportamento colusivo nos mercados de venda, visto que não são concorrentes efetivos nem potenciais nos mercados a jusante. É igualmente provável que as partes repercutam os preços reduzidos, na medida em que enfrentam uma concorrência significativa nos mercados de venda. Por conseguinte, não é provável que o mecanismo de compra em

conjunto dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

354. Intercâmbio de informações

Exemplo 6

Situação: Três fabricantes concorrentes, A, B e C, confiam a um mecanismo de compra em conjunto independente a compra do produto Z, que é um produto intermédio utilizado pelas três partes no fabrico do produto final X. Os custos do produto Z não representam um fator de custo significativo na produção do produto X. O mecanismo de compra em conjunto não concorre com as partes no mercado de venda do produto X. As informações necessárias à compra (por exemplo, especificações em matéria de qualidade, quantidades, datas de entrega, preços máximos de compra) só são divulgadas ao mecanismo de compra em conjunto, e não às outras partes. O mecanismo de compra em conjunto estabelece os preços de compra com os fornecedores. A, B e C detêm uma quota de mercado combinada de 30 %, tanto no mercado de venda como no mercado de compra. Têm seis concorrentes nos mercados de compra e de venda, dois dos quais detêm uma quota de mercado de 20 %.

Análise: Uma vez que não existe um intercâmbio direto de informações entre as partes, é improvável que a comunicação, através do mecanismo de compra em conjunto, das informações necessárias à compra dê origem a um comportamento colusivo. Assim, não é provável que o intercâmbio de informações dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

5. ACORDOS DE COMERCIALIZAÇÃO

5.1. Introdução

355. Os acordos de comercialização dizem respeito à cooperação entre concorrentes para a venda, a distribuição ou a promoção dos seus produtos de substituição. Este tipo de acordos pode ter um âmbito muito diferente, em função dos elementos da comercialização abrangidos pela cooperação. Num dos extremos do espectro, encontramos os acordos de venda em conjunto, que podem levar à determinação conjunta de todos os aspetos comerciais associados à venda do produto, incluindo o preço. No outro extremo, encontramos acordos de âmbito mais limitado, que incidem apenas num aspeto específico da comercialização, como a distribuição, o serviço pós-venda ou a publicidade.

356. Uma importante categoria desses acordos mais limitados é a dos acordos de distribuição. O RIC Vertical e as Orientações Verticais abrangem geralmente os acordos de distribuição, exceto se as partes no acordo forem concorrentes efetivos ou potenciais. Se os concorrentes acordarem em distribuir os seus produtos de substituição (em especial se o fizerem em diferentes mercados geográficos) existe o risco de, em certos casos, os acordos terem por objetivo ou por efeito a compartimentação de mercados entre as partes ou de conduzirem a um comportamento colusivo. Isto pode acontecer tanto com os acordos recíprocos como com os não recíprocos entre concorrentes, que devem assim ser apreciados, em primeiro lugar, segundo os princípios definidos no presente capítulo. Se esta apreciação permitir concluir que uma cooperação entre concorrentes na área da distribuição seria, em princípio, aceitável, é necessária uma apreciação mais aprofundada para examinar as restrições verticais incluídas nesses acordos. Esta

segunda etapa da apreciação deve basear-se nos princípios definidos nas Orientações Verticais.

357. A única exceção ao processo de duas etapas referido no ponto anterior diz respeito aos acordos de distribuição não recíprocos entre concorrentes quando a) o fornecedor é um fabricante, um grossista ou um importador e um distribuidor de produtos, enquanto o comprador é um distribuidor e não uma empresa concorrente a nível do fabrico, grossista ou da importação, ou b) o fornecedor é um prestador de serviços em vários estádios da atividade comercial, enquanto o comprador presta os seus serviços a nível retalhista e não é uma empresa concorrente no mesmo estágio da atividade comercial em que adquire os serviços contratuais abrangidos pelo RIC Vertical¹⁸⁶, a que não se aplicam as presentes orientações. O ponto 48 fornece orientações adicionais sobre a relação geral entre as presentes orientações e o RIC Vertical e as Orientações Verticais.
358. Seria igualmente conveniente estabelecer uma outra distinção entre os acordos em que as partes acordam unicamente na comercialização em conjunto e os acordos em que a comercialização se encontra associada a uma outra forma de cooperação a montante, como a produção em conjunto ou a compra em conjunto. Ao analisar acordos de comercialização que combinam diferentes estádios de cooperação é necessário proceder à apreciação em conformidade com os pontos 6-7.
359. Aplicam-se regras específicas à comercialização de produtos agrícolas. O artigo 101.º não se aplica i) à comercialização de produtos agrícolas através de organizações de produtores e de associações de organizações de produtores reconhecidas¹⁸⁷ e ii) a certos acordos de comercialização que não digam respeito a preços de vendas em conjunto e sejam celebrados entre agricultores e entre as suas associações¹⁸⁸, sob reserva das condições específicas estabelecidas nas presentes regras. Além disso, existem disposições específicas aplicáveis à comercialização de leite cru¹⁸⁹.

5.2. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

5.2.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

360. Os acordos de comercialização podem dar origem a restrições da concorrência de diversas formas. Em primeiro lugar, e como é óbvio, os acordos de comercialização podem levar à fixação de preços.
361. Em segundo lugar, os acordos de comercialização podem também facilitar limitações da produção, dado que as partes podem decidir o volume de produtos a introduzir no mercado, restringindo desta forma a oferta.
362. Em terceiro lugar, os acordos de comercialização podem tornar-se um instrumento para as partes repartirem os mercados ou para atribuírem as encomendas ou os clientes, por exemplo nos casos em que as unidades de produção das partes se situam em mercados geográficos diferentes ou quando os acordos são recíprocos.

¹⁸⁶ Artigo [...] do Regulamento de isenção por categoria relativo às restrições verticais.

¹⁸⁷ Artigo 152.º, n.º 1-A, do Regulamento (UE) n.º 1308/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que estabelece uma organização comum dos mercados agrícolas, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) 2021/2117 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2 de dezembro de 2021.

¹⁸⁸ Artigo 209.º do mesmo regulamento.

¹⁸⁹ Artigo 149.º do mesmo regulamento.

363. Por último, os acordos de comercialização também podem dar origem a um intercâmbio de informações estratégicas relativas a aspetos incluídos ou excluídos do âmbito da cooperação ou à partilha de custos – em especial no que se refere aos acordos que não abrangem a fixação de preços – o que pode conduzir a um comportamento colusivo.

5.2.2. *Restrições da concorrência por objetivo*

364. Em primeiro lugar, os acordos de comercialização conduzem a uma restrição da concorrência por objetivo se forem utilizados como instrumento para participar num cartel dissimulado. Em qualquer caso, os acordos de comercialização que implicam a fixação de preços, as limitações da produção ou a compartimentação dos mercados são, por conseguinte, suscetíveis de restringir a concorrência por objetivo.
365. A fixação de preços é um dos principais problemas suscitados pelos acordos de comercialização entre concorrentes. Os acordos que se limitam à venda em conjunto e, de um modo geral, os acordos de comercialização que incluem a fixação conjunta de preços, conduzem geralmente à coordenação da política de preços dos fabricantes ou prestadores de serviços concorrentes. Esses acordos não só eliminam a concorrência a nível dos preços entre as partes no que respeita aos produtos de substituição, mas podem igualmente limitar o volume total dos produtos que serão fornecidos pelas partes no âmbito do sistema de repartição de encomendas. Consequentemente, é provável que esses acordos restrinjam a concorrência por objetivo.
366. Essa apreciação não se altera no caso de um acordo não exclusivo (ou seja, quando as partes são livres de vender individualmente os seus produtos fora do âmbito do acordo), desde que se possa concluir que o acordo dará origem a uma coordenação dos preços cobrados pelas partes à totalidade ou a uma parte dos seus clientes.
367. Do mesmo modo, as limitações da produção constituem um importante problema de concorrência que pode decorrer dos acordos de comercialização. Se as partes no acordo decidirem conjuntamente a quantidade dos produtos a comercializar, a oferta disponível dos produtos contratuais poderia ser reduzida, o que aumentaria o seu preço. Qualquer parte no acordo deve, em princípio, decidir de forma independente aumentar ou reduzir a sua produção para satisfazer a procura do mercado. O risco de limitações da produção é mais limitado no caso de acordos de comercialização não exclusivos, desde que as partes permaneçam livres e efetivamente disponíveis para servir individualmente qualquer procura adicional e desde que o acordo não conduza a uma coordenação da política de aprovisionamento das partes.
368. Outra preocupação específica em matéria de concorrência associada aos acordos de comercialização entre partes que operam em mercados geográficos diferentes ou relativamente às diferentes categorias de clientes consiste no facto de poderem constituir um instrumento de compartimentação dos mercados. Se as partes utilizarem um acordo de comercialização recíproca para distribuírem os respetivos produtos a fim de eliminarem a concorrência efetiva ou potencial entre elas, repartindo deliberadamente entre si os mercados ou os clientes, é provável que o acordo tenha por objeto uma restrição da concorrência. Se o acordo não for recíproco, o risco de compartimentação do mercado é menor. Todavia, é necessário avaliar se o acordo não recíproco constitui a base de um entendimento mútuo para evitar a entrada nos respetivos mercados.

5.2.3. *Efeitos restritivos da concorrência*

369. Um acordo de comercialização que não seja restritivo por objetivo pode, ainda assim, ter efeitos restritivos da concorrência, a verificar em conformidade com os elementos mencionados no ponto 37. Os seguintes esclarecimentos podem ser aditados no que se refere especificamente aos efeitos anticoncorrenciais nos acordos de comercialização.
370. Para avaliar os eventuais efeitos restritivos de um acordo de comercialização, há que definir a relação de concorrência entre as partes no ou nos mercados do produto e geográfico relevantes diretamente abrangidos pela cooperação (ou seja, o ou os mercados a que pertencem os produtos objeto do acordo). Num acordo de comercialização, o principal mercado afetado é, em geral, o mercado em que as partes no acordo comercializarão em conjunto os produtos contratuais. Contudo, visto que um acordo de comercialização num determinado mercado pode igualmente afetar o comportamento concorrencial das partes nos mercados vizinhos estreitamente associados ao mercado a que a cooperação diz diretamente respeito, é também necessário definir esses eventuais mercados vizinhos. Os mercados vizinhos podem estar relacionados horizontal ou verticalmente com o mercado em que ocorre a cooperação.
371. Nos casos em que não são restritivos por objetivo, os acordos de comercialização entre concorrentes só terão, de um modo geral, efeitos restritivos da concorrência se as partes tiverem um certo grau de poder de mercado, a avaliar tendo igualmente em consideração o eventual contrapoder dos compradores. A este respeito, nos acordos de comercialização, as partes agrupam (parcialmente) as suas atividades relacionadas com o mercado, em relação direta com os seus clientes. Assim, em caso de poder de mercado conjunto, existe, em geral, um grau de probabilidade relevante de que as partes tenham capacidade para aumentar os preços ou reduzir a produção, a qualidade e a variedade do produto ou a inovação. A relação direta com os clientes aumenta o risco de efeitos anticoncorrenciais do acordo.
372. Normalmente, é pouco provável que um acordo de comercialização suscite preocupações em matéria de concorrência quando é objetivamente necessário para permitir que uma parte entre num mercado em que não teria podido entrar individualmente ou com um número mais reduzido de partes do que as que participam efetivamente na cooperação, por exemplo, devido aos custos envolvidos.
373. Aquando da apreciação de um acordo de comercialização recíproco, é essencial, antes de mais, saber se o acordo em causa é objetivamente necessário para que cada uma das partes possa entrar no mercado da outra. Em caso afirmativo, o acordo não cria problemas de concorrência de natureza horizontal. No entanto, se o acordo reduzir a independência a nível da tomada de decisões de uma das partes no que se refere à entrada no ou nos mercados das outras partes, reduzindo os incentivos à entrada, é suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência. O mesmo se aplica aos acordos não recíprocos, em que o risco de efeitos restritivos da concorrência é, todavia, menos pronunciado.

5.2.3.1. *Comportamento colusivo*

374. É também provável que um acordo de comercialização em conjunto que não implique a fixação de preços, a limitação da produção ou a compartimentação dos mercados dê origem a efeitos restritivos da concorrência se aumentar a proporção dos custos variáveis partilhados a um nível tal que seja suscetível de conduzir a um

comportamento colusivo. É provavelmente esse o caso de um acordo de comercialização em conjunto se, antes do acordo, as partes já partilharem uma proporção elevada dos seus custos variáveis. Nessa situação, o aumento adicional dos custos partilhados (ou seja, os custos de comercialização do produto objeto do acordo) pode favorecer a adoção de um comportamento colusivo. Em contrapartida, se o aumento for elevado, o risco de comportamento colusivo pode ser significativo ainda que o nível inicial de custos partilhados seja baixo.

375. A probabilidade da adoção de um comportamento colusivo depende do poder de mercado das partes e das características do mercado relevante. Os custos partilhados só podem aumentar o risco de comportamento colusivo quando as partes tiverem poder de mercado e se os custos de comercialização representarem uma proporção elevada dos custos variáveis dos produtos em causa. Não é o que acontece, por exemplo, no caso de produtos homogêneos relativamente aos quais o fator de custo mais significativo é a produção. A partilha dos custos de comercialização aumenta o risco de comportamento colusivo quando o acordo de comercialização diz respeito a produtos que implicam uma comercialização onerosa, por exemplo, custos de comercialização ou de distribuição elevados. Por conseguinte, os acordos relativos apenas a publicidade ou a promoção em conjunto podem igualmente dar origem a efeitos restritivos da concorrência caso tais custos constituam um fator de custo significativo.
376. A comercialização em conjunto implica geralmente o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial, nomeadamente sobre a estratégia de comercialização e a fixação de preços. Na maior parte dos acordos de comercialização, é necessário um certo nível de intercâmbio de informações para que o acordo seja aplicado. É, portanto, necessário verificar se o intercâmbio de informações pode dar origem à adoção de um comportamento colusivo no que se refere às atividades das partes no âmbito da cooperação ou fora dela. Os eventuais efeitos negativos decorrentes do intercâmbio de informações não serão apreciados separadamente, mas à luz dos efeitos globais do acordo.
377. Em todo o caso, os prováveis efeitos restritivos da concorrência de um intercâmbio de informações no contexto de um acordo de comercialização dependem das características do mercado e dos dados partilhados e devem ser apreciados à luz das orientações gerais fornecidas no capítulo 6.
- 5.2.3.2. Cooperação que, geralmente, não suscita preocupações
378. Como já foi referido no ponto 367, os acordos de comercialização entre concorrentes podem geralmente ter efeitos restritivos da concorrência se as partes tiverem um certo grau de poder de mercado. Na maior parte dos casos, é improvável que exista poder de mercado se as partes no acordo tiverem uma quota de mercado combinada não superior a 15 % no mercado em que comercializam em conjunto os produtos contratuais. De qualquer modo, se a quota de mercado combinada das partes não exceder 15 %, é provável que se encontrem preenchidas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.
379. Se a quota de mercado combinada das partes for superior a 15 %, não é possível presumir que o acordo não terá efeitos restritivos, pelo que o impacto provável no mercado do acordo de comercialização em conjunto deve ser apreciado.

5.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

5.3.1. *Ganhos de eficiência*

380. Os acordos de comercialização podem dar origem a ganhos de eficiência significativos. Os ganhos de eficiência que devem ser tomados em consideração para apreciar se um acordo de comercialização preenche os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, dependerão da natureza da atividade e das partes na cooperação. Regra geral, a fixação de preços não pode ser justificada, salvo se for indispensável para a integração de outras funções de comercialização e se esta integração der origem a ganhos de eficiência substanciais. A distribuição em conjunto pode gerar ganhos de eficiência significativos, decorrentes de economias de escala ou de gama, em especial para produtores mais pequenos ou grupos de retalhistas independentes, por exemplo, caso tirem partido de novas plataformas de distribuição para competir com os operadores mundiais ou grandes operadores. A distribuição em conjunto pode, nomeadamente, ser relevante para a consecução dos objetivos ambientais, desde que estes sejam seguros, quantificáveis e documentados. Os acordos de comercialização podem também contribuir para um mercado interno resiliente e gerar ganhos de eficiência em benefício dos consumidores, reduzindo as dependências e/ou atenuando a escassez e as perturbações nas cadeias de abastecimento.
381. Além disso, os ganhos de eficiência não devem ser economias resultantes unicamente da eliminação de custos que fazem parte integrante da concorrência, mas devem resultar da integração de atividades económicas. Assim, uma redução dos custos de transporte resultante unicamente de uma repartição dos clientes, sem qualquer integração do sistema logístico, não pode ser considerada um ganho de eficiência, na aceção do artigo 101.º, n.º 3.
382. Os ganhos de eficiência devem ser demonstrados pelas partes no acordo. Neste contexto, o facto de as partes contribuírem com capitais, tecnologias ou outros ativos significativos constitui um elemento importante. As reduções de custos resultantes da diminuição da duplicação de recursos e instalações podem igualmente ser aceites. No entanto, se a comercialização em conjunto se limitar a uma agência de vendas, sem qualquer investimento, é pouco provável que preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

5.3.2. *Caráter indispensável*

383. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência gerados por um acordo de comercialização não preenchem os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3. A questão do caráter indispensável é particularmente importante para os acordos que implicam uma fixação dos preços ou uma compartimentação dos mercados, que só em circunstâncias excecionais podem ser considerados indispensáveis.

5.3.3. *Repercussão nos consumidores*

384. Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência causados pelo acordo de comercialização, o que pode acontecer na forma de uma redução dos preços ou de uma melhor qualidade ou variedade do produto. No entanto, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que os ganhos de eficiência sejam repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência. Se as partes tiverem uma quota de mercado combinada inferior a 15 %, é provável que os eventuais

ganhos de eficiência demonstrados decorrentes do acordo sejam repercutidos nos consumidores de forma suficiente.

5.3.4. Não eliminação da concorrência

385. Os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, não se encontram preenchidos se as partes tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Tal deve ser analisado no mercado relevante a que pertencem os produtos abrangidos pela cooperação e nos eventuais mercados secundários.

5.4. Consórcios proponentes

386. O termo «consórcio proponente» refere-se a uma situação em que duas ou mais partes cooperam para apresentar uma proposta conjunta no âmbito de um concurso público ou privado¹⁹⁰.
387. Para efeitos da presente secção, há que distinguir entre os consórcios proponentes e a manipulação de propostas (ou propostas concertadas), que se refere a acordos ilegais entre operadores económicos, com o objetivo de distorcer a concorrência em procedimentos de adjudicação. A manipulação de propostas é uma das formas mais graves de restrições por objetivo e pode assumir várias tipologias, como a fixação prévia do conteúdo das suas propostas (especialmente o preço), de modo a influenciar o resultado do procedimento, a não apresentação de uma proposta, a atribuição do mercado com base na área geográfica, na autoridade adjudicante ou no objeto do concurso, ou o estabelecimento de mecanismos de alternância para um conjunto de procedimentos. O objetivo de todas estas práticas é permitir que um proponente pré-determinado obtenha um contrato criando a impressão de que o procedimento é verdadeiramente concorrencial¹⁹¹. Do ponto de vista da concorrência, a manipulação das propostas é uma forma de cartel que consiste na manipulação de um processo de concurso organizado no âmbito da adjudicação de um contrato¹⁹².
388. Regra geral, a manipulação de propostas não implica a participação conjunta no processo de concurso. Trata-se normalmente de um acordo oculto ou tácito entre potenciais participantes no sentido de coordenarem as suas decisões individuais aparentes no que diz respeito à participação no processo de concurso. No entanto, nalguns casos, a distinção entre manipulação de propostas e formas legítimas de apresentação de propostas conjuntas não é simples, em especial nos casos de

¹⁹⁰ A cooperação em matéria de apresentação de propostas pode ser concretizada quer através de subcontratação, em que o proponente oficial aceita, em caso de adjudicação, subcontratar parte da atividade a uma ou mais partes, quer através de um consórcio, em que todos os parceiros do consórcio participam conjuntamente no processo de concurso, normalmente com uma entidade jurídica específica para efeitos do processo de concurso. Do ponto de vista da contratação pública, a diferença entre subcontratação e consórcio reside no facto de, no primeiro caso, o contratante principal não ter de divulgar imediatamente os nomes dos seus subcontratantes, ao passo que, num consórcio, os nomes dos membros do consórcio são imediatamente declarados à entidade adjudicante. Do ponto de vista do direito da concorrência, tanto a subcontratação como os consórcios constituem a apresentação de uma proposta conjunta. Na presente secção, o termo «consórcio proponente» será utilizado por motivos de simplicidade.

¹⁹¹ *Comunicação da Comissão sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão* (JO C 91 de 18.3.2021, p. 1).

¹⁹² Acórdão de 14 de janeiro de 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, n.º 35.

subcontratação. Por exemplo, os casos em que dois proponentes se subcontratam reciprocamente podem constituir um potencial indício de colusão, uma vez que esses acordos de subcontratação permitem normalmente às partes ter conhecimento das propostas financeiras da outra parte, pondo assim em causa a independência das partes na elaboração das suas próprias propostas. Contudo, não existe uma presunção geral de que a subcontratação pelo proponente selecionado a outro proponente no mesmo procedimento constitui uma colusão entre os operadores económicos em causa e as partes interessadas podem demonstrar o contrário¹⁹³.

389. Os acordos de consórcios proponentes podem implicar um grau significativo de integração dos recursos e das atividades das partes, em especial quando as formas de produção conjunta estão incluídas na atividade contratual, para efeitos de participação no processo de concurso. Nas situações em que a comercialização em conjunto é meramente acessória da integração principal das partes no processo de produção, o centro de gravidade do acordo reside na atividade de produção e a apreciação em termos de concorrência deve ser efetuada em conformidade com as regras aplicáveis à cooperação em causa, ou seja, a produção conjunta. Neste caso, a fixação de preços para os produtos ou serviços contratuais não é geralmente considerada uma restrição por objetivo e será necessária uma apreciação por efeito (ver ponto 216, relativo aos acordos de produção).
390. No entanto, em princípio, os acordos de consórcio que incluem principal ou exclusivamente a comercialização em conjunto devem ser considerados acordos de comercialização, devendo, por conseguinte, ser apreciados em conformidade com os princípios estabelecidos no presente capítulo.
391. Um acordo de consórcio para apresentação de propostas conjuntas – independentemente da sua qualificação jurídica – não restringe a concorrência se permitir que as empresas envolvidas participem em projetos nos quais não estariam em condições de participar a título individual. Visto que as partes nos acordos de consórcio não são, consequentemente, concorrentes potenciais a nível da execução do projeto, não se verifica qualquer restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Pode ser esse o caso das empresas que produzem diferentes serviços complementares para efeitos de participação no concurso. Outra possibilidade é quando as empresas envolvidas, embora operem todas nos mesmos mercados, não podem executar o contrato individualmente, por exemplo, devido à dimensão do contrato ou à sua complexidade.
392. A apreciação para determinar se cada uma das partes pode concorrer individualmente num concurso, sendo assim concorrentes, depende, em primeiro lugar, dos requisitos incluídos nas regras do concurso. No entanto, a mera possibilidade teórica de realizar a atividade contratual individualmente não torna automaticamente as partes concorrentes: deve proceder-se a uma apreciação realista para determinar se uma empresa pode executar o contrato individualmente, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso, como a dimensão e as capacidades da empresa, bem como a sua capacidade atual e futura, avaliada à luz da evolução dos requisitos contratuais.
393. No caso de convites à apresentação de propostas em que é possível apresentar propostas relativas a partes do contrato (lotes), as empresas que tenham capacidade

¹⁹³ Comunicação da Comissão sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão (JO C 91 de 18.3.2021, p. 1), secção 5.6.

para apresentar propostas para um ou mais lotes – mas presumivelmente não para todo o concurso – têm de ser consideradas concorrentes. Em situações semelhantes, a colaboração é muitas vezes justificada pelo facto de a cooperação no âmbito do acordo de consórcio permitir que as partes apresentem propostas em relação à totalidade do contrato, o que permitiria oferecer um desconto combinado para a totalidade do contrato. Isto não altera, no entanto, o facto de, em princípio, as partes serem concorrentes, pelo menos em relação a uma parte do concurso, e de os eventuais ganhos de eficiência obtidos com uma proposta conjunta relativa à totalidade do concurso terem de ser apreciados com base nos princípios estabelecidos no artigo 101.º, n.º 3.

394. Se não for possível excluir que as partes no acordo de consórcio poderiam, cada uma delas, concorrer individualmente no concurso (ou se houver mais partes do que o necessário num acordo de consórcio), a proposta conjunta pode restringir a concorrência. A restrição pode ser por objetivo ou por efeito, em função do conteúdo do acordo e das circunstâncias específicas do caso (ver pontos 360-375 *supra*).
395. De qualquer modo, um acordo de consórcio entre concorrentes pode preencher os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3. De um modo geral, será necessária uma apreciação específica e concreta, com base em vários elementos, como a posição das partes no mercado relevante, o número e a posição no mercado dos outros participantes no concurso, o conteúdo do acordo de consórcio, os produtos ou serviços envolvidos e as condições de mercado.
396. Em termos de ganhos de eficiência, estes podem assumir a forma de preços mais baixos, mas também de melhor qualidade, maior escolha ou realização mais rápida dos produtos ou serviços abrangidos pelo convite à apresentação de propostas. Além disso, todos os outros critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, têm de estar preenchidos (caráter indispensável, repercussão nos consumidores e não eliminação da concorrência). Nos processos de concurso, estes estão frequentemente interligados: os ganhos de eficiência de uma proposta conjunta através de um acordo de consórcio são mais facilmente repercutidos nos consumidores – sob a forma de preços mais baixos ou de uma melhor qualidade da oferta – se a concorrência em relação ao concurso não for eliminada e se outros concorrentes relevantes participarem no processo de concurso.
397. No essencial, os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, podem ser preenchidos se a participação conjunta no concurso permitir que as partes apresentem uma proposta mais competitiva do que as que teriam apresentado individualmente – em termos de preços e/ou qualidade – e se os benefícios a favor dos consumidores e da entidade adjudicante compensarem as restrições à concorrência. Os ganhos de eficiência devem ser repercutidos nos consumidores e não serão suficientes para satisfazer os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, se apenas beneficiarem as partes no acordo de consórcio para apresentação de propostas conjuntas.

5.5. Exemplos

398. Comercialização em conjunto necessária para a entrada no mercado

Exemplo 1

Situação: Quatro empresas que prestam serviços de lavandaria numa grande cidade perto da fronteira com outro Estado-Membro, cada uma com uma quota de mercado de 3 % no mercado global das lavandarias nessa cidade, acordam em criar um ramo comercial conjunto para a venda de serviços de lavandaria a clientes institucionais

(ou seja, hotéis, hospitais e escritórios), continuando a manter a sua independência e liberdade para concorrer a nível dos clientes locais individuais. Tendo em vista o novo segmento da procura (os clientes institucionais), desenvolvem uma marca comum, um preço comum e condições gerais comuns, prevendo, nomeadamente, um prazo máximo de 24 horas para as entregas e calendários de entrega. Criam um centro de chamadas comum, através do qual os clientes institucionais podem solicitar o serviço de recolha e/ou de entrega. Contratam um rececionista (para o centro de chamadas) e vários motoristas. Investem igualmente em carrinhas para os serviços de entrega e na promoção da marca, a fim de aumentar a sua visibilidade. O acordo não reduz completamente os seus custos de infraestrutura individuais (visto que mantêm as suas próprias instalações e continuam a concorrer entre si a nível dos clientes locais individuais), mas aumenta as suas economias de escala e permite-lhes oferecer um serviço mais completo a outros tipos de clientes, nomeadamente horários de abertura mais alargados e uma cobertura geográfica mais vasta para os serviços de entrega. Para garantir a viabilidade do projeto, é indispensável que as quatro empresas participem no acordo. O mercado é muito fragmentado e nenhum concorrente individual detém uma quota de mercado superior a 15 %.

Análise: Embora a quota de mercado conjunta das partes seja inferior a 15 %, o facto de o acordo incluir a fixação de preços significa que pode ser aplicável o artigo 101.º, n.º 1. No entanto, na medida em que as partes não estariam em condições de entrar no mercado da prestação de serviços de lavandaria a clientes institucionais, quer individualmente quer em cooperação com um número mais reduzido de partes do que as quatro que participam atualmente no acordo, o acordo não suscitaria preocupações em matéria de concorrência, independentemente da existência da restrição ao nível da fixação de preços, que, no caso em apreço, pode ser considerada indispensável para a promoção da marca comum e para o êxito do projeto.

399. Acordo de comercialização celebrado por um número de partes superior ao que seria necessário para entrar num mercado

Exemplo 2

Situação: Os factos são os mesmos que os apresentados para o exemplo 1, no ponto 398, com uma diferença importante: a fim de garantir a viabilidade do projeto, o acordo poderia ser executado apenas por três partes (em vez das quatro que efetivamente participam na cooperação).

Análise: Embora a quota de mercado conjunta das partes seja inferior a 15 %, o facto de o acordo incluir a fixação de preços e poder ter sido executado por um número de partes inferior a quatro significa que se aplica o artigo 101.º, n.º 1. Por conseguinte, é necessário apreciar o acordo à luz do artigo 101.º, n.º 3. O acordo dá origem a ganhos de eficiência, uma vez que as partes passaram a estar em condições de oferecer serviços melhorados a uma nova categoria de clientes numa maior escala (que, de outro modo, não teriam podido oferecer individualmente). Tendo em conta o facto de a quota de mercado combinada das partes ser inferior a 15 %, é provável que estas repercutam suficientemente os ganhos de eficiência nos consumidores. É ainda necessário determinar se as restrições impostas pelo acordo são indispensáveis para alcançar os ganhos de eficiência e se o acordo elimina a concorrência. Dado que o objetivo do acordo consiste em fornecer um serviço mais completo (incluindo a entrega, que não era oferecida anteriormente) a uma categoria adicional de clientes, sob uma marca única e com condições gerais comuns, pode considerar-se que a fixação de preços é indispensável à promoção da marca comum e, por conseguinte,

ao êxito do projeto e aos ganhos de eficiência dele resultantes. Além disso, tendo em conta a fragmentação do mercado, o acordo não eliminará a concorrência. O facto de quatro partes terem celebrado o acordo (em vez das três que teriam sido estritamente necessárias) permite aumentar a capacidade e contribui simultaneamente para satisfazer a procura de diversos clientes institucionais, em conformidade com as condições gerais (ou seja, cumprimento das condições relativas aos prazos máximos de entrega). Assim, é provável que os ganhos de eficiência compensem os efeitos restritivos decorrentes da redução da concorrência entre as partes e o acordo é suscetível de preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

400. Plataforma Internet comum – 1

Exemplo 3

Situação: Diversos estabelecimentos especializados de pequena dimensão num determinado Estado-membro aderem a um plataforma eletrónica baseada na Web, para a promoção, venda e entrega de cestos de fruta para oferta. Existem diversas plataformas concorrentes baseadas na Web. Mediante uma taxa mensal, partilham os custos de exploração da plataforma e investem em conjunto na promoção da marca. Através da página Web, onde é proposta uma vasta gama de diferentes tipos de cestos para oferta, os clientes encomendam (e pagam) o tipo de cesto que pretendem que seja entregue. Seguidamente, a encomenda é atribuída ao estabelecimento que se encontra mais próximo do endereço da entrega. O estabelecimento suporta individualmente os custos da composição do cesto de oferta e da sua entrega ao cliente. Fica com 90 % do preço final, que é fixado pela plataforma Web e que é aplicável de forma uniforme a todos os estabelecimentos especializados participantes, enquanto os restantes 10 % são consagrados aos custos comuns de promoção e de exploração da plataforma. Além do pagamento da taxa mensal, não existem outras restrições para a adesão de outros estabelecimentos especializados à plataforma, em todo o território nacional. Além disso, os estabelecimentos especializados que possuem o seu próprio sítio Web podem vender (e em alguns casos fazem-no) cestos de fruta para oferta na Internet utilizando a sua própria marca, podendo assim continuar a concorrer entre si fora do âmbito da cooperação. Aos clientes que adquirem o produto na plataforma Web é garantida a entrega dos cestos de fruta no mesmo dia e podem igualmente escolher uma hora de entrega que lhes seja conveniente.

Análise: Embora o acordo seja de natureza limitada, visto que apenas cobre a venda em conjunto de um tipo específico de produto através de um canal de comercialização específico (a plataforma Web), dado que implica a fixação de preços, é provável que restrinja a concorrência por objetivo. Por conseguinte, é necessário apreciar o acordo à luz do artigo 101.º, n.º 3. O acordo dá origem a ganhos de eficiência, nomeadamente uma maior escolha, um serviço de maior qualidade e a redução dos custos de pesquisa, que beneficiam os consumidores e são suscetíveis de compensar os efeitos restritivos da concorrência decorrentes do acordo. Dado que os estabelecimentos especializados que participam na cooperação continuam a poder exercer atividades individualmente e concorrer entre si, tanto através dos seus estabelecimentos como através da Internet, a restrição a nível da fixação de preços pode ser considerada indispensável à promoção do produto (já que ao comprar através da plataforma Web os consumidores não sabem a que estabelecimento compram o cesto de oferta e não estão interessados em analisar uma multiplicidade de preços diferentes) e aos ganhos de eficiência dela decorrentes, bem como

atendendo à estratégia de marca em linha comum. Na ausência de outras restrições, o acordo preenche os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3. Além disso, visto que existem outras plataformas em linha concorrentes e as partes continuam a concorrer entre si, através dos seus estabelecimentos ou na Internet, a concorrência não será eliminada.

401. Plataforma Internet comum – 2

Exemplo 4

Situação: Várias pequenas livrarias independentes criam uma plataforma eletrónica baseada na Web, para a promoção, venda e entrega dos livros que estão disponíveis nas suas lojas. As livrarias cobrem uma região significativa que faz fronteira com vários Estados-Membros. Cada livraria paga uma taxa anual destinada a cobrir os custos de funcionamento e de promoção da plataforma. A taxa é calculada com base numa percentagem fixa das vendas anuais de cada livraria na plataforma, até um montante máximo. Este montante máximo é acordado anualmente e baseia-se nos custos de funcionamento da plataforma incorridos no ano anterior. Para o período inicial de três anos, a percentagem é fixada em 10 % das vendas anuais, mas existe um entendimento entre os membros de que, à medida que a empresa crescer, poderão provavelmente reduzir as contribuições. As livrarias acordam em negociar um acordo com uma empresa de entregas para a entrega no mesmo dia dos livros encomendados em linha. Devido ao número de livrarias envolvidas no projeto, a empresa de entregas está em condições de garantir a entrega no mesmo dia. Para este serviço de entregas, é acordado um preço que inclui o custo da embalagem dos artigos. Não existe qualquer acordo entre as livrarias individuais sobre o preço em linha dos seus livros, que é comunicado por cada livraria apenas à plataforma, e não são trocadas informações entre as livrarias sobre futuros preços ou promoções. O preço dos livros em linha é geralmente o mesmo que o cobrado nas lojas (acrescido do montante adicional para os portes e a embalagem acordado com a empresa de entregas). A admissão na plataforma está aberta a todas as lojas independentes mediante o pagamento da taxa anual. Existem várias outras plataformas semelhantes baseadas na Web que prestam um serviço semelhante na mesma região. Nenhuma plataforma individual detém mais de 15 % do mercado em qualquer das regiões.

Análise: Uma vez que o acordo implica a fixação do preço de embalagem e de entrega das encomendas, bem como uma taxa baseada numa percentagem dos preços de retalho, pode ser aplicável o artigo 101.º, n.º 1. As partes apresentam elementos de prova de que os benefícios do acordo negociado – incluindo a cláusula de entrega no mesmo dia – não teriam sido disponibilizados individualmente a cada livraria. Além disso, devido ao acordo, verifica-se um aumento significativo das vendas de livros – tanto em linha como nas lojas. Parece evidente que estes benefícios não poderiam ter sido alcançados sem o acordo. Uma vez que existem várias outras plataformas com quotas de mercado semelhantes a operar na mesma região, a concorrência não é eliminada e o acordo não suscita preocupações em matéria de concorrência.

402. Empresa comum de venda

Exemplo 5

Situação: As empresas A e B, localizadas em dois Estados-membros diferentes, produzem pneus para bicicletas. Possuem uma quota de mercado combinada de 14 % no mercado da União dos pneus para bicicletas. Decidem criar uma empresa comum de venda (não de pleno exercício) para a comercialização dos pneus junto dos

produtores de bicicletas e acordam em vender toda a sua produção através da empresa comum. A infraestrutura de produção e transporte permanece separada em cada uma das partes. As partes alegam que o acordo proporciona ganhos de eficiência consideráveis. Estes ganhos dizem principalmente respeito a um aumento das economias de escala, à capacidade de satisfazer a procura dos clientes existentes e dos novos clientes potenciais e a uma melhor posição concorrencial relativamente aos pneus importados produzidos em países terceiros. A empresa comum negocia os preços e atribui as encomendas à unidade de produção mais próxima, a fim de racionalizar os custos de transporte aquando da entrega posterior aos clientes.

Análise: Apesar de a quota de mercado combinada das partes ser inferior a 15 %, o acordo enquadra-se no âmbito do artigo 101.º, n.º 1. Restringe a concorrência por objetivo, já que implica a repartição de clientes e a fixação de preços pela empresa comum. Os alegados ganhos de eficiência decorrentes do acordo não resultam da integração de atividades económicas ou de um investimento comum. A empresa comum teria um âmbito muito restrito e apenas funcionaria como uma interface para atribuir encomendas às unidades de produção. Por conseguinte, é pouco provável que os eventuais ganhos de eficiência fossem repercutidos nos consumidores de modo a compensar os efeitos restritivos da concorrência decorrentes do acordo. Assim, as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, não se encontrariam preenchidas.

403. Cláusula de não aliciamento num acordo de subcontratação de serviços

Exemplo 6

Situação: As empresas A e B são prestadores concorrentes de serviços de limpeza de instalações comerciais. Detêm ambas uma quota de mercado de 15 %. Existem diversos outros concorrentes, com quotas de mercado entre 10 e 15 %. A empresa A decidiu (unilateralmente) que, no futuro, se centraria apenas nos grandes clientes, visto que a prestação de serviços a clientes de grandes e pequenas dimensões implica uma organização do trabalho bastante diferente. Consequentemente, a empresa A decidiu não celebrar mais contratos com novos clientes de pequenas dimensões. Além disso, as empresas A e B celebraram um acordo de subcontratação, através do qual a empresa B fornecerá serviços de limpeza diretamente aos atuais pequenos clientes da empresa A (que representam 1/3 da sua carteira de clientes). Simultaneamente, a empresa A gostaria de não perder a relação que mantém com esses pequenos clientes. Assim, a empresa A manterá as suas relações contratuais com os pequenos clientes, mas a prestação direta dos serviços de limpeza será assegurada pela empresa B. A fim de aplicar o acordo de subcontratação, a empresa A tem obrigatoriamente que fornecer à empresa B as identidades dos seus pequenos clientes abrangidos pelo acordo. Uma vez que a empresa A teme que a empresa B possa tentar aliciar estes clientes, oferecendo diretamente serviços menos onerosos (contornando assim a empresa A), a empresa A exige que o acordo de subcontratação inclua uma «cláusula de não aliciamento». Nos termos desta cláusula, a empresa B não pode contactar os pequenos clientes abrangidos pelo acordo de subcontratação com o objetivo de lhes prestar diretamente serviços. Além disso, as empresas A e B convencionam que a empresa B não pode prestar serviços diretos a estes clientes, mesmo que sejam eles a contactar a empresa. Sem a «cláusula de não aliciamento», a empresa A não teria celebrado um acordo de subcontratação com a empresa B ou com qualquer outra empresa.

Análise: O acordo de subcontratação elimina a empresa B como um fornecedor independente de serviços de limpeza no que se refere aos pequenos clientes da

empresa A, uma vez que estes deixarão de poder estabelecer uma relação contratual direta com a empresa B. Por conseguinte, pode ser aplicável o artigo 101.º, n.º 1. No entanto, estes clientes representam apenas 1/3 da carteira de clientes da empresa A, ou seja, 5 % do mercado. Os clientes continuarão a poder escolher os concorrentes das empresas A e B, que representam 70 % do mercado. Desta forma, o acordo de subcontratação não permitirá que a empresa A aumente, de forma rentável, os preços cobrados aos clientes abrangidos pelo acordo de subcontratação. Além disso, é pouco provável que o acordo de subcontratação dê origem à adoção de um comportamento colusivo, visto que as empresas A e B detêm uma quota de mercado combinada de apenas 30 % e enfrentam diversos concorrentes com quotas de mercado semelhantes às quotas de mercado individuais das empresas A e B. Além disso, o facto de o serviço prestado aos grandes e aos pequenos clientes ser bastante diferente minimiza o risco de o comportamento das empresas A e B, ao concorrerem para conquistar grandes clientes, ser afetado por efeitos secundários decorrentes do acordo de subcontratação. Por conseguinte, é pouco provável que o acordo de subcontratação dê origem a efeitos restritivos da concorrência e pode beneficiar de uma isenção nos termos do artigo 101.º, n.º 3.

404. Plataforma de Distribuição de Meios de Comunicação Social

Exemplo 7

Situação: A estação de televisão A e a estação de televisão B, ambas ativas principalmente no mercado da televisão de acesso gratuito num Estado-Membro, criam uma empresa comum para o lançamento, no mesmo mercado nacional, de uma plataforma de vídeo a pedido em linha, na qual os consumidores podem, mediante pagamento, ver filmes ou séries produzidos por cada uma delas ou por terceiros que tenham licenciado a uma das duas estações de televisão os direitos audiovisuais correspondentes. O grupo da estação de televisão A detém uma quota de mercado de cerca de 25 % no mercado da televisão de acesso gratuito e a estação de televisão B detém uma quota de mercado de cerca de 15 %. Existem dois outros grandes operadores com quotas de mercado compreendidas entre 10 % e 15 % e uma série de pequenos operadores. O mercado nacional de vídeo a pedido, em que a empresa comum estará principalmente ativa, é um mercado jovem com uma expectativa geral de um potencial de crescimento significativo. O preço da visualização de um vídeo será determinado a nível central pela empresa comum, que coordenará igualmente os preços para a aquisição de licenças de vídeo a pedido no mercado a montante.

Análise: Tendo em conta a sua dimensão no mercado televisivo nacional e a grande carteira de direitos audiovisuais de que dispõem, tanto A como B poderiam lançar separadamente uma plataforma de vídeo a pedido. Por conseguinte, são concorrentes potenciais no mercado emergente de consumo de vídeo a pedido. Por outro lado, o acordo implica a fixação de preços, pelo que é aplicável o artigo 101.º, n.º 1. A restrição da concorrência parece ser substancial, uma vez que a concorrência de preços entre as duas estações de televisão será eliminada. Além disso, os preços das licenças de vídeo a pedido também serão coordenados. Estas restrições da concorrência serão consideráveis, tendo em conta as atividades e a dimensão das empresas envolvidas. Quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, os benefícios resultantes de um maior leque de ofertas de vídeo a pedido e de uma navegação através de conteúdos simplificada não parecem compensar os efeitos negativos sobre a concorrência. Em especial, as restrições não se afiguram necessárias para alcançar os referidos ganhos de eficiência, uma vez que estes poderiam também ser obtidos

através de uma plataforma aberta e de uma cooperação puramente técnica. Para concluir, o acordo não parece preencher os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3.

405. Consórcios proponentes

Exemplo 8

Situação: As empresas A e B são fornecedores concorrentes de produtos médicos especializados para hospitais. Decidem celebrar um acordo de consórcio para apresentar propostas conjuntas numa série de concursos organizados pelo sistema nacional de saúde de um Estado-Membro com vista ao fornecimento de um conjunto de medicamentos derivados do plasma a hospitais públicos. O critério para a adjudicação dos contratos é a proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta um equilíbrio entre o preço e a qualidade. Em especial, são atribuídos pontos adicionais caso a proposta inclua uma série de produtos opcionais. Ambas as empresas A e B podiam concorrer individualmente nos concursos, com base nos requisitos previstos nas regras do concurso. Na realidade, as empresas A e B já concorreram individualmente num dos concursos em causa, que foi adjudicado a outro participante, uma vez que as suas propostas individuais eram ambas inferiores, em termos de preço e de qualidade, em especial devido a uma oferta limitada de produtos opcionais. De um modo geral, há pelo menos dois outros participantes nos processos de concurso em causa.

Análise: Uma vez que as empresas A e B podem concorrer individualmente nos concursos, é aplicável o artigo 101.º, n.º 1, e a participação conjunta pode restringir a concorrência. Por conseguinte, é necessário apreciar o acordo à luz do artigo 101.º, n.º 3. De acordo com o resultado do processo de concurso prévio, em que as partes concorreram separadamente, afigura-se que uma proposta conjunta seria mais competitiva do que as propostas individuais, em termos de preços e de gama de produtos propostos, em especial produtos opcionais. O acordo de consórcio parece ser objetivamente necessário para que as partes em causa apresentem propostas verdadeiramente competitivas nos processos de concurso, em comparação com as propostas apresentadas pelos outros participantes. A concorrência nos concursos não é eliminada, já que pelo menos dois outros concorrentes relevantes participarão no processo de concurso, pelo que os ganhos de eficiência da proposta conjunta poderiam beneficiar a entidade adjudicante e, por último, os consumidores. Por conseguinte, o acordo parece preencher os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3.

6. INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES

6.1. Introdução

406. O presente capítulo destina-se a orientar as empresas e as associações na apreciação em termos de concorrência dos intercâmbios de informações¹⁹⁴. O intercâmbio de informações pode assumir diversas formas e ocorrer em diferentes contextos.

¹⁹⁴

Na medida em que as informações trocadas constituam, no todo ou em parte, dados pessoais, as presentes orientações não prejudicam o direito da União em matéria de proteção de dados, nomeadamente o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO L 119 de 4.5.2016, p. 1). Nenhuma disposição das presentes orientações deve ser aplicada ou interpretada de forma a diminuir ou limitar o direito à proteção dos dados pessoais.

407. O intercâmbio de informações para efeitos do presente capítulo inclui o intercâmbio de i) conteúdos digitais brutos e não organizados que necessitarão de tratamento para os tornar úteis (dados brutos); ii) dados pré-tratados que já tenham sido preparados e validados; iii) dados que tenham sido manipulados a fim de produzir informações úteis, sob qualquer forma, bem como iv) qualquer outro tipo de informação, incluindo informações não digitais. Inclui a partilha física de informações e a partilha de dados entre concorrentes reais ou potenciais¹⁹⁵. No presente capítulo, o termo «informações» abrange todos os tipos de dados e informações acima referidos.
408. As informações podem ser diretamente trocadas entre concorrentes (sob a forma de uma divulgação unilateral ou de um intercâmbio bilateral ou multilateral), ou indiretamente por ou através de um terceiro (como um prestador de serviços, uma plataforma, uma ferramenta em linha ou um algoritmo), uma agência comum (por exemplo, uma associação comercial), uma organização de estudo de mercado ou através de fornecedores ou retalhistas. O presente capítulo aplica-se tanto às formas diretas como indiretas de intercâmbio de informações.
409. O intercâmbio de informações pode integrar um outro tipo de acordo de cooperação horizontal. A aplicação desse acordo de cooperação horizontal pode exigir o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial. Nesse caso, será necessário verificar se o intercâmbio pode dar origem a um comportamento colusivo no que se refere às atividades das partes dentro e fora do âmbito da cooperação. Os eventuais efeitos negativos decorrentes desses intercâmbios não serão apreciados separadamente, mas à luz dos efeitos globais do acordo de cooperação horizontal. Se o intercâmbio de informações não exceder o necessário para a cooperação legítima entre concorrentes, mesmo que o intercâmbio produza efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, é mais provável que o acordo preencha os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, do que se o intercâmbio exceder o necessário para permitir a cooperação. Quando o intercâmbio de informações constitui, por si só, o objetivo principal da cooperação, a apreciação do intercâmbio deve ser efetuada de acordo com as orientações fornecidas no presente capítulo.
410. O intercâmbio de informações pode também integrar um processo de aquisição. Nesses casos, consoante as circunstâncias, o intercâmbio pode estar sujeito às regras do Regulamento das Concentrações¹⁹⁶. Qualquer comportamento restritivo da concorrência que não esteja diretamente relacionado com a aquisição do controlo, e que não seja necessário à mesma, continua sujeito ao artigo 101.º do Tratado.
411. O intercâmbio de informações pode também resultar de iniciativas regulamentares. Embora as empresas possam ser incentivadas ou obrigadas a partilhar determinadas informações e dados a fim de cumprir os requisitos governamentais ou da União, o artigo 101.º, n.º 1, continua a ser aplicável. Na prática, isto significa que as pessoas sujeitas a requisitos regulamentares não os devem utilizar como meio para infringir o artigo 101.º, n.º 1. Devem limitar o âmbito do intercâmbio de informações ao que é necessário com base no regulamento aplicável e podem ter de aplicar medidas cautelares em caso de intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial.

¹⁹⁵ O termo «partilha de dados» é utilizado para descrever todas as formas e modelos possíveis subjacentes ao acesso e à transferência de dados entre empresas. Inclui repositórios de dados, em que os detentores de dados se agrupam para partilhar recursos de dados.

¹⁹⁶ Artigo 4.º, n.º 1, e artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004. Ver também o acórdão de 22 de setembro de 2021, Altice Europe/Comissão, T-425/18, ainda não publicado, EU:T:2021:607, n.º 239.

Um regulamento da UE pode, por exemplo, prever o intercâmbio de informações entre as empresas que estão sujeitas ao regulamento, a fim de eliminar ou reduzir a necessidade de ensaios em animais e/ou reduzir os custos da investigação. Esses intercâmbios estão sujeitos à aplicação do artigo 101.º, n.º 1. As empresas que participam nos intercâmbios previstos pelos regulamentos não devem, portanto, fornecer informações sensíveis do ponto de vista comercial que revelem a sua estratégia de mercado ou informações técnicas que excedam os requisitos do regulamento. As empresas podem ter a possibilidade de reduzir a frequência do intercâmbio, a fim de tornar as informações menos sensíveis do ponto de vista comercial. Sempre que possível, devem ser utilizadas informações agregadas ou intervalos, a fim de evitar o intercâmbio de valores individuais ou mais pormenorizados. As empresas também podem ponderar a utilização de um terceiro prestador de serviços independente («mandatário») que recebe informações individuais de várias fontes com base em acordos de não divulgação e, subsequentemente, recolhe, verifica e agrega essas informações num resultado composto que não permite deduzir valores individuais.

6.2. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

6.2.1. Introdução

412. O intercâmbio de informações é uma característica comum de muitos mercados concorrenciais e pode gerar vários tipos de ganhos de eficiência. Pode resolver o problema das assimetrias de informação¹⁹⁷, tornando assim os mercados mais eficientes. Nos últimos anos, a partilha de dados ganhou importância e tornou-se essencial para fundamentar a tomada de decisões através da utilização da análise de megadados e de técnicas de aprendizagem automática¹⁹⁸. Por outro lado, as empresas podem melhorar a sua eficiência interna comparando as suas melhores práticas respetivas. O intercâmbio de informações pode também ajudar as empresas a realizar economias de custos, reduzindo as suas existências, permitindo uma entrega mais rápida de produtos perecíveis aos consumidores ou fazendo face a uma procura instável, etc. A partilha de informações do mesmo tipo ou de natureza complementar pode permitir que as empresas desenvolvam novos ou melhores produtos ou serviços ou treinem algoritmos numa base mais ampla e mais significativa. Além disso, os intercâmbios de informações podem beneficiar diretamente os consumidores, reduzindo os seus custos de pesquisa de produtos e melhorando as possibilidades de escolha.
413. Como referido no ponto 15, o intercâmbio de informações só pode ser apreciado nos termos do artigo 101.º, n.º 1, se constituir ou integrar um acordo, uma prática concertada ou uma decisão de uma associação de empresas. Como definido no ponto 15, o conceito de prática concertada implica, além da concertação entre as empresas em causa, um comportamento no mercado que dê seguimento a essa concertação e um nexo causa/efeito entre esses dois elementos¹⁹⁹. O facto de um intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial entre concorrentes ocorrer com o intuito de preparar um acordo anticoncorrencial basta para provar a existência de

¹⁹⁷ A teoria económica sobre as assimetrias de informação trata do estudo das decisões em transações em que uma das partes dispõe de mais informações do que a outra.

¹⁹⁸ A partilha de dados é incentivada também na Estratégia Europeia para os Dados.

¹⁹⁹ Ver acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e outros, C-74/14, EU:C:2016:42, n.ºs 39-40; acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 126.

uma prática concertada na aceção do artigo 101.º, n.º 1. A este respeito, não é necessário demonstrar que esses concorrentes se comprometeram formalmente a adotar um determinado comportamento ou que fixaram em comum o seu comportamento futuro no mercado²⁰⁰. Além disso, normalmente, presume-se que as empresas que participam numa prática concertada e que continuam a operar no mercado têm em conta as informações trocadas com os seus concorrentes ao determinarem a sua atuação no mercado²⁰¹.

414. O princípio principal da concorrência é o de que cada empresa determina de forma independente o seu comportamento económico no mercado relevante. Este princípio não impede as empresas de se adaptarem inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes ou às condições habituais existentes no mercado. No entanto, as empresas deveriam evitar intercâmbios de informações que tenham por objetivo ou por efeito conduzir a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado relevante. É o que acontece quando o intercâmbio influencia o comportamento no mercado de um concorrente real ou potencial ou revela a esse concorrente o comportamento que outro concorrente decidiu seguir ou tenciona adotar no mercado²⁰².

415. Na presente secção, são definidas, em primeiro lugar, as duas principais preocupações em matéria de concorrência relacionadas com o intercâmbio de informações (secção 6.2.2). Em seguida, são fornecidas mais orientações sobre a relevância da natureza das informações trocadas para a apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1 (secção 6.2.3), e sobre as características do próprio intercâmbio (secção 6.2.4), bem como sobre as características do mercado (secção 6.2.5). Duas secções específicas tratam das restrições da concorrência por objetivo (secção 6.2.6) e por efeito (secção 6.2.7).

6.2.2. Principais preocupações em matéria de concorrência relacionadas com o intercâmbio de informações²⁰³

6.2.2.1. Comportamento colusivo

416. Ao aumentar artificialmente a transparência entre concorrentes no mercado, o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial pode facilitar a coordenação do comportamento concorrencial das empresas e provocar restrições da concorrência. Isto aplica-se, em especial, quando o intercâmbio constitui o suporte de outro mecanismo anticoncorrencial²⁰⁴.

417. Um intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial pode, *por si só*, permitir que as empresas cheguem a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação, o que pode levar a um comportamento colusivo no

²⁰⁰ Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Duravit e outros/Comissão, C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.º 135.

²⁰¹ Acórdão de 10 de novembro de 2017, ICAP e outros/Comissão, T-180/15, EU:T:2017:795, n.º 57; acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 51, e acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 127.

²⁰² Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e outros, C-74/14, EU:C:2016:42, n.º 27, e acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 32-33.

²⁰³ A utilização da expressão «principais preocupações em matéria de concorrência» implica que a descrição que se segue de preocupações em matéria de concorrência não é exclusiva nem exaustiva.

²⁰⁴ Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Duravit e outros/Comissão, C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.º 134; acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e outros/Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 281.

mercado. O intercâmbio pode criar expectativas mutuamente coerentes no que se refere às incertezas presentes no mercado. Nesta base, as empresas podem subsequentemente chegar a um entendimento comum sobre o seu comportamento no mercado, mesmo sem um acordo explícito de coordenação²⁰⁵.

418. O intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial pode também ser utilizado como método para aumentar a *estabilidade interna* de um acordo anticoncorrencial ou de uma prática concertada no mercado. O intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem de forma suficiente se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo e, assim, saibam quando aplicar medidas de retaliação. Este mecanismo de controlo pode ser constituído pelo intercâmbio de dados, tanto presentes como passados. Assim, as empresas podem adotar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado.

A utilização de algoritmos pelos concorrentes pode, por exemplo, aumentar o risco de um comportamento colusivo no mercado²⁰⁶. Os algoritmos podem permitir aos concorrentes aumentar a transparência do mercado, detetar desvios de preços em tempo real e tornar os mecanismos de sanção mais eficazes. Por outro lado, para que seja possível a colusão algorítmica, para além da conceção específica dos algoritmos, são necessárias algumas condições estruturais de mercado, como uma frequência elevada de interações, um poder de compra limitado e a presença de produtos/serviços homogêneos.

419. Por último, o intercâmbio de informações pode também ser utilizado como método para aumentar a *estabilidade externa* de um acordo anticoncorrencial ou de uma prática concertada no mercado. Os intercâmbios que tornam o mercado suficientemente transparente podem permitir que as empresas participantes na colusão controlem o momento e o local em que outras empresas tentam entrar no mercado, permitindo-lhes assim enfrentar o novo participante. Este mecanismo de controlo pode ser criado pelo intercâmbio de informações presentes e passadas.

6.2.2.2. Exclusão anticoncorrencial

420. Para além de facilitar a colusão, um intercâmbio de informações pode também provocar uma exclusão anticoncorrencial no mesmo mercado em que o intercâmbio ocorre ou num mercado conexo²⁰⁷.
421. A exclusão no mesmo mercado pode verificar-se quando o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial coloca os concorrentes que não participam no intercâmbio numa situação de desvantagem concorrencial significativa relativamente às empresas participantes no sistema de intercâmbio. Este tipo de exclusão é possível se as informações em causa forem de importância estratégica e o

²⁰⁵ Ver, por exemplo, acórdão de 7 de novembro de 2019, Campine e Campine Recycling/Comissão, T-240/17, EU:T:2019:778, n.º 305.

²⁰⁶ A colusão algorítmica deve distinguir-se da chamada «colusão por código», que se refere à aplicação deliberada, pelos concorrentes, de algoritmos comuns de coordenação comportamental. A colusão por código é geralmente um cartel e, por conseguinte, constitui uma restrição da concorrência por objetivo, independentemente das condições de mercado e das informações trocadas.

²⁰⁷ No que se refere aos efeitos de exclusão suscetíveis de serem provocados pelos acordos verticais, ver pontos [...] das Orientações relativas às Restrições Verticais.

intercâmbio abranger uma parte significativa do mercado relevante. Pode ser o caso, por exemplo, das iniciativas de partilha de dados, em que os dados partilhados são de importância estratégica, representam uma grande parte do mercado e impedem o acesso de terceiros²⁰⁸. Estas iniciativas também não facilitam a entrada de novos operadores no mercado.

422. Não se pode excluir que um intercâmbio de informações possa igualmente provocar uma exclusão anticoncorrencial de terceiros num mercado conexo. Por exemplo, as empresas verticalmente integradas que trocam informações num mercado a montante podem obter poder de mercado e adotar um comportamento colusivo para aumentar o preço de um componente fundamental para um mercado a jusante. Podem assim aumentar os custos dos seus concorrentes a jusante, o que poderá provocar uma exclusão anticoncorrencial do mercado a jusante. Além disso, as empresas que utilizam condições não transparentes e discriminatórias de acesso a informações partilhadas podem limitar a capacidade de terceiros para detetar tendências de potenciais novos produtos em mercados conexos.

6.2.3. *Quanto à natureza das informações trocadas*

6.2.3.1. Informações sensíveis do ponto de vista comercial

423. O artigo 101.º, n.º 1, é aplicável se o intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial for suscetível de influenciar a estratégia comercial dos concorrentes. É o que acontece se, após o intercâmbio, as informações reduzirem a incerteza quanto às ações futuras ou recentes de um ou vários concorrentes no mercado e independentemente de as empresas envolvidas no intercâmbio obterem algum benefício da sua cooperação. Trata-se muitas vezes de informações que é importante serem protegidas pela empresa a fim de manter ou melhorar a sua posição concorrencial no(s) mercado(s). As informações sobre os preços são, por exemplo, sensíveis do ponto de vista comercial, mas o artigo 101.º, n.º 1, também é aplicável se o intercâmbio não tiver um efeito direto sobre os preços pagos pelos utilizadores finais²⁰⁹. O facto de as informações trocadas poderem ser incorretas ou suscetíveis de induzir em erro não elimina, por si só, o risco de poderem influenciar o comportamento dos concorrentes no mercado²¹⁰.
424. As informações consideradas particularmente sensíveis do ponto de vista comercial e cujo intercâmbio foi qualificado como restrição por objetivo incluem o seguinte:

*O intercâmbio com concorrentes sobre a fixação de preços e as intenções em matéria de fixação de preços de uma empresa*²¹¹;

²⁰⁸ O acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.ºs 57-58, sublinha a importância de analisar a estrutura do mercado subjacente para determinar a probabilidade do risco de exclusão.

²⁰⁹ Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 123, e acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 36.

²¹⁰ Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Philips e Philips France/Comissão, T-762/14, EU:T:2016:738, n.º 91.

²¹¹ Ver, por exemplo, acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.º 96; acórdão de 15 de dezembro de 2016, Philips e Philips France/Comissão, T-762/14, EU:T:2016:738, n.ºs 134-136. Não é necessário que as informações estejam diretamente relacionadas com os preços. Os intercâmbios de informações que constituam um elemento decisivo do preço a pagar pelo utilizador final também podem constituir uma restrição por

*O intercâmbio com concorrentes sobre as capacidades de produção atuais e futuras de uma empresa*²¹²;

*O intercâmbio com concorrentes sobre a estratégia comercial que uma empresa tenciona adotar*²¹³;

*O intercâmbio com concorrentes sobre as previsões de uma empresa relativas à procura atual e futura*²¹⁴;

*O intercâmbio com concorrentes sobre as futuras vendas de uma empresa*²¹⁵;

*O intercâmbio com concorrentes sobre a situação atual de uma empresa e a sua estratégia de negócio*²¹⁶;

*O intercâmbio com concorrentes sobre características de futuros produtos que sejam pertinentes para os consumidores*²¹⁷;

*O intercâmbio com concorrentes de informações relativas a posições no mercado e estratégias em leilões de produtos financeiros*²¹⁸.

6.2.3.2. Informação pública

425. As «informações verdadeiramente públicas» são, de um modo geral, as informações igualmente acessíveis (em termos de custos de acesso) a todos os concorrentes e clientes²¹⁹. Uma vez que as informações são acessíveis ao público, podem ter perdido a sua natureza comercialmente sensível. Normalmente, os intercâmbios de informações verdadeiramente públicas não são suscetíveis de constituir uma infração ao artigo 101.^{o220} O facto de as informações serem verdadeiramente públicas pode diminuir a probabilidade de um comportamento colusivo no mercado, na medida em que as empresas não participantes na coordenação, os concorrentes potenciais e os compradores podem limitar os efeitos restritivos potenciais da concorrência²²¹.

objetivo. Ver acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 37.

²¹² Acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.ºs 85 e 96; acórdão de 15 de dezembro de 2016, Philips e Philips France/Comissão, T-762/14, EU:T:2016:738, n.º 104.

²¹³ Acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.º 98.

²¹⁴ Acórdão de 9 de setembro de 2015, Samsung SDI e outros/Comissão, T-84/13, EU:T:2015:611, n.º 51.

²¹⁵ Acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.º 96.

²¹⁶ Acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.º 70.

²¹⁷ Decisão da Comissão de 8 de julho de 2021 no processo AT.40178, Emissões de veículos automóveis, considerando 84, 107 e 124 a 126.

²¹⁸ Decisão da Comissão de 20 de maio de 2021 no processo AT.40324, Obrigações de dívida pública europeias, considerando 94.

²¹⁹ Tal não impede que uma base de dados seja proposta a um preço inferior a clientes que tenham contribuído com dados para a base, visto que ao fazê-lo teriam, normalmente, também incorrido em custos.

²²⁰ Ver Acórdão de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e outros/Comissão, T-191/98 e T-212/98 a T-214/98, Coletânea 2003 II-03275, EU:T:2003:245, n.º 1154. Tal poderá não acontecer se o intercâmbio estiver na base de um cartel.

²²¹ A apreciação das barreiras à entrada e do contrapoder dos compradores no mercado seria relevante para determinar se os não participantes no sistema de intercâmbio de informações teriam capacidade para afetar negativamente os resultados esperados da coordenação. Todavia, uma maior transparência para os consumidores pode quer diminuir quer aumentar as possibilidades de comportamento colusivo, visto

426. Para que as informações sejam verdadeiramente públicas, a sua obtenção não deve ser mais onerosa para os clientes e empresas que não participam no intercâmbio do que para as empresas que trocam as informações. Os concorrentes não optariam normalmente por trocar informações que podem obter no mercado com a mesma facilidade e, assim, o intercâmbio de informações verdadeiramente públicas é na prática improvável. Em contrapartida, mesmo que as informações trocadas entre concorrentes sejam consideradas como sendo do «domínio público», não são verdadeiramente públicas se os custos inerentes à sua recolha dissuadirem as outras empresas e os clientes de as obterem²²². A possibilidade de recolher as informações no mercado, por exemplo, junto de clientes, não significa necessariamente que essas informações constituam dados de mercado facilmente acessíveis para os concorrentes²²³.

Um exemplo típico de informação verdadeiramente pública é a publicidade feita pelas estações de serviço com informação sobre os preços correntes, tanto para os consumidores como para os concorrentes próximos. Na ausência de um acordo anticoncorrencial ou de uma prática concertada, essa publicidade beneficia os consumidores, já que facilita a comparação entre estações de serviço antes de abastecerem os seus automóveis, mesmo que a publicidade permita igualmente aos concorrentes tomarem conhecimento dos preços praticados pelos seus concorrentes próximos.

No caso de os proprietários das estações de serviço começarem a trocar informações sobre os preços em tempo real apenas entre si, é provável que a apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1, seja diferente. Os dados relativos aos preços trocados pelos proprietários não são verdadeiramente públicos, visto que para obter de outra forma as mesmas informações seria necessário despendir um tempo considerável e incorrer em custos de transportes significativos. Na verdade, seria necessário estar constantemente a viajar para obter os preços publicitados nos painéis das estações de serviço espalhadas por todo o país. Os custos potenciais seriam de tal forma elevados que, na prática, a informação não poderia ser obtida na ausência do intercâmbio de informações. Além disso, o intercâmbio é sistemático e abrange a totalidade do mercado relevante, no qual existem apenas alguns concorrentes e os novos operadores são pouco prováveis. É provável que o intercâmbio crie um clima de certeza mútua entre os concorrentes quanto à sua política de preços, sendo assim suscetível de facilitar a adoção de um comportamento colusivo.

427. Mesmo que as informações estejam disponíveis publicamente (por exemplo, informações publicadas pelas entidades reguladoras), um intercâmbio de informações adicionais entre concorrentes pode restringir a concorrência se reduzir ainda mais a incerteza estratégica no mercado. Neste caso, as informações adicionais trocadas poderiam ser críticas para que o mercado evolua no sentido de um comportamento colusivo.

que nessa situação, na medida em que a elasticidade em termos de preços da procura é mais elevada, as vantagens de um desvio são superiores mas a retaliação é também mais dura.

²²² Além disso, o facto de as partes no intercâmbio terem previamente comunicado os dados ao público (por exemplo, através de um jornal diário ou do seu sítio) não implica que um subsequente intercâmbio não público não venha a constituir uma infração ao artigo 101.º, n.º 1.

²²³ Ver acórdão de 12 de julho de 2001, Tate & Lyle e outros/Comissão, T-202/98 e T-204/98 e T-207/98, Coletânea 2001 II-02035, EU:T:2001:185, n.º 60.

Num determinado setor, pode, por exemplo, ser do conhecimento público que os custos de fornecimento estão a aumentar. Em reuniões bilaterais ou durante reuniões da associação comercial correspondente, este fenómeno pode ser abordado pelos participantes. Embora os concorrentes possam referir-se ao aumento dos custos dos fornecimentos – já que é do conhecimento público – não podem avaliar em conjunto o aumento dos materiais se tal reduzir a incerteza quanto às ações futuras ou recentes de um concorrente individual no mercado²²⁴. Um concorrente deve determinar de forma autónoma a política que tenciona seguir no mercado interno. Tal implica que cada concorrente tenha de decidir de forma autónoma qual será a sua resposta aos custos crescentes dos materiais.

6.2.3.3. Informações e dados agregados/individualizados

428. A natureza comercialmente sensível das informações depende igualmente da sua utilidade para os concorrentes. Em função das circunstâncias, o intercâmbio de dados brutos pode ser menos sensível do ponto de vista comercial do que um intercâmbio de dados já convertidos em informação significativa. Do mesmo modo, os dados brutos podem ser menos sensíveis do ponto de vista comercial do que os dados agregados, mas podem permitir às empresas obterem mais ganhos de eficiência através do seu intercâmbio. Simultaneamente, o intercâmbio de informações verdadeiramente agregadas, em que seja suficientemente difícil ou incerto reconhecer as informações relativas a cada empresa, tem muito menos probabilidades de restringir a concorrência do que os intercâmbios de informações ao nível das empresas.
429. A recolha e publicação de informações de mercado agregadas (por exemplo dados de vendas, dados sobre capacidades ou dados sobre custos de matérias-primas e componentes) por uma associação comercial ou por uma empresa de estudo de mercado podem beneficiar tanto os concorrentes como os clientes, reduzindo os custos e permitindo-lhes ter uma visão global mais clara da situação económica de um setor. Essa recolha e publicação de informações pode permitir aos concorrentes individuais fazer escolhas mais informadas, a fim de adaptar com eficiência a sua estratégia de concorrência individual às condições de mercado. De um modo mais geral, a menos que ocorra entre um número relativamente pequeno de empresas com uma quota de mercado suficientemente grande, é pouco provável que o intercâmbio de informações agregadas dê origem a uma restrição da concorrência. Inversamente, o intercâmbio de informações individualizadas pode facilitar um entendimento comum sobre o mercado e sobre as estratégias de sanção, permitindo que as empresas participantes na coordenação identifiquem de forma mais eficaz uma empresa que se desvia ou uma empresa que pretende entrar no mercado. Contudo, não se pode excluir a possibilidade de mesmo o intercâmbio de informações e dados agregados poder facilitar um comportamento colusivo em mercados com características específicas. Por exemplo, os membros de um oligopólio muito fechado e estável, que trocam informações agregadas, poderiam automaticamente presumir que uma empresa se desviou do comportamento colusivo, ao detetarem um preço de mercado inferior a um determinado nível, e tomar medidas retaliatórias a nível de todo o mercado. Por outras palavras, a fim de manter a estabilidade da colusão, nem sempre é necessário que as empresas de um oligopólio muito fechado e

²²⁴

Ver, por exemplo, acórdão de 14 de março de 2013, Dole Food Company e Dole Germany/Comissão, T-588/08, EU:T:2013:130, n.ºs 291-295.

estável conheçam qual delas se desviou, podendo ser suficiente saber que «uma delas» o fez.

6.2.3.4. Antiguidade das informações

430. Em muitos setores, as informações tornam-se históricas de forma relativamente rápida, perdendo, assim, a sua natureza comercialmente sensível. É pouco provável que o intercâmbio de informações históricas conduza a um comportamento colusivo, visto que essas informações não são suscetíveis de fornecer indicações sobre o comportamento que os concorrentes tencionam adotar ou de promover um entendimento comum sobre o mercado²²⁵. Em princípio, quanto mais antigas forem as informações, menos úteis tendem a ser para detetar atempadamente os desvios e, por conseguinte, para que exista ameaça credível de rápida retaliação²²⁶. No entanto, este aspeto exige uma apreciação caso a caso da pertinência das informações²²⁷.
431. O carácter histórico das informações depende das características específicas do mercado relevante, da frequência das negociações de compra e venda no setor e da antiguidade das informações normalmente utilizadas no setor para efeitos de decisões empresariais. Pode, por exemplo, considerar-se que as informações são históricas quando a sua antiguidade é várias vezes superior à duração média dos ciclos de fixação de preços ou dos contratos no setor, se estes forem indicativos de renegociações de preços. Por outro lado, o intercâmbio de informações atuais pode ter efeitos restritivos da concorrência, em especial se esse intercâmbio servir para aumentar artificialmente a transparência entre as empresas e não para com os consumidores.

Por exemplo, se as empresas se basearem normalmente em dados sobre as preferências dos consumidores (compras ou outras escolhas) relativas ao último ano para otimizar as decisões comerciais estratégicas das suas marcas, as informações que abranjam este período serão em geral mais sensíveis do ponto de vista comercial do que os dados mais antigos. As informações relativas ao último ano não são, assim, consideradas «históricas».

6.2.4. Características do intercâmbio

6.2.4.1. Divulgações unilaterais

432. Uma situação em que apenas uma empresa divulga informações sensíveis do ponto de vista comercial ao(s) seu(s) concorrente(s) e este(s) as aceita(m) pode constituir uma prática concertada²²⁸. Estas divulgações de informações podem, por exemplo, revestir a forma de publicações em sítios Web, correio eletrónico, chamadas

²²⁵ A recolha de dados históricos pode igualmente ser utilizada para transmitir a contribuição ou análise de uma associação do setor relativamente à revisão de uma política pública.

²²⁶ Por exemplo, em casos anteriores, a Comissão classificou o intercâmbio de dados individuais com mais de um ano como uma troca de dados históricos e não restritiva da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, enquanto as informações com menos de um ano foram consideradas recentes; Decisão da Comissão no processo IV/31.370, Intercâmbio de registo de tratores agrícolas no Reino Unido, considerando 50. Decisão da Comissão no processo IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (JO L 1 de 3.1.1998, p. 10), considerando 17.

²²⁷ No seu acórdão de 12 de julho de 2019, Sony e Sony Electronics/Comissão, T-762/15, EU:T:2019:515, n.º 127, o Tribunal Geral considerou que, nas circunstâncias do caso em apreço, o conhecimento dos resultados dos leilões anteriores constituía uma informação muito importante para os concorrentes, tanto para efeitos de controlo como tendo em vista futuros contratos.

²²⁸ Ver acórdão de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR/Comissão, T-25/95 e outros, Coletânea 2000 II-00491, EU:T:2000:77, n.º 1849.

telefónicas, publicações numa ferramenta algorítmica partilhada, reuniões, etc. É, portanto, irrelevante que apenas uma única empresa informe os seus concorrentes unilateralmente sobre o comportamento que tenciona adotar no mercado ou que todas as empresas em causa troquem informações sobre as respetivas decisões e intenções. Quando uma única empresa divulga aos seus concorrentes informações sensíveis do ponto de vista comercial sobre a sua futura política comercial, diminui a incerteza estratégica quanto ao comportamento futuro no mercado para todos os seus concorrentes e aumenta o risco de limitar a concorrência e de ser adotado um comportamento colusivo²²⁹.

Por exemplo, a participação numa reunião²³⁰, em que uma empresa revela aos seus concorrentes as suas intenções em matéria de fixação de preços é suscetível de ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, mesmo que não exista um acordo expresso de aumento de preços²³¹. Na mesma ordem de ideias, a introdução de uma regra de fixação de preços numa ferramenta algorítmica partilhada [por exemplo, o preço mais baixo na(s) plataforma(s) em linha ou loja(s) relevante(s) +5 %, ou o preço de um concorrente -5 %] também é suscetível de ser abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, mesmo que não exista um acordo explícito para alinhar os preços futuros.

Em contrapartida, o envio de uma mensagem de correio eletrónico para caixas de correio pessoais não constitui, em si mesmo, um indicio de que os destinatários deviam ter conhecimento do conteúdo dessa mensagem²³². Pode, à luz de outros indícios objetivos e concordantes, fundamentar a presunção de que os destinatários tinham conhecimento do conteúdo, mas estes devem manter a possibilidade de ilidir essa presunção²³³.

433. Quando uma empresa recebe informações sensíveis do ponto de vista comercial de um concorrente (quer seja numa reunião, por telefone, por via eletrónica ou como publicação numa ferramenta algorítmica) presume-se que tem em conta essas informações e que adapta o seu comportamento de mercado em conformidade, a não ser que responda com uma declaração inequívoca de que não deseja receber essas informações²³⁴ ou apresente uma denúncia às autoridades administrativas.
434. Quando uma empresa profere um anúncio unilateral que é também verdadeiramente público, por exemplo através de uma publicação num sítio Web acessível ao público, de uma declaração pública ou num jornal, este comportamento não constitui normalmente uma prática concertada na aceção do artigo 101.º, n.º 1²³⁵. No entanto, em função dos factos subjacentes ao processo em apreço, não pode ser excluída a

²²⁹ Ver as conclusões da advogada-geral Juliane Kokott de 19 de fevereiro de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 54.

²³⁰ Ver acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 59.

²³¹ Ver acórdão de 12 de julho de 2001, Tate & Lyle e outros/Comissão, T-202/98 e T-204/98 e T-207/98, Coletânea 2001 II-02035, EU:T:2001:185, n.º 54.

²³² Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e outros, C-74/14, EU:C:2016:42, n.ºs 39-40.

²³³ No acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e outros, C-74/14, EU:C:2016:42, n.º 41, o Tribunal de Justiça referiu exemplos de como ilidir esta presunção: demonstrando que o destinatário não recebeu a mensagem, que não consultou a rubrica em questão ou que só a consultou depois de decorrido certo um tempo desse envio.

²³⁴ Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Eturas e outros, C-74/14, EU:C:2016:42, n.º 48, e acórdão de 8 de julho de 1999, Hüls/Comissão, C-199/92 P, EU:C:1999:358, n.º 162; acórdão de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.º 121.

²³⁵ Ver acórdão de 5 de outubro de 2020, Casino, Guichard-Perrachon e AMC/Comissão, T-249/17, ainda não publicado, EU:T:2020:458, n.ºs 263-267.

existência de uma prática concertada. Como explicado no ponto 426, o fornecimento de informações e dados verdadeiramente públicos pode ajudar os clientes a fazerem escolhas informadas. No entanto, estes ganhos de eficiência são menos prováveis se as informações disserem respeito a intenções futuras que podem não se concretizar e não vincularem a empresa perante os seus clientes²³⁶.

Um anúncio público unilateral relativo a intenções futuras em matéria de preços, por exemplo, não vinculará perante os seus clientes a empresa que faz o anúncio, mas pode dar sinais importantes sobre a estratégia que uma empresa tenciona adotar no mercado aos seus concorrentes. Será esse o caso, em especial, se as informações forem suficientemente específicas. Por conseguinte, esses anúncios tendem a não trazer quaisquer ganhos de eficiência em benefício dos consumidores, mas podem facilitar a colusão.

Os anúncios públicos unilaterais podem também ser indicativos de um acordo anticoncorrencial ou prática concertada subjacente. Num mercado em que existem poucos concorrentes e em que existem grandes obstáculos à entrada, as empresas que divulgam continuamente informações sem benefícios aparentes para os consumidores (por exemplo, informações sobre os custos de I&D, os custos de adaptação às exigências ambientais, etc.) podem – na ausência de outra explicação plausível – incorrer numa infração ao artigo 101.º, n.º 1. Os anúncios públicos unilaterais podem ser utilizados para aplicar ou monitorizar os seus acordos colusivos. A verificação dessa infração dependerá de todo o conjunto de elementos de prova disponíveis.

6.2.4.2. Intercâmbio indireto de informações e intercâmbios em relações verticais/horizontais mistas

435. O intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial entre concorrentes pode ocorrer através de um terceiro (por exemplo, um terceiro prestador de serviços, incluindo uma plataforma ou um fornecedor terceiro de ferramentas de otimização), de uma agência comum (por exemplo, uma organização de comércio), de um dos seus fornecedores ou clientes²³⁷, ou através de um algoritmo partilhado (conjuntamente designados por «terceiro»). A principal preocupação em termos de concorrência reside no facto de o intercâmbio poder reduzir a incerteza quanto às ações dos concorrentes e, por conseguinte, conduzir a um comportamento colusivo no mercado. Nesses casos, a colusão é facilitada ou executada através do terceiro. Em função das circunstâncias do caso concreto, os concorrentes e o terceiro podem ser ambos responsabilizados por essa colusão. A redação do artigo 101.º, n.º 1, em nada indica que a proibição prevista nesta disposição visa unicamente as partes nos acordos ou nas práticas concertadas que exercem a sua atividade nos mercados afetados pelos mesmos²³⁸.

²³⁶ Ver, por exemplo, Decisão da Comissão de 7 de julho de 2016, Processo AT.39850, Transporte marítimo de contentores, considerando 40 a 43.

²³⁷ Embora as orientações relativas à apreciação dos acordos de distribuição verticais estejam disponíveis no RIC Vertical e nas Orientações Verticais, em determinadas circunstâncias os acordos de distribuição verticais podem ser utilizados para fins de colusão horizontal.

²³⁸ Acórdão de 10 de novembro de 2017, ICAP e outros/Comissão, T-180/15, EU:T:2017:795, n.º 103; acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.ºs 27 e 34-35.

436. No caso de um intercâmbio indireto de informações sensíveis do ponto de vista comercial, é necessária uma análise caso a caso do papel de cada participante para determinar se o intercâmbio diz respeito a um acordo anticoncorrencial ou a uma prática concertada e quem é responsável pela colusão. Esta apreciação deverá, nomeadamente, ter em conta o nível de conhecimento dos fornecedores ou destinatários das informações relativo aos intercâmbios entre outros destinatários ou fornecedores de informações e o terceiro.

Podem distinguir-se várias circunstâncias:

Certos intercâmbios indiretos de informações são conhecidos como acordos radiais (hub-and-spoke). Nestes casos, um fornecedor ou fabricante comum atua como um ponto central para transmitir informações a diferentes retalhistas, mas pode também acontecer que um retalhista facilite a coordenação entre vários fornecedores ou fabricantes. Uma plataforma em linha pode também atuar como ponto central caso facilite, coordene ou aplique práticas anticoncorrenciais entre os utilizadores dos seus serviços de plataforma.

As plataformas em linha podem, por exemplo, permitir o intercâmbio de informações entre utilizadores de plataformas para garantir determinadas margens ou níveis de preços. As plataformas podem também ser utilizadas para impor restrições operacionais ao sistema, impedindo os utilizadores de oferecerem preços mais baixos ou outras vantagens aos clientes finais. Outros intercâmbios indiretos de informações podem envolver a dependência entre concorrentes (potenciais) de um algoritmo de otimização partilhada que tomaria decisões empresariais com base em contribuições de dados sensíveis do ponto de vista comercial provenientes de vários concorrentes, ou a aplicação, nas ferramentas automatizadas pertinentes, de características ou mecanismos de otimização alinhados/coordenados. Embora a utilização de dados disponíveis publicamente para alimentar software algorítmico seja legal, a agregação de informações sensíveis numa ferramenta de fixação de preços oferecida por uma única empresa de TI a que vários concorrentes tenham acesso pode constituir uma colusão horizontal.

Uma agência comum, como uma associação comercial, pode também facilitar os intercâmbios entre os seus membros.

437. Uma empresa que receba ou transmita indiretamente informações sensíveis do ponto de vista comercial pode ser considerada responsável por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1. Pode ser esse o caso se a empresa que recebeu ou transmitiu as informações tinha conhecimento dos objetivos anticoncorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo terceiro e pretendia contribuir para a sua realização através do seu próprio comportamento. Tal seria aplicável se a empresa acordasse expressa ou tacitamente com o terceiro fornecedor em partilhar essas informações com os seus concorrentes ou se tencionasse, por intermédio do terceiro, divulgar informações sensíveis do ponto de vista comercial aos seus concorrentes. Além disso, a condição seria preenchida se a empresa que recebe ou transmite as informações pudesse razoavelmente prever que o terceiro partilharia as suas informações comerciais com os seus concorrentes e estivesse disposta a aceitar o risco que tal implicava. Por outro lado, a condição não está preenchida quando o terceiro utilizou informações

sensíveis do ponto de vista comercial de uma empresa e, sem informar essa empresa, as transmitiu aos seus concorrentes²³⁹.

438. Do mesmo modo, um terceiro que transmita informações sensíveis do ponto de vista comercial pode igualmente ser responsabilizado por tal infração se tencionava, através do seu próprio comportamento, contribuir para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes no acordo e se tinha conhecimento dos comportamentos materiais equacionados ou aplicados por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos ou se os podia razoavelmente prever e se estava disposto a assumir o risco²⁴⁰.

6.2.4.3. Frequência do intercâmbio de informações

439. Os intercâmbios de informações frequentes, que facilitam um melhor entendimento comum sobre o mercado e o controlo dos desvios, aumentam os riscos de adoção de um comportamento colusivo. Em mercados instáveis, para que o comportamento colusivo seja facilitado, podem ser necessários intercâmbios de informações mais frequentes. Em mercados com contratos de longo prazo (que são indicativos de negociações de compra e venda pouco frequentes), um intercâmbio de informações menos frequente poderia ser suficiente para propiciar um comportamento colusivo. Inversamente, intercâmbios pouco frequentes podem não ser suficientes para propiciar um comportamento colusivo em mercados com contratos de curto prazo, indicativos de renegociações frequentes²⁴¹. De um modo geral, a frequência necessária de intercâmbio de informações para que o resultado colusivo seja facilitado depende igualmente da natureza, antiguidade e agregação dessas informações²⁴². Em resultado da importância crescente dos dados em tempo real para a capacidade de as empresas concorrerem de forma viável, a maior vantagem concorrencial é obtida através do intercâmbio automatizado de informações em tempo real.

6.2.4.4. Medidas adotadas para limitar e/ou controlar a forma como os dados são utilizados

440. As empresas que pretendam (ou necessitem de) trocar informações podem tomar medidas para restringir o acesso às informações e/ou controlar a forma como estas são utilizadas²⁴³. Essas medidas podem impedir que informações sensíveis do ponto de vista comercial possam influenciar o comportamento de um concorrente.

As empresas podem, por exemplo, utilizar equipas restritas («clean teams») para receber e tratar informações. Uma equipa restrita refere-se, regra geral, a um grupo restrito de indivíduos de uma empresa que não participam nas operações comerciais quotidianas e que estão vinculados por protocolos rigorosos de confidencialidade no que diz respeito às informações sensíveis do ponto de vista comercial. Uma equipa restrita pode ser utilizada, por exemplo, na execução de outro acordo de cooperação

²³⁹ Acórdão de 21 de julho de 2016, VM Remonts e outros, C-542/14, EU:C:2016:578, n.º 30; acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 30.

²⁴⁰ Acórdão de 10 de novembro de 2017, ICAP e outros/Comissão, T-180/15, EU:T:2017:795, n.º 100.

²⁴¹ Por exemplo, contratos pouco frequentes poderiam diminuir a probabilidade de retaliação.

²⁴² Em função da estrutura do mercado e do contexto global do intercâmbio, não se pode excluir que um intercâmbio isolado possa constituir uma base suficiente para as empresas concertarem o seu comportamento no mercado; ver acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 59.

²⁴³ Essas obrigações podem já decorrer do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (JO L 119 de 4.5.2016, p. 1), caso os dados pessoais sejam incluídos no intercâmbio.

horizontal, a fim de garantir que as informações fornecidas para efeitos dessa cooperação são fornecidas com base no princípio da necessidade de tomar conhecimento e de forma agregada.

Os participantes num repositório de dados só devem, em princípio, ter acesso às suas próprias informações e às informações finais, agregadas, dos outros participantes. As medidas técnicas e práticas podem garantir que um participante não esteja em condições obter informações sensíveis do ponto de vista comercial de outros participantes. A gestão de um repositório de dados pode, por exemplo, ser concedida a um terceiro independente sujeito a regras de confidencialidade rigorosas no que diz respeito às informações recebidas dos participantes no repositório de dados. Os responsáveis pela gestão de um repositório de dados devem também garantir que apenas são recolhidas as informações necessárias para a consecução da finalidade legítima do repositório de dados.

6.2.4.5. Acesso às informações e aos dados recolhidos

441. Nas situações em que as informações trocadas são estratégicas para a concorrência e abrangem uma parte significativa do mercado relevante, mas não apresentam um risco de comportamento colusivo, as condições de acesso a essas informações constituem um elemento importante para apreciar os eventuais efeitos de exclusão do mercado. A troca dessas informações estratégicas só pode ser permitida se as informações forem tornadas acessíveis, de forma não discriminatória, a todas as empresas ativas no mercado relevante. Se essa acessibilidade não fosse garantida, alguns dos concorrentes ficariam em desvantagem, uma vez que disporiam de menos informações, o que também não facilitaria a entrada de novos operadores no mercado²⁴⁴.
442. Pode ser esse o caso, em particular, das iniciativas de partilha de dados, em que os dados partilhados num repositório de dados representam uma grande parte do mercado. Quando os dados partilhados representam um ativo valioso para concorrer no mercado, os concorrentes a quem é recusado o acesso (ou a quem o acesso é concedido apenas em condições menos favoráveis) podem ser excluídos do mercado. A apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1, dependerá de elementos como a natureza dos dados partilhados, as condições do acordo de partilha de dados e os requisitos de acesso, bem como a posição no mercado das partes relevantes. Partindo do princípio de que o repositório de dados não é passível de dar origem a um comportamento colusivo, alguma forma de adesão aberta ou de acesso a esse repositório limitaria o risco de exclusão anticoncorrencial do mercado. A apreciação deve ter em conta que os efeitos de exclusão decorrentes de uma recusa de concessão de acesso a um repositório de dados podem ser significativos, em especial quando existir um elevado grau de concentração do mercado e de dados e se os dados partilhados gerarem uma importante vantagem concorrencial ao servir não só o mercado relevante, mas também os mercados vizinhos.

6.2.5. Características do mercado

443. A probabilidade de um intercâmbio de informações resultar em colusão ou exclusão do mercado depende das características do mercado. Os intercâmbios podem igualmente afetar estas características do mercado. As características do mercado relevantes neste contexto incluem, nomeadamente, o nível de transparência num

²⁴⁴

Acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 60.

mercado, o número de empresas presentes, a existência de barreiras à entrada, a natureza homogénea do produto ou do serviço abrangido pelo intercâmbio, a natureza homogénea das empresas envolvidas²⁴⁵ e a estabilidade das condições da oferta e da procura no mercado²⁴⁶.

444. É mais fácil chegar a um entendimento comum sobre as condições de coordenação e controlar os desvios num mercado em que apenas estão presentes algumas empresas. Se a oferta num mercado for muito concentrada, o intercâmbio de determinadas informações pode, segundo o tipo de informações trocadas, permitir que as empresas conheçam a posição e a estratégia comercial dos seus concorrentes no mercado, falseando deste modo a rivalidade nesse mercado e aumentando a possibilidade de uma colusão, ou mesmo facilitando-a. Em contrapartida, se o mercado estiver fragmentado, a difusão e o intercâmbio de informações entre concorrentes podem ser neutros, ou mesmo positivos, para a natureza competitiva do mercado²⁴⁷.
445. Um mercado muito transparente pode facilitar a colusão, ao permitir que as empresas cheguem a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação e ao aumentar a estabilidade interna e externa da colusão²⁴⁸.
446. Os comportamentos colusivos são também mais prováveis quando as condições da oferta e da procura no mercado são relativamente estáveis²⁴⁹. A volatilidade da procura, o forte crescimento interno de algumas empresas no mercado ou a entrada frequente de novas empresas podem indicar que a situação atual não é suficientemente estável para que a coordenação seja provável²⁵⁰ ou pode exigir intercâmbios mais frequentes para ter efeitos sobre a concorrência.
447. Por outro lado, nos mercados em que a inovação é importante, a coordenação pode ser mais difícil, dado que inovações particularmente significativas podem permitir a uma empresa obter uma importante vantagem em relação aos seus concorrentes. Para que um comportamento colusivo seja sustentável, as reações das empresas terceiras, como os concorrentes atuais e potenciais que não participam na coordenação, e também dos clientes, não deverão poder comprometer os resultados esperados do comportamento colusivo. Neste contexto, a existência de barreiras à entrada aumenta as probabilidades de um comportamento colusivo no mercado ser exequível e sustentável.

6.2.6. *Restrição da concorrência por objetivo*

448. Um intercâmbio de informações será considerado uma restrição por objetivo quando a informação for sensível do ponto de vista comercial e for suscetível de eliminar a

²⁴⁵ Quando as empresas apresentam características homogéneas em termos de custos, procura, quotas de mercado, gama de produtos, capacidades, etc., são maiores as probabilidades de chegarem a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação, visto que os seus incentivos estão mais alinhados entre si.

²⁴⁶ Convém salientar que esta não é uma lista completa de todas as características do mercado relevantes. Podem existir outras características do mercado que são importantes no âmbito de certos intercâmbios de informações.

²⁴⁷ Ver acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 58 e jurisprudência nele mencionada.

²⁴⁸ Ver também o ponto 452.

²⁴⁹ Ver acórdão de 27 de outubro de 1994, Deere/Comissão, T-35/92, EU:T:1994:259, n.º 78.

²⁵⁰ Ver Decisão da Comissão, nos processos IV/31.370 e 31446, Intercâmbio de registo de tratores agrícolas no Reino Unido (JO L 68 de 13.3.1992, p. 19), considerando 51, e acórdão de 27 de outubro de 1994, Deere/Comissão, T-35/92, John Deere/Comissão, n.º 78.

incerteza entre os participantes no que diz respeito ao calendário, à extensão e aos pormenores das alterações a adotar pelas empresas em causa no seu comportamento no mercado²⁵¹. Ao apreciar se um intercâmbio constitui uma restrição da concorrência por objetivo, a Comissão consagrará especial atenção ao conteúdo, aos seus objetivos e ao contexto jurídico e económico em que ocorre o intercâmbio de informações²⁵². No âmbito da apreciação do referido contexto, há que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa²⁵³.

449. Com base nos exemplos apresentados no ponto 424, é evidente que não é necessária uma relação direta entre as informações trocadas e os preços no consumidor para que o intercâmbio constitua uma restrição por objetivo. Para determinar a existência de uma infração por objetivo, o critério decisivo é a natureza dos contactos e não a sua frequência²⁵⁴.

Por exemplo: um grupo de concorrentes receia que os seus produtos possam estar sujeitos a requisitos ambientais cada vez mais rigorosos. No contexto dos esforços comuns de representação de grupos de interesses, reúnem-se regularmente e trocam pontos de vista. A fim de chegar a uma posição comum sobre as futuras propostas legislativas, trocam certas informações relativas às características ambientais dos seus produtos existentes. Desde que estas informações sejam históricas e não permitam às empresas tomar conhecimento das estratégias de mercado que os seus concorrentes tencionam adotar, o intercâmbio não constitui uma restrição na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

No entanto, a partir do momento em que as empresas começam a trocar informações sobre o desenvolvimento de futuros produtos, existe o risco de esses intercâmbios poderem influenciar o comportamento dos concorrentes no mercado. Este intercâmbio pode levar os concorrentes a chegarem a um entendimento comum no sentido de não comercializarem produtos mais respeitadores do ambiente do que o exigido por lei. Essa coordenação afeta o comportamento das partes no mercado e restringe as escolhas dos consumidores e a concorrência quanto às características do produto. Por conseguinte, será considerada uma restrição da concorrência por objetivo.

450. Um intercâmbio de informações pode ser considerado um cartel se visar coordenar o comportamento concorrencial ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência no mercado entre dois ou mais concorrentes. Um intercâmbio de informações constitui um cartel se consistir num acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência,

²⁵¹ Acórdão de 8 de julho de 2020, Infineon Technologies/Comissão, T-758/14 RENV, ainda não publicado, EU:T:2020:307, n.º 100. Ver também: acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 122; e acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e outros, C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 41.

²⁵² Ver, por exemplo, o acórdão de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 58; acórdão de 20 de novembro de 2008, BIDS, C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 15 e seguintes.

²⁵³ Acórdão de 26 de setembro de 2018, Philips e Philips France/Comissão, C-98/17 P, EU:T:2018:774, n.º 35.

²⁵⁴ Acórdão do Tribunal Geral de 7 de novembro de 2019, Campine e Campine Recycling/Comissão, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, n.º 308.

através de práticas como, nomeadamente, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, incluindo em relação a direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes. Os intercâmbios de informações que constituem cartéis não só infringem o artigo 101.º, n.º 1, como são muito pouco suscetíveis de preencher as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Os intercâmbios de informações podem igualmente facilitar a execução de um cartel, permitindo que as empresas verifiquem se os participantes cumprem as condições acordadas. Estes tipos de intercâmbios de informações serão apreciados enquanto parte do cartel.

6.2.7. *Efeitos restritivos da concorrência*

451. Um intercâmbio de informações que não constitua uma restrição por objetivo pode ainda assim ter *efeitos* restritivos da concorrência.
452. Como é indicado no ponto 37, os efeitos prováveis de um intercâmbio de informações sobre a concorrência devem ser analisados caso a caso, uma vez que os resultados da apreciação dependem de uma combinação de diversos fatores que são específicos a cada caso. Nesta apreciação, a Comissão comparará os efeitos reais ou potenciais do intercâmbio de informações sobre a situação atual do mercado com a situação que existiria na ausência desse intercâmbio de informações específico²⁵⁵. Para que um intercâmbio de informações tenha efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, deve ser suscetível de ter um impacto negativo sensível num (ou em vários) parâmetros da concorrência, como o preço, a produção, a qualidade e a variedade do produto ou a inovação.
453. Para a apreciação dos eventuais efeitos restritivos, são importantes a natureza das informações trocadas (ver secção 6.2.3), as características do intercâmbio (ver secção 6.2.4) e as características do mercado (ver secção 6.2.5)²⁵⁶.
454. Para que um intercâmbio de informações seja suscetível de ter efeitos restritivos da concorrência, as empresas que participam no intercâmbio devem cobrir uma parte suficientemente importante do mercado relevante. De outra forma, os concorrentes que não participam no intercâmbio poderiam refrear um eventual comportamento anticoncorrencial das empresas participantes.
455. Aquilo que constitui «uma parte suficientemente importante do mercado relevante» não pode ser definido de forma abstrata e dependerá dos fatores específicos de cada caso e do tipo de intercâmbio em causa. Nos casos em que um intercâmbio de informações ocorre no contexto de outro tipo de acordo de cooperação horizontal, qualquer intercâmbio que não exceda o necessário para a sua aplicação não dará, em princípio, origem a efeitos restritivos da concorrência quando a cobertura do mercado for inferior aos limiares de quota de mercado estabelecidos no capítulo correspondente das presentes orientações, no regulamento de isenção por categoria

²⁵⁵ Acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere, C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 76.

²⁵⁶ Acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 54.

aplicável²⁵⁷ ou na Comunicação *de minimis* relativamente ao tipo de acordo em questão²⁵⁸.

456. Um intercâmbio de informações que pouco contribua para a transparência num mercado tem menos probabilidades de produzir efeitos negativos consideráveis do que um outro que aumente significativamente a transparência. Por conseguinte, é a combinação do nível de transparência que existia anteriormente no mercado com a forma como o intercâmbio altera esse nível que determinará a probabilidade de o intercâmbio de informações ter efeitos restritivos da concorrência. Os intercâmbios de informações nos oligopólios fechados são mais suscetíveis de provocar efeitos restritivos na concorrência do que os oligopólios menos fechados e é pouco provável que provoquem efeitos desta natureza em mercados muito fragmentados.

6.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

6.3.1. *Ganhos de eficiência*²⁵⁹

457. O intercâmbio de informações pode conduzir a ganhos de eficiência, em função das características do mercado. As empresas podem, por exemplo, tornar-se mais eficientes se compararem o seu desempenho com as melhores práticas do setor. O intercâmbio de informações pode também contribuir para um mercado resiliente, ao permitir que as empresas respondam mais rapidamente às alterações da oferta e da procura e atenuem os riscos internos e externos de perturbações ou vulnerabilidades na cadeia de abastecimento. Pode beneficiar tanto os consumidores como as empresas, fornecendo informações sobre as qualidades relativas dos produtos, por exemplo através da publicação de listas de melhores vendas ou de dados de comparação de preços. Um intercâmbio de informações de carácter verdadeiramente público pode assim beneficiar os consumidores, ajudando-os a fazer uma escolha mais informada (e reduzindo os custos de pesquisa no mercado). Da mesma forma, os intercâmbios de informações públicas sobre os preços atuais dos insumos podem reduzir os custos de pesquisa das empresas, o que deverá beneficiar os consumidores através da redução dos preços finais.
458. O intercâmbio, entre empresas, de dados relativos aos consumidores em mercados caracterizados por uma assimetria da informação relativa aos consumidores pode também proporcionar ganhos de eficiência. Por exemplo, o controlo do comportamento passado dos clientes em termos de incidentes ou de incumprimento das obrigações de crédito contraído constitui um incentivo para que os consumidores limitem a sua exposição ao risco. Permite igualmente detetar quais os consumidores que apresentam um menor risco e que devem beneficiar de preços mais baixos. Neste contexto, o intercâmbio de informações pode igualmente reduzir a catividade (*lock-in*) dos consumidores, promovendo assim uma concorrência mais forte. Tal acontece porque as informações são normalmente específicas a uma determinada relação e, de outra forma, os consumidores perderiam o benefício destas informações ao mudarem para outra empresa. Exemplos destes ganhos de eficiência ocorrem nos setores bancário e dos seguros, que se caracterizam por um frequente intercâmbio de

²⁵⁷ Os intercâmbios de informações no contexto de um acordo de I&D, se não excederem o necessário para a aplicação do acordo, podem beneficiar do espaço de admissibilidade de 25 % fixado no RIC I&D. No que se refere ao RIC Especialização, o espaço de admissibilidade correspondente é de 20 %.

²⁵⁸ Ver secção 1.2.8.

²⁵⁹ A análise sobre os potenciais ganhos de eficiência decorrentes do intercâmbio de informações não é exclusiva nem exaustiva.

informações sobre as características dos consumidores em termos de incumprimento e de risco.

6.3.2. *Caráter indispensável*

459. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência gerados por um intercâmbio de informações não preenchem as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Para que a condição do caráter indispensável seja preenchida, as partes terão de provar que a natureza das informações e o contexto em que se realiza o intercâmbio não implicam quaisquer riscos para uma concorrência sem entraves que sejam dispensáveis para criar os alegados ganhos de eficiência. Além disso, o intercâmbio não deve incluir informações que excedam as variáveis que são relevantes para alcançar os ganhos de eficiência.

Por exemplo, para efeitos de comparação, um intercâmbio de dados individualizados não seria, normalmente, indispensável, visto que as informações agregadas (por exemplo sob uma forma de classificação setorial) poderiam também gerar os alegados ganhos de eficiência, apresentando simultaneamente um menor risco de levar a um comportamento colusivo.

6.3.3. *Repercussão nos consumidores*

460. Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência causados por um intercâmbio de informações. Quanto mais reduzido for o poder de mercado das partes envolvidas no intercâmbio de informações, mais provável será que os ganhos de eficiência sejam repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência.

6.3.4. *Não eliminação da concorrência*

461. Os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, não podem ser preenchidos se as empresas envolvidas no intercâmbio de informações tiverem a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em questão.

6.4. Exemplos

Exemplo 1

Situação: Os hotéis de luxo na capital do país A funcionam como um oligopólio fechado, não complexo e estável, com estruturas de custos em larga medida homogêneas, e constituem um mercado relevante distinto do dos restantes hotéis. Os hotéis trocam diretamente informações individuais relativas às taxas de ocupação e às receitas atuais. Neste caso, as partes podem inferir diretamente, a partir das informações trocadas, os preços atuais efetivos.

Análise: A não ser que se trate de um meio dissimulado de intercâmbio de informações sobre intenções futuras, este intercâmbio de informações não constituiria uma restrição da concorrência por objetivo porque os hotéis trocam dados atuais e não informações sobre as suas intenções futuras em matéria de preços ou quantidades. Todavia, o intercâmbio de informações daria lugar a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, visto ser provável que o conhecimento dos preços atuais efetivos dos concorrentes facilitasse uma coordenação do comportamento concorrencial das empresas. Esse conhecimento seria muito provavelmente utilizado para controlar os desvios relativamente ao

comportamento colusivo. O intercâmbio de informações aumenta a transparência no mercado uma vez que, embora normalmente os hotéis publiquem as suas tarifas, oferecem igualmente diversos descontos resultantes de negociações ou relativas a reservas antecipadas ou de grupo, etc. Por conseguinte, as informações adicionais que não são trocadas publicamente entre os hotéis são informações sensíveis do ponto de vista comercial. É provável que este intercâmbio facilite um comportamento colusivo no mercado, uma vez que as partes envolvidas constituem um oligopólio fechado, não complexo e estável, que participa numa relação concorrencial de longo prazo (interações repetidas). Além disso, as estruturas de custos dos hotéis são, em larga medida, homogéneas. Por último, nem os consumidores nem a entrada no mercado podem exercer pressão sobre o comportamento anticoncorrencial das empresas estabelecidas, já que os consumidores detêm um poder associado à sua qualidade de comprador reduzido e as barreiras à entrada são elevadas. Neste caso, é pouco provável que as partes possam demonstrar que eventuais ganhos de eficiência decorrentes do intercâmbio de informações sejam repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência. Por conseguinte, é pouco provável que as condições previstas no artigo 101.º, 3.º, possam estar preenchidas.

Exemplo 2

Situação: Três grandes empresas com uma quota de mercado combinada de 80 % num mercado estável, não complexo e concentrado, com elevadas barreiras à entrada, trocam direta e frequentemente entre si informações não públicas relativas a uma parte substancial dos respetivos custos. As empresas alegam que o fazem para comparar o seu desempenho relativamente ao dos seus concorrentes, pretendendo assim tornar-se mais eficientes.

Análise: Este intercâmbio de informações não constitui, em princípio, uma restrição da concorrência por objetivo. Consequentemente, devem ser apreciados os seus efeitos no mercado. Devido à estrutura do mercado, ao facto de o intercâmbio de informações dizer respeito a uma larga proporção dos custos variáveis das empresas, à forma individualizada de apresentação dos dados e à ampla cobertura do mercado relevante, o intercâmbio de informações é suscetível de facilitar a adoção de um comportamento colusivo e, por conseguinte, dar origem a efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. É pouco provável que os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem preenchidos porque existem meios menos restritivos para alcançar os alegados ganhos de eficiência, por exemplo, recorrendo a um terceiro para recolher, anonimizar e agregar os dados numa classificação do setor. Por último, nesta situação, uma vez que as partes formam um oligopólio muito fechado, não complexo e estável, mesmo o intercâmbio de dados agregados pode facilitar a adoção de um comportamento colusivo no mercado. No entanto, esta situação seria muito pouco provável se o intercâmbio de informações ocorresse num mercado não transparente, fragmentado, instável e complexo.

Exemplo 3

Situação: Existem cinco produtores de sumo de cenoura fresco engarrafado no mercado relevante. A procura deste produto é muito instável e varia em função da localização e ao longo do tempo. O sumo tem de ser vendido e consumido no prazo de um dia após a data de produção. Os produtores acordaram em criar uma empresa

de estudo de mercado independente que, diariamente, recolhe informações atualizadas sobre o sumo que não foi vendido em cada ponto de venda e as publica no seu sítio Web na semana seguinte, de forma agregada, por ponto de venda. As estatísticas publicadas permitem que os produtores e os retalhistas prevejam a procura e posicionem melhor o produto. Antes da realização do intercâmbio de informações, os retalhistas tinham conta de elevadas quantidades de sumo desperdiçadas e, conseqüentemente, tinham reduzido as quantidades que adquiriam junto dos produtores, ou seja, o mercado não funcionava de forma eficiente. Desta forma, em determinados períodos e regiões registavam-se frequentes situações de não satisfação da procura. O sistema de intercâmbio de informações, que permitiu uma melhor previsão do excesso e do défice da oferta, reduziu significativamente as ocorrências de não satisfação da procura dos consumidores e aumentou as quantidades vendidas no mercado.

Análise: Embora o mercado seja bastante concentrado e os dados trocados sejam recentes e estratégicos, não é muito provável que este intercâmbio facilite a adoção de um comportamento colusivo devido ao facto de a procura do mercado ser instável. Ainda que o intercâmbio de informações possa criar alguns riscos de dar origem a efeitos restritivos da concorrência, ao alinhar melhor a oferta e a procura e, por conseguinte, reduzir os desperdícios, é provável que resulte em ganhos de eficiência. As informações são trocadas de forma pública e agregada, o que implica menores riscos anticoncorrenciais do que se se tratasse de informações não públicas e individualizadas. Assim, o intercâmbio de informações não excede o necessário para corrigir a deficiência do mercado. Por conseguinte, é provável que este intercâmbio de informações preencha os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3.

Exemplo 4

Situação: Existem vários produtores de produtos essenciais presentes num mercado frequentemente afetado pela escassez da oferta. Para melhorar a oferta e aumentar a produção da forma mais eficaz e expedita possível, a associação industrial propõe recolher dados e modelar a oferta e a procura para os produtos essenciais em causa. Além disso, recolheriam dados para identificar a capacidade de produção, as existências e o potencial de otimização da cadeia de abastecimento. Uma empresa de consultoria ajudaria a associação a recolher os dados e a agregá-los num modelo, sujeito a acordos de não divulgação celebrados com cada produtor. Os dados agregados seriam transmitidos aos produtores com o objetivo de reequilibrar e adaptar a sua utilização da capacidade, produção e oferta individuais.

Análise: Os dados recolhidos são sensíveis do ponto de vista comercial e, se objeto de intercâmbio entre produtores, seriam suscetíveis de eliminar a incerteza entre os participantes no que diz respeito ao calendário, à extensão e aos pormenores das alterações a adotar pelas empresas em causa no seu comportamento no mercado. Além disso, os produtores que não são membros da associação industrial podem ser colocados numa situação de desvantagem concorrencial significativa relativamente às empresas participantes no sistema de trocas comerciais.

A fim de evitar o risco de colusão, poderiam ser tomadas várias medidas. Se for absolutamente necessário entre os produtores um intercâmbio de informações sensíveis do ponto de vista comercial para além das informações que seriam recolhidas e partilhadas de forma agregada pela associação industrial e pela consultoria (por exemplo, para identificar em conjunto onde melhor mudar a produção ou aumentar a capacidade), esse intercâmbio teria de ser estritamente

limitado ao indispensável para alcançar eficazmente os objetivos. Quaisquer informações e intercâmbios respeitantes ao projeto teriam de ser bem documentados para garantir a transparência das interações. Os participantes teriam de se comprometer a evitar qualquer discussão de preços ou qualquer coordenação sobre outras questões que não as estritamente necessárias para alcançar os objetivos. O projeto deve também ser limitado no tempo, de modo a que os intercâmbios cessem imediatamente logo que o risco de escassez deixe de ser uma ameaça suficientemente urgente para justificar a cooperação. Apenas o consultor receberia os dados sensíveis do ponto de vista comercial e seria encarregado de os agregar. As preocupações em matéria de exclusão do mercado poderiam ser atenuadas se o projeto estivesse aberto a todos os fabricantes que produzam o produto em causa, independentemente de serem ou não membros da associação industrial correspondente.

7. ACORDOS DE NORMALIZAÇÃO

7.1. Introdução

462. Os acordos de normalização têm por objetivo principal a definição de requisitos técnicos ou de qualidade que os produtos, processos de produção, métodos de diligência devida na cadeia de valor, serviços ou métodos, atuais ou futuros, podem ter de satisfazer²⁶⁰. Os acordos de normalização podem ter diferentes objetivos, como a normalização de diferentes qualidades ou dimensões de um determinado produto ou especificações técnicas em mercados de produtos ou de serviços 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, bem como os acordos que estabelecem normas de sustentabilidade. Embora as normas de sustentabilidade tenham semelhanças com os acordos de normalização abordados no presente capítulo, têm também características atípicas ou menos pronunciadas relativamente a esses acordos de normalização. Por conseguinte, o capítulo 9 fornece orientações pertinentes para essas normas de sustentabilidade.
463. A elaboração e adoção de normas técnicas no âmbito da execução de poderes públicos não se enquadram no âmbito das presentes orientações²⁶¹. As organizações europeias de normalização reconhecidas ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo à normalização europeia²⁶², estão sujeitas ao direito da concorrência, uma vez que podem ser consideradas como uma empresa ou uma associação de empresas na aceção dos artigos 101.º e 102.º²⁶³. As normas relativas à prestação de serviços

²⁶⁰ A normalização pode ocorrer de diversas formas, desde a adoção, pelos organismos de normalização internacionais, europeus ou nacionais reconhecidos, de normas assentes num consenso, passando por especificações técnicas assentes num consenso desenvolvidas por consórcios e outras instâncias, até aos acordos entre empresas independentes.

²⁶¹ Ver acórdão de 26 de março de 2009, *Selex Sistemi Integrati/Comissão*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, n.º 92.

²⁶² Regulamento (UE) n.º 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativo à normalização europeia, que altera as Diretivas 89/686/CEE e 93/15/CEE do Conselho e as Diretivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Decisão 87/95/CEE do Conselho e a Decisão n.º 1673/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁶³ Ver acórdão de 12 de maio de 2010, *EMC Development/Comissão*, T-432/05, EU:T:2010:189.

profissionais, como as normas de admissão numa profissão liberal, não são abrangidas pelas presentes orientações.

7.2. Mercados relevantes

464. Os acordos de normalização podem ter repercussões em quatro mercados, que serão definidos em conformidade com a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado e quaisquer orientações futuras relativas à definição de mercados relevantes para efeitos do direito da concorrência da União. Em primeiro lugar, a elaboração de normas pode ter efeitos no mercado ou mercados do produto ou dos serviços a que a norma ou normas dizem respeito. Em segundo lugar, quando a elaboração de normas implica o desenvolvimento ou a seleção de tecnologia ou quando são comercializados direitos de propriedade intelectual independentemente dos produtos a que dizem respeito, a norma pode ter efeitos no mercado da tecnologia relevante²⁶⁴. Em terceiro lugar, o mercado da elaboração de normas pode ser afetado se existirem organismos ou acordos de desenvolvimento de normas diferentes. Em quarto lugar, quando existe, o mercado distinto dos ensaios e da certificação pode ser afetado pela elaboração de normas.

7.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

7.3.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

465. Os acordos de normalização têm normalmente efeitos positivos significativos²⁶⁵, por exemplo, ao promoverem a interpenetração económica no mercado interno e ao incentivarem o desenvolvimento de produtos/mercados novos e aperfeiçoados e a melhoria das condições da oferta. Assim, as normas reforçam normalmente a concorrência e baixam os custos de produção e de venda, beneficiando as economias em geral. As normas podem manter e melhorar a qualidade, a segurança, proporcionar informações e garantir a interoperabilidade e a compatibilidade (aumentando assim o valor para os consumidores).
466. Os participantes na normalização não são necessariamente concorrentes. No entanto, a elaboração de normas pode, em determinadas circunstâncias em que estejam envolvidos concorrentes, também dar origem a efeitos restritivos da concorrência, através de uma restrição potencial da concorrência em matéria de preços ou da limitação ou controlo da produção, dos mercados, da inovação ou do desenvolvimento tecnológico. Como explicado adiante, esta situação pode ocorrer através de três canais principais, a saber, i) a redução da concorrência em matéria de preços, ii) a exclusão de tecnologias inovadoras e iii) a exclusão ou discriminação de certas empresas impedindo o acesso efetivo à norma.
467. Em primeiro lugar, o facto de as empresas se lançarem em discussões anticoncorrenciais no âmbito da elaboração de normas pode reduzir ou eliminar a

²⁶⁴ Ver capítulo 2 relativo aos acordos de I&D, bem como as Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de transferência de tecnologia (JO C 89 de 28.3.2014, p. 3, pontos 20 a 26) («*Orientações relativas à transferência de tecnologia*»), que abordam aspetos da definição de mercado que se revestem de especial importância no domínio do licenciamento de direitos de tecnologia. A título de exemplo de definição de mercado em conformidade com essas orientações, ver Decisão da Comissão no processo AT.39985, Motorola - Aplicação de SEP de GPRS, considerando 184 a 220.

²⁶⁵ Ver igualmente ponto 501.

concorrência em matéria de preços nos mercados em causa ou limitar ou controlar a produção, facilitando assim a adoção de um comportamento colusivo no mercado²⁶⁶.

468. Em segundo lugar, as normas que fixam especificações técnicas pormenorizadas para um produto ou serviço podem limitar o desenvolvimento técnico e a inovação. Enquanto uma norma está a ser desenvolvida, podem existir tecnologias alternativas que estão em concorrência para serem incluídas na norma. Logo que uma tecnologia é escolhida ou desenvolvida e a norma é fixada, algumas tecnologias e empresas podem confrontar-se com uma barreira à entrada e ser potencialmente excluídas do mercado. Além disso, as normas que exigem que uma determinada tecnologia seja utilizada exclusivamente para uma dada norma podem ter por efeito dificultar o desenvolvimento e a difusão de outras tecnologias. Impedir o desenvolvimento de tecnologias alternativas, obrigando os membros de um organismo de elaboração de normas a utilizarem exclusivamente uma determinada norma, pode ter o mesmo efeito. O risco de limitação da inovação aumenta quando uma ou mais empresas são excluídas injustificadamente do processo de elaboração da norma.
469. No contexto de normas que envolvem direitos de propriedade intelectual («DPI»)²⁶⁷, pode estabelecer-se, teoricamente, uma distinção entre três grupos principais de empresas com interesses diferentes a nível da elaboração das normas. Em primeiro lugar, as empresas apenas presentes a montante que se limitam a desenvolver e comercializar tecnologias. Tal pode também incluir as empresas que adquirem tecnologias com o objetivo de conceder as correspondentes licenças. A sua única fonte de rendimentos são as receitas provenientes da concessão de licenças e o seu incentivo reside na maximização dos seus *royalties*. Em segundo lugar, as empresas apenas presentes a jusante que se limitam a fabricar produtos ou a oferecer serviços com base nas tecnologias desenvolvidas por outras empresas e que não detêm os DPI correspondentes. Os *royalties* constituem para estas empresas um custo e não uma fonte de rendimento e o seu incentivo reside em reduzi-los. Por último, as empresas integradas, que tanto desenvolvem tecnologias protegidas por DPI como vendem produtos para os quais necessitariam de uma licença. Estas empresas têm incentivos mistos. Por um lado, podem obter receitas com as licenças dos seus próprios DPI. Por outro, podem ter de pagar *royalties* a outras empresas titulares de DPI essenciais para a norma relevantes para os seus próprios produtos. Desta forma, estas empresas podem conceder licenças cruzadas dos seus DPI essenciais em troca dos DPI essenciais detidos por outras empresas ou utilizar os seus DPI de forma defensiva. Além disso, as empresas podem também avaliar os seus DPI através de outros métodos que não os *royalties*. Na prática, muitas empresas utilizam uma combinação destes modelos de negócios.
470. Em terceiro lugar, a normalização pode dar origem a efeitos anticoncorrenciais ao impedir que determinadas empresas obtenham um acesso efetivo aos resultados do processo de elaboração das normas (ou seja, especificações e/ou DPI essenciais para a aplicação da norma). Se uma empresa for completamente impedida de obter acesso aos resultados da norma ou se só lhe for concedido acesso em condições proibitivas ou discriminatórias, existe um risco de efeito anticoncorrencial. Um sistema em que

²⁶⁶ Em função do círculo de participantes no processo de elaboração da norma, as restrições podem ocorrer quer no lado do fornecedor quer no lado do comprador do mercado do produto normalizado.

²⁶⁷ No contexto do presente capítulo, os DPI referem-se em especial a patentes (excluindo os pedidos de patentes não publicados). No entanto, caso qualquer outro tipo de DPI confira na prática ao seu titular controlo sobre a utilização da norma, devem ser aplicados os mesmos princípios.

os DPI potencialmente relevantes são divulgados à partida pode aumentar a probabilidade de ser concedido um acesso efetivo à norma²⁶⁸, visto que permite que os participantes identifiquem quais as tecnologias que implicam e não implicam DPI. A legislação em matéria de propriedade intelectual e o direito da concorrência partilham os mesmos objetivos²⁶⁹ de promoção do bem-estar dos consumidores e da inovação, bem como uma afetação eficiente dos recursos. Os DPI promovem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investirem no desenvolvimento de produtos e processos novos ou melhorados. Assim, os DPI são geralmente favoráveis à concorrência. Todavia, graças aos seus DPI, uma empresa que detenha DPI essenciais para a aplicação da norma poderia, no contexto específico da elaboração de normas, adquirir também o controlo da utilização da norma. Se a norma constituir uma barreira à entrada, a empresa poderia controlar o mercado do produto ou do serviço a que a norma se refere. Por seu turno, esta situação poderia permitir às empresas assumir comportamentos anticoncorrenciais, por exemplo, recusando-se a conceder licenças para os DPI necessários ou obtendo rendas excessivas através de taxas de *royalties* discriminatórias e excessivas²⁷⁰, impedindo assim o acesso efetivo à norma («*hold-up*»). A situação inversa pode também surgir se as negociações de licenciamento forem realizadas por razões imputáveis exclusivamente ao utilizador da norma. Tal pode incluir, por exemplo, a recusa de pagar uma taxa de *royalties* FRAND ou a utilização de estratégias dilatórias («*hold-out*»).

471. Contudo, mesmo que a fixação de uma norma possa criar ou reforçar o poder de mercado dos titulares de DPI essenciais para a norma, não existe uma presunção de que a detenção ou o exercício de DPI essenciais para a norma é equivalente à detenção ou exercício de poder de mercado. A questão do poder de mercado apenas pode ser apreciada caso a caso²⁷¹.

7.3.2. Restrições da concorrência por objetivo

472. Os acordos que recorrem a uma norma no âmbito de um acordo restritivo mais amplo, cujo objetivo consiste em afastar concorrentes efetivos ou potenciais, constituem restrição da concorrência por objetivo. Por exemplo, um acordo pelo qual uma associação nacional de fabricantes fixa uma norma e exerce pressões sobre terceiros para que não comercializem produtos que não respeitam esta norma, ou um acordo em que os fabricantes do produto estabelecido entram em colusão para excluir uma nova tecnologia de uma norma já existente²⁷² enquadram-se nesta categoria.
473. Os acordos destinados a reduzir a concorrência através da utilização da divulgação de condições de licenciamento mais restritivas antes da adoção de uma norma para encobrir a fixação conjunta de preços, quer de produtos a jusante quer de

²⁶⁸ Se também for acompanhado de um compromisso FRAND. Ver pontos 482 a 484.

²⁶⁹ Ver Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, ponto 7.

²⁷⁰ As taxas de *royalties* elevadas só podem ser consideradas excessivas se se encontrarem preenchidas as condições para que exista um abuso de posição dominante, nos termos do artigo 102.º do Tratado e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Ver, por exemplo, o acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands*, 27/76, EU:C:1978:22.

²⁷¹ Ver Decisão da Comissão no processo AT.39985, *Motorola - Aplicação de SEP de GPRS*, considerando 221 a 270.

²⁷² Ver, por exemplo, Decisão da Comissão no processo IV/35.691, *Tubos com revestimento térmico*, considerando 147, em que uma parte da infração ao artigo 101.º consistia em «utilizar normas e padrões a fim de impedir ou atrasar a introdução de novas tecnologias que dariam origem a reduções de preços».

DPI/tecnologia de substituição, constituirão restrições da concorrência por objetivo²⁷³.

7.3.3. Efeitos restritivos da concorrência

7.3.3.1. Acordos que normalmente não são restritivos da concorrência

474. Os acordos de normalização que não restringem a concorrência por objetivo devem ser analisados no seu contexto jurídico e económico, nomeadamente tendo em conta a natureza dos produtos ou serviços afetados, as condições reais do funcionamento e a estrutura do ou dos mercados em causa, no que se refere ao seu efeito real e provável na concorrência. Na ausência de poder de mercado²⁷⁴, um acordo de normalização não tem capacidade para produzir efeitos restritivos da concorrência. Consequentemente, os efeitos restritivos são muito pouco prováveis numa situação em que existe uma concorrência efetiva entre diversas normas voluntárias.
475. No que se refere aos acordos de normalização suscetíveis de criarem poder de mercado, os pontos 447 a 483 estabelecem as condições em que os acordos desse tipo não se enquadram, normalmente, no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1.
476. A não observância de qualquer ou da totalidade dos princípios apresentados na presente secção não implica uma presunção da existência de uma restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, será necessária uma auto-apreciação para determinar se o acordo se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, e, em caso afirmativo, se estão reunidas as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Reconhece-se, neste contexto, que existem diferentes modelos para a elaboração de normas e que a concorrência no âmbito e entre estes modelos constitui um aspeto positivo de uma economia de mercado. Por conseguinte, os organismos de elaboração de normas gozam de inteira liberdade para estabelecer regras e procedimentos que, embora diferentes dos descritos nos pontos 477 a 483, não infringem as regras de concorrência.
477. Quando a participação na elaboração de normas **não é objeto de restrições** e o **procedimento** de adoção da norma em questão é **transparente**, os acordos de normalização que **não contêm qualquer obrigação de respeito**²⁷⁵ da norma e que **permitem o acesso** à norma em **condições justas, razoáveis e não discriminatórias (FRAND)** não restringem normalmente a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.
478. Em especial, para garantir uma **participação sem restrições**, as regras do organismo de elaboração de normas devem prever que todos os concorrentes no mercado ou mercados afetados pela norma podem participar no processo que conduz à seleção da norma. Os organismos de elaboração de normas devem igualmente seguir procedimentos objetivos e não discriminatórios para a atribuição de direitos de voto bem como, se pertinente, critérios objetivos para a seleção da tecnologia ou tecnologias a incluir na norma.

²⁷³ O presente ponto não deve impedir divulgações *ex ante* de condições de licenciamento mais restritivas para patentes essenciais a normas por titulares de DPI individuais ou de uma taxa máxima de *royalties* acumulada por todos os titulares de DPI, como explicado no ponto 500. Também não impede a existência de agrupamentos de patente criados em conformidade com os princípios estabelecidos na secção IV.4 das Orientações relativas aos acordos de transferência de tecnologia, nem a decisão de conceder licenças relativas a DPI essenciais para uma norma sem a cobrança de *royalties*, conforme indicado no presente capítulo.

²⁷⁴ Ver também capítulo 1 Introdução. No que se refere às quotas de mercado, ver também ponto 498.

²⁷⁵ Ver também, a este respeito, ponto 490.

479. No que se refere à **transparência**, o organismo relevante de elaboração de normas deve utilizar procedimentos que permitam aos intervenientes obter efetiva e atempadamente informações sobre os trabalhos de normalização futuros, em curso e já concluídos, em cada fase do desenvolvimento da norma.
480. Além disso, as regras do organismo de elaboração de normas devem garantir o **acesso efetivo** à norma em **condições justas, razoáveis e não discriminatórias**²⁷⁶.
481. No caso das normas que envolvem DPI, **uma política clara e equilibrada em matéria de DPI**²⁷⁷, **adaptada ao setor específico** e às necessidades do organismo de elaboração de normas em questão, aumenta as probabilidades de ser concedido, aos utilizadores das normas, um acesso efetivo à norma ou normas elaboradas por esse organismo de elaboração de normas.
482. A fim de **garantir um acesso efetivo** à norma, a política em matéria de DPI deve exigir que os participantes que desejem que os seus DPI sejam incluídos na norma se comprometam, de forma irrevogável e por escrito, a conceder licenças relativas aos seus DPI essenciais a todos os terceiros em condições justas, razoáveis e não discriminatórias («compromisso FRAND»)²⁷⁸. Este compromisso deve ser assumido antes da adoção da norma. Simultaneamente, a política em matéria de DPI deve permitir que os titulares de DPI excluam determinadas tecnologias do processo de elaboração da norma e, consequentemente, do compromisso no sentido de concederem licenças, desde que tal exclusão seja efetuada numa fase inicial da elaboração da norma. A fim de garantir a eficácia do compromisso FRAND, deve igualmente ser exigido a todos os titulares de DPI participantes que assumem este compromisso que assegurem que qualquer empresa para a qual o titular de DPI transfira a propriedade desses direitos (incluindo o direito de os licenciar) fica vinculada por esse compromisso, por exemplo, através de uma cláusula contratual entre o vendedor e o comprador. É de salientar que o compromisso FRAND também abrange os casos de concessão de licenças em que não são cobrados *royalties*.
483. Além disso, a política em matéria de DPI deve exigir a **divulgação de boa-fé**, pelos participantes, dos DPI suscetíveis de serem essenciais para a aplicação de uma norma em elaboração. Tal é pertinente para i) permitir ao setor fazer uma escolha informada da tecnologia a incluir numa norma²⁷⁹ e ii) contribuir para alcançar o objetivo de um

²⁷⁶ Por exemplo, deve ser concedido um acesso efetivo às especificações da norma.

²⁷⁷ Tal como referido nos pontos 482 e 483. Ver também a Comunicação da Comissão Europeia que define a abordagem da UE em matéria de patentes essenciais a normas [COM(2017) 712].

²⁷⁸ Ver acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, n.º 53: «*Nestas circunstâncias e considerando que um compromisso de cedência de licenças em condições FRAND cria expectativas legítimas a terceiros de que o titular da PEN lhes concederá efetivamente licenças nessas condições, uma recusa do titular da PEN de conceder uma licença nas mesmas condições pode constituir, em princípio, um abuso na aceção do artigo 102.º do TFUE*». Ver também Decisão da Comissão no Processo AT.39985, Motorola - Aplicação de SEP de GPRS, ponto 417: «*Tendo em conta o processo de normalização que conduziu à adoção da norma de GPRS e o compromisso voluntário da Motorola no sentido de conceder uma licença da Cudak SEP em condições FRAND, os executores da norma de GPRS têm uma expectativa legítima de que a Motorola lhes concederá uma licença sobre essa SEP, desde que não estejam dispostos a obter uma licença em condições FRAND*».

²⁷⁹ Inversamente, verifica-se uma «emboscada através de uma patente» quando uma empresa que participa no processo de elaboração de normas oculta intencionalmente o facto de deter patentes essenciais para a norma que está a ser desenvolvida e só começa a reivindicar essas patentes depois de a norma ter sido acordada e, por conseguinte, de outras empresas estarem «cativas» («*locked in*») da norma. Quando ocorre uma «emboscada através de uma patente» durante o processo de elaboração de normas, a

acesso efetivo à norma. Esta obrigação de divulgação poderia basear-se em esforços razoáveis para identificar os DPI pertinentes para a norma potencial²⁸⁰ e para atualizar a divulgação à medida que a norma é desenvolvida. No que diz respeito às patentes, a divulgação dos DPI deve incluir, pelo menos, o número da patente ou o número do pedido de patente. Se estas informações ainda não estiverem acessíveis ao público, também será suficiente que o participante declare que, provavelmente, terá reivindicações de DPI em relação a uma determinada tecnologia, sem identificar as reivindicações ou os pedidos de DPI específicos (a chamada divulgação genérica)²⁸¹. À exceção deste caso, a divulgação genérica seria menos suscetível de permitir ao setor fazer uma escolha informada da tecnologia e de garantir um acesso efetivo à norma. Os participantes devem também ser incentivados a atualizar as suas divulgações no momento da adoção de uma norma, em especial se houver alterações que possam ter impacto no caráter essencial ou na validade dos seus DPI. Visto que no caso de um organismo de elaboração de normas que siga uma política de não cobrança de *royalties* não estão presentes os mesmos riscos em matéria de acesso efetivo, a divulgação dos DPI não seria relevante nesse contexto.

484. Os compromissos FRAND visam garantir que a tecnologia protegida pelos DPI essenciais incorporada numa norma está acessível aos seus utilizadores em condições justas, razoáveis e não discriminatórias. Os compromissos FRAND podem, em especial, impedir que os titulares de DPI dificultem a aplicação de uma norma, recusando-se a conceder licenças ou exigindo taxas injustas e não razoáveis (por outras palavras, taxas excessivas) depois de o setor ter ficado cativo da norma, ou aplicando taxas discriminatórias de *royalties*²⁸². Ao mesmo tempo, os compromissos FRAND permitem aos titulares de DPI monetizar as suas tecnologias através de *royalties* FRAND e obter um retorno razoável do seu investimento em I&D que, pela sua natureza, é arriscado. Desta forma, é possível assegurar incentivos continuados para que contribuam para a norma com as melhores tecnologias.
485. O cumprimento do disposto no artigo 101.º por parte do organismo de elaboração de normas não obriga este último a verificar se as condições de licenciamento dos participantes respeitam o compromisso FRAND²⁸³. Os participantes devem eles próprios certificar-se de que as condições de licenciamento e, em especial, as taxas que cobram, respeitam o compromisso FRAND. Por conseguinte, ao decidirem se devem assumir um compromisso FRAND relativamente a um determinado DPI, os

confiança no processo de elaboração de normas é comprometida, uma vez que um processo eficaz de elaboração de normas é uma condição prévia para o desenvolvimento técnico e o desenvolvimento do mercado em geral, em benefício dos consumidores. Ver, por exemplo, a Decisão da Comissão de 9 de dezembro de 2009 no processo COMP/38.636 – RAMBUS (JO L 30 de 6.2.2010, p. 17).

²⁸⁰ Para obter o resultado desejado, não é necessário que uma divulgação de boa-fé chegue ao ponto de obrigar os participantes a compararem os seus DPI com a norma potencial e a emitirem uma declaração concluindo expressamente que não são titulares de nenhum DPI pertinente para a norma potencial.

²⁸¹ Os participantes são incentivados a completar as suas informações de divulgação quando o número da patente e/ou os números dos pedidos de patente se tornarem públicos.

²⁸² Ver também o acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, n.º 71, segundo o qual uma ação por violação de patente pode constituir um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º, se for intentada contra um potencial licenciado sem respeitar as etapas processuais estabelecidas pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão.

²⁸³ Os organismos de elaboração de normas não participam nas negociações de concessão de licenças nem nos acordos daí resultantes.

participantes devem prever as implicações desse compromisso, nomeadamente no que respeita à sua capacidade de fixarem livremente o nível das suas taxas.

486. Em caso de litígio, para apreciar se as taxas de acesso aos DPI, no contexto da elaboração de normas, são injustas e não razoáveis, deve verificar-se se as taxas apresentam uma relação razoável com o valor económico do DPI²⁸⁴. O valor económico dos DPI pode basear-se no valor acrescentado atual dos DPI abrangidos e deve ser independente do sucesso comercial dos produtos que não esteja relacionado com a tecnologia patenteada²⁸⁵. De um modo geral, existem vários métodos para efetuar a apreciação²⁸⁶ e, na prática, é frequentemente utilizado mais do que um método para ter em conta as deficiências de um determinado método e para proceder à verificação dos resultados²⁸⁷. Pode ser possível comparar as taxas de licenciamento cobradas pela empresa em questão relativamente às patentes relevantes num contexto concorrencial antes de o setor ter elaborado a norma (*ex ante*) com o valor/*royalty* da melhor alternativa disponível (*ex-ante*) ou com o valor/*royalty* cobrado depois de o setor ter ficado cativo da norma (*ex post*). Tal pressupõe que a comparação possa ser efetuada de forma coerente e fiável²⁸⁸.
487. Poderia também ser obtida uma avaliação de um perito independente sobre a importância objetiva e o caráter essencial dos DPI relevantes para a norma em análise. Num caso apropriado, pode igualmente ser possível utilizar divulgações *ex ante* das condições de licenciamento, incluindo os *royalties* individuais ou agregados para os DPI relevantes, no contexto de um processo específico de elaboração de normas. Do mesmo modo, pode ser possível comparar as condições de licenciamento em acordos entre o titular de DPI e outros utilizadores da mesma norma. As taxas de *royalties* cobradas pelos mesmos DPI incluídos noutras normas comparáveis podem proporcionar uma indicação das taxas de *royalties* FRAND. Estes métodos pressupõem que a comparação possa ser efetuada de forma coerente e fiável e não resultam de um exercício indevido do poder de mercado. Outro método consiste em determinar, em primeiro lugar, um valor global adequado para todos os DPI relevantes e, em segundo lugar, a parte imputável a um determinado titular de DPI. As presentes orientações não pretendem fornecer uma listagem exaustiva dos métodos adequados para determinar o caráter excessivo ou discriminatórios das taxas de *royalties* nos termos do artigo 102.º.
488. Deve, contudo, salientar-se que as presentes orientações não prejudicam, de forma alguma, a possibilidade de as partes resolverem os seus litígios acerca do nível de taxas de *royalties* compatíveis com o compromisso FRAND recorrendo aos tribunais

²⁸⁴ Ver acórdão de 17 de setembro de 1978, *United Brands*, 27/76, EU:C:1980:22, n.º 250; ver também acórdão de 16 de julho de 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Comissão*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, n.º 142.

²⁸⁵ Ver também a Comunicação da Comissão Europeia que define a abordagem da UE em matéria de patentes essenciais a normas, p. 7.

²⁸⁶ Em princípio, os métodos baseados nos custos podem não ser os mais adequados, uma vez que impõem a dificuldade de apreciar os custos imputáveis ao desenvolvimento de uma patente ou grupos de patentes específicos e podem distorcer os incentivos à inovação.

²⁸⁷ Os métodos aqui descritos não são exclusivos e podem ser utilizados outros métodos que reflitam o mesmo espírito dos métodos descritos para determinar as taxas FRAND. Ver também Chrysoula Pentheroudakis, Justus A. Baron (2017) *Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases*. Relatório «Science for Policy» do JRC: EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

²⁸⁸ Ver acórdão de 13 de julho de 1989, *Tournier*, C-395/87, EU:C:1989:319, n.º 38; acórdão de 13 de julho de 1989, *Lucazeau e outros/SACEM e outros*, 110/88, 241/88 e 242/88, EU:C:1989:326, n.º 33.

7.3.3.2. Efeitos baseados na apreciação dos acordos de normalização

489. A apreciação de cada acordo de normalização deve ter em conta os efeitos prováveis da norma sobre os mercados em causa. Na análise dos acordos de normalização, devem ser tomadas em consideração as características do setor e da indústria. Os aspetos que se seguem são aplicáveis a todos os acordos de normalização que se desviam dos princípios estabelecidos nos pontos 477 a 483.

(a) Natureza voluntária da norma

490. O facto de os acordos de normalização poderem dar origem a efeitos restritivos da concorrência pode depender da liberdade de que os membros de um organismo de elaboração de normas dispõem ou não para desenvolver normas ou produtos alternativos que não respeitem a norma acordada²⁹⁰. Por exemplo, se o acordo de normalização obrigar os seus membros a produzirem exclusivamente produtos que respeitem a norma, o risco de um eventual efeito negativo na concorrência aumenta significativamente e pode, em determinadas circunstâncias, dar origem a uma restrição da concorrência por objetivo²⁹¹. Na mesma ordem de ideias, as normas que apenas abrangem aspetos ou partes de menor importância do produto final são menos suscetíveis de provocar preocupações em matéria de concorrência do que as normas mais abrangentes, em especial se as normas não envolverem qualquer DPI essencial.

(b) Acesso à norma

491. A apreciação dos efeitos restritivos do acordo a nível da concorrência centrar-se-á igualmente no acesso à norma. Quando o resultado de uma norma (ou seja, a especificação da forma como a norma deve ser respeitada ou, se pertinente, os DPI essenciais para a sua aplicação) não está de todo acessível para todos os membros ou terceiros (ou seja, não membros do organismo de elaboração de normas relevante), esta situação pode originar uma exclusão ou uma segmentação dos mercados, sendo por conseguinte suscetível de restringir a concorrência. Também é provável que a concorrência seja restringida quando o resultado de uma norma está apenas acessível em condições discriminatórias ou excessivas para os membros ou terceiros. Todavia, no caso de existirem diversas normas concorrentes ou uma concorrência efetiva entre a solução normalizada e a solução não normalizada, uma limitação do acesso pode não produzir efeitos restritivos da concorrência.
492. No que se refere aos acordos de elaboração de normas com **tipos de modelos de divulgação de DPI diferentes** dos apresentados no ponto 483, deve ser apreciado caso a caso se o modelo de divulgação em causa (por exemplo, um modelo de

²⁸⁹ Se ambas as partes estiverem de acordo, os litígios sobre as condições FRAND para as PEN também podem ser resolvidos por um terceiro independente, ou seja, um árbitro. Ver, por exemplo, acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, EU:C:2015:477, n.º 68, e Decisão da Comissão de 29 de abril de 2014 no processo AT. 39939, Samsung - Aplicação de patentes essenciais UMTS, considerando 78.

²⁹⁰ Ver decisão da Comissão no processo IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23: «Visto que estas normas se destinavam ao fabrico de equipamento VCR, as partes eram obrigadas a fabricar e distribuir apenas cassetes e gravadores em conformidade com o sistema VCR licenciado pela Philips. Estavam proibidas de passar a fabricar e distribuir outros sistemas de cassetes de vídeo (...) Tal constitui uma restrição da concorrência nos termos do artigo 85.º, n.º 1, alínea b)».

²⁹¹ Ver decisão da Comissão no processo IV/29/151, Philips/VCR, considerando 23.

divulgação que não obrigue, mas apenas incentive, a divulgação de DPI) garante um acesso efetivo à norma. Os acordos de normalização que prevejam a divulgação de informações relativas às características e ao valor acrescentado de cada DPI para uma norma e que, deste modo, aumentem a transparência para as partes envolvidas na elaboração de uma norma, não restringirão, em princípio, a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

(c) Participação na elaboração da norma

493. Se a participação no processo de elaboração de normas for aberta, serão reduzidos os riscos de um efeito restritivo provável da concorrência que teria resultado da exclusão de certas empresas da capacidade de influenciar a escolha e a elaboração da norma²⁹².
494. A participação aberta pode ser alcançada permitindo que todos os concorrentes e/ou intervenientes no mercado afetado pela norma participem na elaboração e na escolha da norma. .
495. Quanto mais provável for o impacto da norma no mercado e quanto mais vastos forem os seus campos de aplicação potenciais, mais importante é que seja garantido um acesso equitativo ao processo de elaboração da norma.
496. No entanto, em determinadas situações, a restrição da participação não pode ter efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, por exemplo: i) se existir concorrência entre várias normas e organismos de elaboração de normas, ii) se, na ausência de uma restrição dos participantes²⁹³, não tivesse sido possível adotar a norma ou se essa adoção tivesse sido improvável²⁹⁴ ou iii) se a restrição dos participantes for limitada no tempo e com vista realizar progressos rápidos (por exemplo, no início do esforço de normalização) e desde que, nas etapas importantes, todos os concorrentes tenham a oportunidade de participar com vista à elaboração da norma.
497. Em certas situações, os efeitos negativos potenciais das restrições à participação podem ser eliminados ou, pelo menos, minorados, se for assegurado que os intervenientes são mantidos informados e consultados sobre os trabalhos em curso²⁹⁵. Podem prever-se procedimentos reconhecidos para a representação coletiva dos intervenientes (por exemplo, consumidores). Quanto mais os intervenientes puderem influenciar o processo que conduz à seleção da norma e mais transparente for o procedimento de adoção da norma, mais provável é que a norma adotada tome em consideração os interesses de todos os intervenientes.

(d) Quotas de mercado

²⁹² Na Decisão da Comissão no processo IV/31.458, X/Open Group, a Comissão considerou que, mesmo que as normas adotadas fossem divulgadas, a política restritiva de acesso tinha por efeito impedir que as empresas não membros influenciassem os resultados dos trabalhos do grupo e não recebessem o saber-fazer e a compreensão técnica relativa a esses resultados, que os membros certamente adquiririam. Além disso, os não membros não podiam, contrariamente aos membros, aplicar a norma enquanto a mesma não fosse adotada (ver ponto 32). Nestas circunstâncias, foi considerado que o acordo constituía uma restrição nos termos do artigo 101.º, n.º 1.

²⁹³ Essa restrição pode concretizar-se através da exclusão dos intervenientes do acordo de normalização ou de um estatuto de participante mais limitado.

²⁹⁴ Ou se a adoção da norma tivesse sido significativamente atrasada por um procedimento não eficiente, uma eventual restrição inicial poderia ser compensada por ganhos de eficiência a analisar nos termos do artigo 101.º, n.º 3.

²⁹⁵ Ver decisão da Comissão de 14 de Outubro de 2009 no processo 39.416, Classificação dos navios.

498. Para apreciar os efeitos de um acordo de normalização, devem ser tomadas em consideração as quotas de mercado dos bens, serviços ou tecnologias baseados na norma. Poderá nem sempre ser possível apreciar numa fase inicial, com alguma segurança, se a norma será na prática adotada por uma grande parte do setor ou se será apenas utilizada por uma parte marginal do setor relevante. Nos casos em que as empresas que contribuem para a norma com tecnologia estão integradas verticalmente, as quotas do mercado relevante das empresas que participaram na elaboração da norma poderiam ser utilizadas como um valor aproximado para determinar a quota de mercado provável da norma (dado que as empresas participantes na elaboração da norma teriam, na maior parte dos casos, interesse em aplicá-la)²⁹⁶. Todavia, uma vez que a eficácia dos acordos de normalização é muitas vezes proporcional à parte do setor que participa na elaboração e/ou aplicação da norma, o facto de as partes deterem elevadas quotas no mercado ou mercados afetados pela norma não permite necessariamente concluir que a norma é suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência.

(e) Discriminação

499. Qualquer acordo de normalização que discrimine claramente qualquer membro participante ou potencial é suscetível de conduzir a uma restrição da concorrência. Por exemplo, o facto de um organismo de elaboração de normas excluir expressamente apenas as empresas a montante (ou seja, aquelas que não desenvolvem atividades no mercado da produção a jusante) poderia conduzir à exclusão de tecnologias a montante potencialmente melhores.

(f) Divulgação *ex ante* das taxas de *royalties*

500. Os acordos de normalização que prevejam a divulgação *ex ante* de condições de licenciamento mais restritivas para patentes essenciais a normas por titulares de DPI individuais ou de uma taxa máxima de *royalties* acumulada²⁹⁷ por todos os titulares de DPI não serão, em princípio restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Neste contexto, é importante que as partes envolvidas na seleção da norma tenham pleno conhecimento, não só das opções técnicas disponíveis e dos respetivos DPI, mas também do custo provável desses DPI. Por conseguinte, caso a política em matéria de DPI de um organismo de elaboração de normas preveja que os titulares de DPI divulguem individualmente, antes da adoção da norma, as suas condições de licenciamento mais restritivas, incluindo as taxas máximas de *royalties* ou a taxa máxima de *royalties* acumulada a cobrar, esta situação não conduzirá, em princípio, a uma restrição da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1²⁹⁸. Essas divulgações unilaterais *ex ante* das condições de licenciamento mais restritivas ou da taxa máxima de *royalties* acumulada seriam uma forma de permitir que as partes participantes na elaboração de uma norma adotassem uma decisão informada com base nas desvantagens e vantagens das diferentes tecnologias alternativas.

²⁹⁶ Ver ponto 464.

²⁹⁷ A fim de aumentar a transparência dos potenciais custos de aplicação de uma norma, os organismos de elaboração de normas poderiam assumir um papel ativo na divulgação do total máximo combinado de *royalties* relativos à norma. À semelhança do conceito de agrupamento de patentes, os titulares de DPI podem partilhar o total combinado de *royalties*.

²⁹⁸ Qualquer divulgação *ex ante* unilateral ou em conjunto das condições de licenciamento mais restritivas não deve dissimular a fixação conjunta de preços nem de produtos a jusante nem de DPI/tecnologia de substituição, o que constitui uma restrição da concorrência por objetivo.

7.4. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

7.4.1. *Ganhos de eficiência*

501. Os acordos de normalização dão frequentemente origem a ganhos de eficiência significativos. Por exemplo, normas aplicáveis em toda a UE podem facilitar a integração do mercado e permitir que as empresas comercializem os seus bens e serviços em todos os Estados-Membros, conduzindo a uma maior escolha para os consumidores e a preços mais baixos. As normas que estabelecem a interoperabilidade e a compatibilidade técnicas reforçam muitas vezes a concorrência baseada no mérito entre as tecnologias de diferentes empresas e contribuem para evitar a catividade relativamente a um fornecedor específico. Além disso, as normas podem reduzir os custos de transação para os vendedores e os compradores. Por exemplo, as normas relativas aos aspetos de qualidade, segurança e ambiente de um produto podem igualmente facilitar a escolha dos consumidores e contribuir para a melhoria da qualidade do produto. As normas desempenham também um papel importante em termos de inovação. Podem reduzir o tempo necessário para introduzir uma nova tecnologia no mercado e facilitar a inovação, permitindo que as empresas tirem partido das soluções acordadas. Estes ganhos de eficiência podem contribuir para um mercado interno resiliente.
502. Para que os ganhos de eficiência se concretizem no caso dos acordos de normalização, as informações necessárias à aplicação da norma devem estar efetivamente acessíveis a todos os que pretendem entrar no mercado²⁹⁹.
503. A difusão de uma norma pode ser melhorada através de marcas ou logótipos que certifiquem o cumprimento da norma, proporcionando assim segurança aos consumidores. Os acordos de ensaio e certificação excedem o objetivo principal de definir a norma e constituiriam normalmente um acordo e um mercado distintos.
504. Enquanto os efeitos sobre a inovação devem ser analisados caso a caso, considera-se que as normas que tornam diferentes plataformas tecnológicas compatíveis a nível horizontal são suscetíveis de dar origem a ganhos de eficiência.

7.4.2. *Caráter indispensável*

505. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência que podem ser gerados por um acordo de normalização ou condições gerais não preenchem os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3.
506. A apreciação de cada acordo de normalização deve ter em conta, por um lado, os seus efeitos prováveis sobre os mercados em causa e, por outro, o âmbito das restrições suscetíveis de exceder o objetivo de obter ganhos de eficiência³⁰⁰.
507. A participação na elaboração da norma deve, em princípio, estar aberta a todos os concorrentes presentes no ou nos mercados afetados pela norma, a menos que as

²⁹⁹ Ver Decisão da Comissão de 15 de dezembro de 1986 no processo IV/31.458, X/Open Group, considerando 42: «A Comissão considera que a disposição do Grupo de divulgar os resultados tão depressa quanto possível é um elemento essencial da sua decisão de concessão de uma isenção».

³⁰⁰ Na Decisão da Comissão relativa ao processo IV/29/151, Philips/VCR, o cumprimento das normas VCR levou à exclusão de outros sistemas, possivelmente melhores. Essa exclusão foi particularmente grave tendo em conta a posição de mercado proeminente ocupada pela Philips «... Foram impostas restrições às partes que não eram indispensáveis à realização dessas melhorias. A compatibilidade das cassetes de vídeo VCR com os aparelhos fabricados por outros produtores teria sido assegurada mesmo que estes últimos tivessem apenas de aceitar uma obrigação de cumprir as normas VCR ao produzirem equipamento VCR» (considerando 31).

partes demonstrem que tal participação provocaria perdas de eficiência significativas³⁰¹. Em alternativa, quaisquer efeitos restritivos da participação restrita devem ser eliminados ou reduzidos³⁰². Além disso, uma restrição dos participantes poderia ser compensada por ganhos de eficiência nos termos do artigo 101.º, n.º 3, se a adoção da norma tivesse sido significativamente atrasada por um processo aberto a todos os concorrentes.

508. Regra geral, os acordos de normalização só devem abranger os elementos estritamente necessários à realização dos seus objetivos, quer se trate de interoperabilidade e compatibilidade técnicas ou de um certo nível de qualidade. Nos casos em que o facto de existir apenas uma solução tecnológica beneficiaria os consumidores ou a economia no seu conjunto, a norma deve ser fixada numa base não discriminatória. As normas que são neutras do ponto de vista tecnológico podem, em certas circunstâncias, dar origem a maiores ganhos de eficiência. A inclusão de DPI de substituição³⁰³ como componentes essenciais de uma norma, forçando simultaneamente os utilizadores da norma a pagar um volume de DPI superior ao necessário de um ponto de vista técnico, excederia o necessário para alcançar eventuais ganhos de eficiência identificados. Da mesma forma, o facto de incluir DPI de substituição como componentes essenciais de uma norma e de limitar a utilização dessa tecnologia a essa norma específica (ou seja, utilização exclusiva), pode restringir a concorrência entre tecnologias e não seria necessária para alcançar os ganhos de eficiência identificados.
509. As restrições previstas num acordo de normalização que tornam uma norma vinculativa e obrigatória para o setor não são, em princípio, indispensáveis.
510. Da mesma forma, os acordos de normalização que conferem a certos organismos o direito exclusivo de proceder a ensaios de conformidade com a norma excedem o objetivo principal da definição da norma e podem também ser restritivos da concorrência. A exclusividade pode, contudo, justificar-se durante um certo período de tempo, devido, por exemplo, à necessidade de recuperar custos de arranque significativos³⁰⁴. O acordo de normalização deveria, neste caso, incluir salvaguardas

³⁰¹ Ver Decisão da Comissão de 15 de dezembro de 1986 no processo IV/31.458, X/Open Group, considerando 45: «*Os objetivos do Grupo não poderiam ser atingidos se qualquer sociedade disposta a comprometer-se com os objetivos do Grupo tivesse o direito de se tornar membro. Isso criaria dificuldades práticas e logísticas na gestão do trabalho e, possivelmente, impediria a adoção de propostas adequadas.*» Ver também decisão da Comissão no processo 39.416, Classificação dos navios, ponto 36: «*os compromissos garantem um equilíbrio adequado entre, por um lado, a manutenção de critérios exigentes para a adesão à IACS e, por outro, a remoção de obstáculos desnecessários a tal adesão. Os novos critérios permitirão garantir que apenas as sociedades de classificação tecnicamente competentes sejam elegíveis para serem membros da IACS, evitando, assim, que a eficiência e a qualidade de trabalho da IACS sejam indevidamente prejudicadas devido a requisitos de adesão menos exigentes. Por outro lado, os novos critérios não impedirão as sociedades de classificação, tecnicamente competentes e que o pretendam, de aderir à IACS.*»

³⁰² Ver ponto 477 *supra* sobre a questão de assegurar que as partes interessadas são mantidas informadas e consultadas sobre os trabalhos em curso se a participação for restrita.

³⁰³ Tecnologia que é considerada pelos utilizadores/licenciados como permutável ou substituível por outra tecnologia, devido às suas características e à utilização a que se destina.

³⁰⁴ Ver, neste contexto, a Decisão da Comissão de 29 de novembro de 1995 nos processos IV/34.179, 34.202, 216, Gruas holandesas (SCK e FNK), considerando 23: «*A proibição de atividades em regime de subcontratação a empresas não certificadas pela SCK restringe a liberdade de ação das empresas certificadas. A fim de apurar se a proibição é suscetível de impedir, restringir ou falsear a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 85º, é conveniente examinar o enquadramento jurídico e económico do processo. Se esta proibição estivesse ligada a um sistema de garantia totalmente aberto, independente e transparente que previsse a aceitação de garantias equivalentes de outros sistemas, poder-se-ia invocar que a proibição*

adequadas para atenuar os eventuais riscos para a concorrência decorrentes da exclusividade. Trata-se, nomeadamente, dos encargos de certificação que devem ser razoáveis e proporcionados face ao custo dos ensaios de conformidade.

7.4.3. *Repercussão nos consumidores*

511. Os ganhos de eficiência obtidos através de restrições indispensáveis devem ser repercutidos nos consumidores numa medida que compense os efeitos restritivos da concorrência causados por um acordo de normalização. Uma parte fundamental da análise das probabilidades de repercussão nos consumidores consiste em determinar quais os procedimentos utilizados para garantir que os interesses dos utilizadores da norma e dos consumidores finais são protegidos. Quando as normas facilitam a interoperabilidade e a compatibilidade técnicas ou a concorrência entre produtos, serviços ou processos novos ou já existentes, pode presumir-se que beneficiam os consumidores.

7.4.4. *Não eliminação da concorrência*

512. O facto de um acordo de normalização proporcionar às partes a possibilidade de eliminarem a concorrência depende das diversas fontes de concorrência no mercado, do nível de pressão concorrencial que tais fontes exercem sobre as partes e do impacto do acordo nessa pressão concorrencial. Embora as quotas de mercado sejam relevantes para esta análise, a importância das restantes fontes de concorrência efetiva não pode ser apreciada exclusivamente com base nas quotas de mercado, salvo nos casos em que uma norma se torna uma norma *de facto* do setor³⁰⁵. Neste último caso, a concorrência pode ser eliminada se os terceiros forem excluídos do acesso efetivo à norma.

7.5. Exemplos

513. Fixação de normas que os concorrentes não podem cumprir

Exemplo 1

Situação: Um organismo de elaboração de normas estabelece e publica normas de segurança que são utilizadas de forma generalizada no setor relevante. A maior parte dos concorrentes do setor participa na elaboração da norma. Antes da adoção da norma, um novo participante no mercado desenvolveu um produto tecnicamente equivalente em termos de desempenho e requisitos funcionais, que é reconhecido pela comissão técnica do organismo de elaboração de normas. No entanto, as especificações técnicas da norma de segurança estão, sem qualquer justificação objetiva, redigidas de forma a impedir que este ou quaisquer outros novos produtos respeitem a norma.

Análise: É provável que este acordo de normalização dê origem a efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, e é pouco provável que preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Sem qualquer justificação objetiva, os membros do organismo de elaboração de normas definiram a norma de forma a que os produtos dos seus concorrentes, baseados noutras soluções tecnológicas, não a possam cumprir, mesmo que o seu desempenho seja equivalente. Por conseguinte,

não tem por efeito restringir a concorrência, mas que se destina apenas a garantir a qualidade dos serviços certificados.»

³⁰⁵

Entende-se por «normalização *de facto*», uma situação em que uma norma (juridicamente não vinculativa) é utilizada, na prática, pela maior parte do setor.

esta norma, que não foi definida numa base não discriminatória, reduzirá ou impedirá a inovação e a diversidade do produto. É pouco provável que a forma como a norma foi redigida proporcione maiores ganhos de eficiência do que uma norma neutra.

514. Norma não vinculativa e transparente que abrange uma grande parte do mercado

Exemplo 2

Situação: Diversos fabricantes de eletrodomésticos com quotas de mercado significativas chegam a acordo para desenvolverem uma nova norma relativa a um produto que se seguirá ao DVD.

Análise: Sob reserva de a) os fabricantes serem livres de produzir outros produtos novos não conformes com a nova norma, b) a participação na elaboração da norma ser transparente e não restringida e c) o acordo de normalização não restringir de outra forma a concorrência, é pouco provável que se verifique uma infração ao artigo 101.º, n.º 1. Se as partes acordassem em apenas fabricar produtos conformes com a nova norma, o acordo limitaria o desenvolvimento tecnológico, reduziria a inovação e impediria as partes de venderem produtos diferentes, dando assim provavelmente origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

515. Acordo de normalização sem divulgação de DPI

Exemplo 3

Situação: Um organismo privado de elaboração de normas ativo na normalização no setor das TIC (tecnologias da informação e comunicação) segue uma política de DPI que não exige nem incentiva a divulgação de DPI suscetíveis de serem essenciais para a futura norma. O organismo de elaboração de normas tomou deliberadamente a decisão de não incluir esta obrigação, em especial porque considera que, na generalidade, todas as tecnologias potencialmente relevantes para a futura norma estão cobertas por numerosos DPI. Por conseguinte, o organismo de elaboração de normas considerou que uma obrigação de divulgação de DPI, por um lado, não proporcionaria a vantagem de permitir que os participantes escolhessem uma solução sem DPI ou com um número reduzido de DPI e, por outro, implicaria custos adicionais para analisar se os DPI seriam potencialmente essenciais para a futura norma. No entanto, a política em matéria de DPI do organismo de elaboração de normas exige que todos os membros assumam um compromisso de licenciamento, em condições FRAND, eventuais DPI suscetíveis de serem pertinentes para a futura norma. A política em matéria de DPI permite derrogações se um titular de DPI desejar que um determinado DPI não seja incluído neste compromisso genérico de concessão de licenças. Neste setor específico, existem diversos organismos privados de elaboração de normas concorrentes. A participação no organismo de elaboração de normas está aberta a todas as pessoas ativas no setor.

Análise: Em muitos casos, uma obrigação de divulgação de DPI seria pró-concorrencial, já que reforçaria a concorrência entre tecnologias *ex ante*. Em geral, estas obrigações permitem que os membros de um organismo de elaboração de normas tomem em consideração a quantidade de DPI associados a uma determinada tecnologia para decidirem entre tecnologias concorrentes (ou mesmo, se possível, para optar por uma tecnologia não coberta por DPI). A quantidade de DPI associados a uma tecnologia terá frequentemente um impacto direto sobre os custos de acesso à norma. Contudo, neste contexto específico, todas as tecnologias disponíveis parecem estar cobertas por DPI, e mesmo em número elevado. Assim, uma eventual divulgação de DPI não teria o efeito positivo de permitir que os membros tomassem

em consideração a quantidade de DPI ao escolherem uma determinada tecnologia, uma vez que, independentemente da tecnologia que escolherem, se pode presumir que tal tecnologia incluirá sempre DPI associados. É pouco provável que o acordo dê origem a quaisquer efeitos negativos sobre a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

8. CONDIÇÕES GERAIS

8.1. Definições

516. Em certos setores, as empresas utilizam condições gerais de venda ou de compra, elaboradas por uma associação comercial ou diretamente pelas empresas concorrentes («condições gerais»)³⁰⁶. Essas condições gerais são abrangidas pelas presentes orientações na medida em que fixem condições normalizadas de venda ou de compra de bens ou serviços entre concorrentes e consumidores (e não as condições de venda ou de compra entre concorrentes) relativamente a produtos de substituição. Quando estas condições gerais são utilizadas de forma generalizada num setor, as condições de compra ou venda nesse setor podem tornar-se alinhadas *de facto*³⁰⁷. Os setores bancário (por exemplo, no que se refere às condições das contas bancárias) e dos seguros constituem exemplos de setores em que as condições gerais desempenham um papel importante.
517. As condições gerais elaboradas individualmente por uma empresa exclusivamente para uso próprio nos contratos celebrados com fornecedores ou clientes não constituem acordos horizontais e não são, por isso, abrangidas pelas presentes orientações.

8.2. Mercados relevantes

518. No que se refere às condições gerais, os efeitos são geralmente sentidos no mercado a jusante, em que as empresas que as utilizam estão em concorrência ao venderem os seus produtos aos seus clientes.

8.3. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 1

8.3.1. Principais preocupações em matéria de concorrência

519. As condições gerais podem dar origem a efeitos restritivos da concorrência ao limitarem a escolha de produtos e a inovação. Se uma grande parte de um setor adotar as condições gerais e optar por não se desviar delas em casos individuais (ou por apenas se desviar em casos excecionais de forte poder de compra), os clientes podem não dispor de outra opção senão aceitar as disposições previstas nas condições gerais. No entanto, só é provável que exista um risco de limitação da escolha e da inovação nos casos em que as condições gerais definem o âmbito do produto final. No que se refere aos bens de consumo clássicos, as condições gerais de venda não limitam, em geral, a inovação do próprio produto nem a qualidade e variedade do produto.

³⁰⁶ Estas condições gerais tanto podem abranger apenas uma parte muito reduzida como uma parte importante das cláusulas do contrato final.

³⁰⁷ Trata-se de uma situação em que as condições gerais (juridicamente não vinculativas) são utilizadas na prática pela maior parte do setor e/ou relativamente à maior parte dos aspetos do produto/serviço, provocando assim uma redução ou mesmo a eliminação da escolha do consumidor.

520. Além disso, em função do seu teor, as condições gerais podem ser suscetíveis de afetar as condições comerciais do produto final. Em especial, existe um forte risco de que as condições gerais em matéria de preços restrinjam a concorrência a nível dos preços.
521. Por outro lado, se as condições gerais se tornarem prática corrente do setor, o acesso a essas condições pode ser fundamental para a entrada no mercado. Nestes casos, a recusa de acesso às condições gerais pode causar uma exclusão anticoncorrencial do mercado. Desde que as condições gerais permaneçam verdadeiramente acessíveis para serem utilizadas por qualquer pessoa que o deseje, é pouco provável que deem origem a uma exclusão anticoncorrencial do mercado.

8.3.2. *Restrição da concorrência por objetivo*

522. Os acordos que recorrem a condições gerais no âmbito de um acordo restritivo mais amplo, cujo objetivo consiste em excluir concorrentes efetivos ou potenciais, também restringem a concorrência por objetivo. Um exemplo consistiria numa associação comercial que não permite que um novo participante no mercado tenha acesso às suas condições gerais, cuja utilização é fundamental para garantir a entrada no mercado.
523. As condições gerais que contenham disposições que afetam diretamente os preços cobrados aos clientes (ou seja, preços recomendados, descontos, etc.) constituiriam uma restrição da concorrência por objetivo.

8.3.3. *Efeitos restritivos da concorrência*

524. O estabelecimento e utilização de condições gerais devem ser avaliados no contexto económico adequado e à luz da situação no mercado relevante, a fim de determinar se as condições gerais em questão são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência.
525. Desde que **não existam restrições** à participação dos concorrentes no mercado relevante no estabelecimento efetivo das condições gerais (quer através da participação na associação comercial, quer diretamente) e desde que as condições gerais estabelecidas **não sejam vinculativas** e estejam **efetivamente acessíveis** a todos, tais acordos não são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência (tendo em conta as reservas referidas nos pontos 527-531).
526. Por conseguinte, as condições gerais verdadeiramente acessíveis e não vinculativas aplicáveis à venda de bens de consumo ou serviços (no pressuposto de que não produzem efeitos sobre o preço) não têm geralmente efeitos restritivos da concorrência, dado ser pouco provável que provoquem efeitos negativos a nível da qualidade e da variedade do produto ou da inovação. Não obstante, existem duas exceções gerais em que seria necessária uma apreciação mais aprofundada.
527. Em primeiro lugar, quando as condições gerais aplicáveis à venda de bens ou serviços de consumo definem o âmbito do produto vendido ao consumidor e, por conseguinte, o risco de limitar a escolha do produto é mais significativo, estas condições podem dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, quando a sua aplicação em conjunto é suscetível de resultar num alinhamento *de facto*. Pode ser esse o caso quando a utilização generalizada de condições gerais conduz, *de facto*, a uma limitação da inovação e da variedade do produto. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando as condições gerais de contratos de seguros limitam a escolha prática dos consumidores relativamente a elementos fundamentais do contrato, como os riscos normalmente cobertos. Mesmo que a

utilização de condições gerais não seja obrigatória, essas condições podem reduzir os incentivos dos concorrentes para concorrerem a nível da diversificação do produto. Esta situação poderia ser ultrapassada abrindo a possibilidade de as seguradoras incluírem também nos seus contratos de seguro outros riscos para além dos riscos normais.

528. Ao apreciar se existe um risco de as condições gerais terem efeitos restritivos através de uma limitação da escolha de produtos, devem ser tomados em consideração fatores como a concorrência existente no mercado. Por exemplo, se existir um número elevado de pequenos concorrentes, o risco de limitação da escolha de produtos será em princípio menor do que se existir apenas um número reduzido de grandes concorrentes³⁰⁸. As quotas de mercado das empresas que participam no estabelecimento das condições gerais podem igualmente fornecer uma certa indicação da probabilidade de aceitação dessas condições gerais ou de estas serem utilizadas por uma grande parte do mercado. No entanto, a tal respeito, não é apenas relevante analisar se as condições gerais elaboradas são suscetíveis de serem utilizadas por uma grande parte do mercado, mas também se tais condições abrangem apenas parte do produto ou a totalidade do produto (quanto menos alargadas forem as condições gerais, menos suscetíveis serão de darem origem, globalmente, a uma limitação da escolha de produtos). Além disso, nos casos em que, na ausência do estabelecimento de condições gerais, não fosse possível oferecer um determinado produto, é pouco provável que exista qualquer efeito restritivo da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Neste cenário, o estabelecimento de condições gerais não reduziria, mas antes aumentaria, as possibilidades de escolha dos produtos.
529. Em segundo lugar, mesmo que as condições gerais não definam o âmbito de aplicação real do produto final, podem constituir um elemento decisivo da transação com o cliente por outras razões. Como exemplo podem citar-se as compras em linha, em que a confiança do cliente é fundamental (por exemplo, a utilização de sistemas de pagamento seguros, uma descrição correta dos produtos, regras claras e transparentes em matéria de preços, flexibilidade da política de devoluções, etc.). Visto que os clientes têm dificuldade em apreciar claramente todos estes elementos, tendem a favorecer as práticas mais generalizadas e, assim, as condições gerais relativas a estes elementos poderiam tornar-se uma norma *de facto*, que as empresas teriam de observar para poder vender no mercado. Mesmo que não sejam vinculativas, estas condições gerais tornar-se-iam uma norma *de facto*, com efeitos muito semelhantes aos de uma norma vinculativa, devendo ser analisadas em conformidade.
530. Se a utilização das condições gerais for vinculativa, é necessário apreciar o seu impacto na qualidade e variedade do produto e na inovação (em especial se as condições gerais forem vinculativas em todo o mercado).
531. Além disso, se as condições gerais (vinculativas ou não vinculativas) contiverem disposições suscetíveis de ter um efeito negativo sobre a concorrência em matéria de preços (por exemplo, condições que definem os descontos a aplicar), é provável que deem origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1.

³⁰⁸ Se a experiência anterior relativa às condições gerais no mercado relevante demonstrar que estas não provocaram uma redução da concorrência a nível da diferenciação dos produtos, tal poderá indicar igualmente que o mesmo tipo de condições gerais elaboradas para um produto vizinho não terá um efeito restritivo da concorrência.

8.4. Apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3

8.4.1. *Ganhos de eficiência*

532. A utilização de condições gerais pode proporcionar vantagens económicas para os consumidores, como o facto de facilitar a comparação das condições oferecidas, tornando assim mais fácil mudar de empresa. As condições gerais podem também conduzir a ganhos de eficiência sob a forma de economias dos custos de transação e, em certos setores (em especial aqueles em que os contratos apresentam uma estrutura jurídica complexa), podem facilitar a entrada. As condições gerais podem igualmente reforçar a segurança jurídica para as partes no contrato. Estes ganhos de eficiência podem contribuir para um mercado interno resiliente.

533. Quanto mais elevado for o número de concorrentes no mercado, maiores serão os ganhos de eficiência resultantes do facto de a comparação das condições oferecidas ser mais fácil.

8.4.2. *Caráter indispensável*

534. As restrições que excedem o necessário para alcançar os ganhos de eficiência que podem ser gerados por condições gerais não preenchem os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3. Regra geral, não se justifica tornar as condições gerais vinculativas e obrigatórias para o setor. No entanto, não se pode excluir que as condições gerais vinculativas possam, num caso específico, ser indispensáveis para atingir os ganhos de eficiência por elas gerados.

8.4.3. *Repercussão nos consumidores*

535. Tanto o risco de efeitos restritivos da concorrência como a probabilidade de ganhos de eficiência aumentam em função das quotas de mercado das empresas e do grau de utilização das condições gerais. Assim, é impossível prever um «espaço de admissibilidade» de carácter geral, no âmbito do qual não exista qualquer risco de efeitos restritivos da concorrência ou que permita presumir que os ganhos de eficiência serão repercutidos nos consumidores de modo a compensar os efeitos restritivos da concorrência.

536. No entanto, alguns ganhos de eficiência gerados pelas condições gerais, como uma maior comparabilidade das ofertas no mercado, uma facilitação da mudança de fornecedores e a segurança jurídica das cláusulas estabelecidas nas condições gerais são necessariamente benéficas para os consumidores. No que se refere a outros eventuais ganhos de eficiência, como a redução dos custos de transação, é necessário apreciar caso a caso e no contexto económico relevante se é provável que sejam repercutidos nos consumidores.

8.4.4. *Não eliminação da concorrência*

537. A utilização de condições gerais pela maior parte de um setor pode criar uma norma *de facto* do setor. Neste caso, a concorrência pode ser eliminada se os terceiros forem excluídos do acesso efetivo à norma. Contudo, se as condições gerais apenas disserem respeito a uma parte limitada do produto ou serviço, não é provável que a concorrência seja eliminada.

8.5. Exemplos

538. Condições gerais não vinculativas e abertas utilizadas em contratos celebrados com utilizadores finais

Exemplo 1

Situação: Uma associação de distribuidores de eletricidade estabelece condições gerais não vinculativas para o fornecimento de eletricidade a utilizadores finais. A fixação das condições gerais é efetuada de forma transparente e não discriminatória. As condições gerais abrangem questões como a especificação do ponto de consumo, a localização do ponto de conexão e a tensão de conexão, disposições em matéria de fiabilidade do serviço e também as modalidades de liquidação das contas entre as partes no contrato (por exemplo, o que acontece se o cliente não transmitir ao fornecedor as leituras dos contadores). As condições gerais não abrangem questões relacionadas com preços, ou seja, não incluem preços recomendados ou outras cláusulas relativas ao preço. Qualquer empresa ativa no setor pode utilizar as condições gerais se assim o entender. Cerca de 80 % dos contratos celebrados com utilizadores finais no mercado relevante baseiam-se nestas condições gerais.

Análise: Estas condições gerais não são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Mesmo que se tenham tornado prática corrente do setor, não parecem ter qualquer efeito negativo sensível sobre os preços ou sobre a qualidade ou variedade do produto.

539. Condições gerais incluídas em contratos celebrados entre empresas

Exemplo 2

Situação: As empresas de construção de um determinado Estado-Membro estabelecem em conjunto condições gerais não vinculativas e abertas que devem ser utilizadas pelos contratantes nos orçamentos de obras de construção que apresentam aos seus clientes. É incluído um formulário de orçamento, juntamente com condições adequadas à construção. Em conjunto, estes documentos constituem o contrato de construção. As cláusulas do contrato cobrem questões como a celebração do contrato, as obrigações gerais do contratante e do cliente e as condições de pagamento não relacionadas com o preço (por exemplo, uma disposição que estabelece o direito do contratante de, mediante aviso prévio, suspender as obras em caso de não pagamento), seguros, duração, entrega e defeitos, limitação da responsabilidade, cessação, etc. Estas condições gerais são frequentemente utilizadas entre duas empresas, uma ativa a montante e a outra a jusante.

Análise: Estas condições gerais não são suscetíveis de dar origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Normalmente, não se verificariam limitações significativas na escolha, por parte do cliente, do produto final, a saber, as obras de construção. Não se afigura provável que se verifiquem outros efeitos restritivos da concorrência. Com efeito, diversas das cláusulas acima referidas (entrega e defeitos, cessação, etc.) são muitas vezes reguladas por lei.

540. Condições gerais que facilitam a comparação de produtos de diferentes empresas

Exemplo 3

Situação: Uma associação nacional do setor dos seguros distribui condições gerais não vinculativas para as apólices de seguros de habitação. Estas condições não fornecem indicações acerca do nível dos prémios de seguros, do montante da cobertura ou da franquia a pagar pelo segurado. Não impõem uma cobertura alargada que inclua riscos a que um número significativo de segurados não estejam simultaneamente expostos e não exigem que os segurados obtenham, junto do mesmo segurador, cobertura para riscos diferentes. Embora a maioria das companhias de seguros utilize condições-tipo nas suas apólices, nem todos os seus contratos incluem as mesmas condições, uma vez que estão adaptadas às

necessidades individuais de cada cliente e, por conseguinte, não se verifica uma verdadeira normalização dos produtos de seguros oferecidos aos consumidores. As condições-tipo das apólices permitem que os consumidores e as organizações de consumidores comparem as apólices oferecidas pelas diferentes seguradoras. Uma associação de consumidores participa no processo de estabelecimento das condições-tipo das apólices. Estas condições-tipo podem também ser utilizadas pelos novos participantes no mercado, de forma não discriminatória.

Análise: Estas condições-tipo das apólices dizem respeito à composição do produto de seguros final. Se as condições de mercado e outros fatores revelarem que poderia existir um risco de limitação da variedade do produto decorrente da utilização, pelas companhias de seguros, destas condições-tipo, é provável que essa limitação potencial fosse compensada por ganhos de eficiência, como o facto de facilitar, para os consumidores, a comparação das condições oferecidas pelas companhias de seguros. Por seu turno, estas comparações facilitam a transferência entre companhias de seguros e reforçam a concorrência. Acresce que a mudança de prestador e a entrada de concorrentes no mercado constituem uma vantagem para os consumidores. O facto de a associação de consumidores ter participado no processo pode, em determinadas circunstâncias, aumentar as probabilidades de esses ganhos de eficiência, que não beneficiam automaticamente os consumidores, neles serem repercutidos. É também provável que as condições-tipo reduzam os custos de transação e facilitem a entrada de companhias de seguros de outros mercados geográficos e/ou do produto. Além disso, as restrições não parecem exceder o que é necessário para atingir os ganhos de eficiência em questão e a concorrência não seria eliminada. Por conseguinte, é provável que se encontrem preenchidos os critérios previstos no artigo 101.º, n.º 3.

9. ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE

9.1. Introdução

541. O presente capítulo centra-se na apreciação dos acordos entre concorrentes que visam um ou mais objetivos de sustentabilidade («acordos de sustentabilidade»).
542. O desenvolvimento sustentável é um princípio fundamental do Tratado da União Europeia e um objetivo prioritário das políticas da União³⁰⁹. A Comissão comprometeu-se a realizar os objetivos de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas³¹⁰. Em conformidade com este compromisso, o Pacto Ecológico Europeu define uma estratégia de crescimento que visa transformar a União numa sociedade equitativa e próspera, dotada de uma economia moderna, eficiente na utilização dos recursos e competitiva, que, a partir de 2050, tenha zero emissões líquidas de gases com efeito de estufa e em que o crescimento económico esteja dissociado da utilização dos recursos³¹¹.
543. Em termos gerais, o desenvolvimento sustentável refere-se à capacidade da sociedade para consumir e utilizar no presente os recursos disponíveis sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias

³⁰⁹ Artigo 3.º do TUE.

³¹⁰ Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada por todos os Estados membros das Nações Unidas em 2015.

³¹¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Pacto Ecológico Europeu COM(2019) 640 final.

necessidades. Abrange atividades que apoiam o desenvolvimento económico, ambiental e social (incluindo o trabalho e os direitos humanos)³¹². O conceito de objetivo de sustentabilidade inclui, por conseguinte, entre outros, a luta contra as alterações climáticas (por exemplo, através da redução das emissões de gases com efeito de estufa), a eliminação da poluição, a limitação da utilização dos recursos naturais, o respeito dos direitos humanos, a promoção de infraestruturas resilientes e da inovação, a redução do desperdício alimentar, a facilitação da transição para alimentos saudáveis e nutritivos, a garantia do bem-estar dos animais, etc.³¹³.

544. A aplicação do direito da concorrência contribui para o desenvolvimento sustentável, assegurando uma concorrência efetiva, que estimula a inovação, aumenta a qualidade e a escolha dos produtos, assegura uma afetação eficiente dos recursos, reduz os custos de produção e contribui, assim, para o bem-estar dos consumidores.
545. No entanto, uma preocupação relacionada com o desenvolvimento sustentável é o facto de as decisões de produção e de consumo individuais poderem ter efeitos negativos («externalidades negativas»), por exemplo, no ambiente, que não são suficientemente tidos em conta pelos operadores económicos ou pelos consumidores que os provocam. Essas deficiências do mercado podem ser atenuadas ou corrigidas através de ações coletivas, por exemplo, através de políticas públicas, de regulamentos setoriais específicos ou de acordos de cooperação entre empresas que promovam a produção ou o consumo sustentável.
546. Nos casos em que as deficiências do mercado são colmatadas por uma regulamentação adequada, por exemplo, normas obrigatórias da União em matéria de poluição, mecanismos de fixação de preços, como o Sistema de Comércio de Licenças de Emissão da União («CELE») e impostos, podem ser desnecessárias medidas adicionais por parte das empresas, por exemplo através de acordos de cooperação. No entanto, os acordos de cooperação podem tornar-se necessários se existirem deficiências de mercado residuais que não sejam plenamente colmatadas pelas políticas e regulamentação públicas.
547. Os objetivos de sustentabilidade podem ser prosseguidos através de diferentes tipos de acordos de cooperação, incluindo os contemplados nos capítulos anteriores das presentes orientações. Os acordos que visam objetivos de sustentabilidade não constituem um tipo distinto de acordos de cooperação. O termo «acordo de sustentabilidade» utilizado nas presentes orientações refere-se, de modo geral, a qualquer tipo de acordo de cooperação horizontal que vise efetivamente um ou mais objetivos de sustentabilidade, independentemente da forma de cooperação. Sempre que um acordo de sustentabilidade diga respeito a um tipo de cooperação descrito em qualquer dos capítulos anteriores das presentes orientações, a sua apreciação será

³¹² Ver, por exemplo, a Resolução 66/288 das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral em 27 de julho de 2012.

³¹³ A Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável identifica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (incluindo, por exemplo, o Objetivo n.º 7: garantir o fontes de energia a um preço comportável, fiáveis, sustentáveis e modernas; Objetivo n.º 9: construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo n.º 13: adoção de medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus efeitos); e 169 metas (incluindo, por exemplo, a meta 9.1: desenvolver infraestruturas de qualidade, fiáveis, sustentáveis e resilientes, incluindo infraestruturas regionais e transfronteiriças, para apoiar o desenvolvimento económico e o bem-estar humano, focando-se no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos; e a meta 13.1: reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados com o clima e as catástrofes naturais em todos os países).

regida pelos princípios e considerações estabelecidos nesses capítulos, tendo simultaneamente em conta o objetivo específico de sustentabilidade visado.

548. Os acordos de sustentabilidade só suscitam preocupações em matéria de concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, se implicarem graves restrições da concorrência sob a forma de restrições por objetivo ou produzirem efeitos negativos sensíveis sobre a concorrência, contrários ao artigo 101.º, n.º 1. Quando os acordos de sustentabilidade infringirem o artigo 101.º, n.º 1, podem continuar a justificar-se nos termos do artigo 101.º, n.º 3, se estiverem preenchidas as quatro condições previstas nessa disposição. As Orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, contêm orientações pormenorizadas sobre a apreciação destas condições³¹⁴. Os acordos que restrinjam a concorrência não podem subtrair-se à proibição estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, pelo simples facto de serem necessários para a prossecução de um objetivo de sustentabilidade³¹⁵. No entanto, as restrições que sejam acessórias de um acordo de sustentabilidade que esteja em conformidade com o artigo 101.º, n.º 1, também não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação dessa disposição³¹⁶.
549. O presente capítulo fornece orientações adicionais sobre a apreciação destas condições, em especial clarificando quando é que os benefícios de sustentabilidade podem ser considerados como ganhos de eficiência qualitativos ou quantitativos na apreciação nos termos do artigo 101.º, n.º 3.
550. O presente capítulo está estruturado do seguinte modo: a secção 9.2 apresenta exemplos de acordos de sustentabilidade que não são suscetíveis de levantar preocupações em matéria de concorrência, uma vez que não restringem a concorrência por objetivo, nem têm qualquer efeito sensível sobre a concorrência, pelo que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1; a secção 9.3 fornece orientações sobre aspetos específicos da apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 1, e centra-se nos acordos de sustentabilidade mais comuns que estabelecem normas de sustentabilidade. A secção 9.4 centra-se em aspetos específicos da apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3. A secção 9.5 analisa as consequências da participação das autoridades públicas na celebração de acordos de sustentabilidade. Por último, a secção 9.7 apresenta uma apreciação de exemplos hipotéticos de acordos de sustentabilidade.

9.2. Acordos de sustentabilidade que não suscitam preocupações em matéria de concorrência

551. Nem todos os acordos de sustentabilidade entre concorrentes são abrangidos pelo artigo 101.º. Quando esses acordos não afetam parâmetros da concorrência, como o

³¹⁴ Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado («Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3») (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

³¹⁵ O Tratado prevê expressamente exceções à aplicação das regras da concorrência apenas para efeitos da consecução de um serviço de interesse económico geral nos termos do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado e para a realização dos objetivos da política agrícola comum nos termos do artigo 42.º do Tratado. Ver também os processos em que o Tribunal de Justiça reconheceu que as restrições inerentes aos objetivos legítimos prosseguidos por determinadas profissões podem subtrair-se à proibição estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem forem inerentes à prossecução dos referidos objetivos (ver acórdão de 19 de fevereiro de 2002, Wouters e outros, C-309/99, EU:C:2002:98; e acórdão de 16 de julho de 2006, Meca-Medina e Majcen/Comissão, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

³¹⁶ Ver secção 1.2.6 *supra*.

preço, a quantidade, a qualidade, a escolha ou a inovação, não estão em condições de suscitar preocupações em matéria de direito da concorrência. Os exemplos que se seguem são ilustrativos e não exaustivos.

552. Em primeiro lugar, os acordos que não dizem respeito à atividade económica dos concorrentes, mas antes à sua conduta empresarial interna, não são geralmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º. Os concorrentes podem procurar aumentar a reputação global do setor de ser responsável do ponto de vista ambiental e, para o efeito, chegar a acordo sobre, por exemplo, medidas destinadas a eliminar os plásticos de utilização única nas suas instalações, a não exceder determinada temperatura ambiente nos edifícios ou a limitar o número de materiais impressos por dia.
553. Em segundo lugar, os acordos relativos à criação de uma base de dados que contenha informações sobre os fornecedores que têm cadeias de valor sustentáveis, utilizam processos de produção sustentáveis e fornecem insumos sustentáveis, ou sobre os distribuidores que vendem produtos de forma sustentável, sem exigir que as partes adquiram a esses fornecedores ou vendam a esses distribuidores, não levantarão, de um modo geral, preocupações em matéria de concorrência nos termos do artigo 101.º.
554. Em terceiro lugar, os acordos entre concorrentes relativos à organização de campanhas de sensibilização de todo o setor ou de campanhas de sensibilização dos clientes para a pegada ambiental do seu consumo, sem que tais campanhas constituam publicidade conjunta de determinados produtos, também não são, regra geral, suscetíveis de levantar preocupações em matéria de concorrência nos termos do artigo 101.º.

9.3. Apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 1

9.3.1. Princípios

555. Quando os acordos de sustentabilidade afetam um ou mais parâmetros da concorrência, podem ter de ser apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 1.
556. Os acordos de sustentabilidade que correspondam a um dos tipos de acordos de cooperação abordados nos capítulos anteriores das presentes orientações serão apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 1, conforme descrito nesses capítulos. Por exemplo, um acordo entre concorrentes para desenvolver em conjunto uma tecnologia de produção que reduza o consumo de energia deve ser apreciado de acordo com os princípios estabelecidos no capítulo 2 (Acordos de I&D). Um acordo de partilha de infraestruturas com vista a reduzir a pegada ambiental de um processo de produção deve ser apreciado à luz dos princípios estabelecidos no capítulo 3 (Acordos de produção).
557. Um acordo entre concorrentes para comprar em conjunto produtos com uma pegada ambiental limitada como insumo para a sua produção ou para comprar apenas a fornecedores que respeitem determinados princípios de sustentabilidade deve ser apreciado em conformidade com os princípios estabelecidos no capítulo 4 (Acordos de compra)³¹⁷.
558. Do mesmo modo, os acordos de sustentabilidade que assumam a forma de acordos de I&D ou de especialização são abrangidos pelos regulamentos de isenção por

³¹⁷ Ver secção 4.2.3.2 *supra*.

categoria correspondentes se estiverem preenchidas as condições para beneficiarem de uma isenção ao abrigo desses regulamentos.

559. O facto de um acordo prosseguir efetivamente um objetivo de sustentabilidade pode ser tido em conta para determinar se a restrição em causa é uma restrição por objetivo ou uma restrição por efeito na aceção do artigo 101.º, n.º 1³¹⁸.
560. Neste contexto, quando as partes alegam que um acordo, que parece visar a fixação de preços, a repartição do mercado ou dos clientes, a limitação da produção ou a inovação, prossegue efetivamente um objetivo de sustentabilidade, terão de apresentar todos os factos e elementos de prova que demonstrem que o acordo prossegue efetivamente esse objetivo e não é utilizado para dissimular um objetivo de restrição da concorrência. Se os elementos de prova permitirem determinar que o acordo prossegue efetivamente um verdadeiro objetivo de sustentabilidade, os seus efeitos sobre a concorrência terão de ser apreciados³¹⁹.

9.3.2. *Acordos de normalização para a sustentabilidade*

9.3.2.1. Definição e características

561. A fim de contribuir para o desenvolvimento sustentável, os concorrentes podem desejar chegar a acordo sobre a eliminação progressiva, a retirada ou, em alguns casos, a substituição de produtos não sustentáveis (por exemplo, combustíveis fósseis como o petróleo e o carvão, os plásticos) e de processos (por exemplo, queima de gás em tocha) por outros sustentáveis. Os concorrentes podem igualmente desejar chegar a acordo para harmonizar os materiais de embalagem para facilitar a reciclagem ou harmonizar os tamanhos das embalagens (e, por conseguinte, o conteúdo dos produtos) a fim de reduzir os resíduos. Os concorrentes podem também desejar chegar a acordo para apenas adquirir fatores de produção se os produtos comprados forem fabricados de forma sustentável. Do mesmo modo, os concorrentes podem desejar chegar a acordo sobre determinadas condições que melhorem o bem-estar dos animais (por exemplo, normas acordadas para proporcionar mais espaço aos animais). Para o efeito, os concorrentes podem acordar em adotar e respeitar determinadas normas de sustentabilidade. Esses acordos são designados «acordos de normalização para a sustentabilidade» ou «normas de sustentabilidade» no presente capítulo.
562. Os acordos de normalização para a sustentabilidade especificam os requisitos que os produtores, comerciantes, fabricantes, retalhistas ou prestadores de serviços de uma cadeia de abastecimento podem ter de cumprir em relação, eventualmente, a uma vasta gama de parâmetros de sustentabilidade, como os impactos ambientais da produção³²⁰. Os acordos de normalização para a sustentabilidade fornecem geralmente regras, orientações ou características para os produtos e métodos de

³¹⁸ A fim de apreciar se um acordo entre empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência para ser considerado uma restrição de concorrência «por objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa alcançar, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. Ver acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53.

³¹⁹ Em princípio, os elementos de prova que demonstrem a prossecução de um objetivo de sustentabilidade devem permitir justificar uma dúvida razoável quanto ao objetivo anticoncorrencial do acordo. No entanto, a prossecução do objetivo de sustentabilidade não deve ser incerta. Ver, por exemplo, o acórdão de 30 de janeiro de 2020, Generics (UK), C-307/18, EU:C:2020:52, n.ºs 107-108.

³²⁰ Ver, por exemplo, United Nations Forum on Sustainability Standards (Fórum das Nações Unidas para as Normas de Sustentabilidade), <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>.

produção sobre esses parâmetros de sustentabilidade e são por vezes designados por sistemas de sustentabilidade. São frequentemente iniciativas privadas e podem ir de códigos de conduta estabelecidos unilateralmente pelas empresas até normas determinadas por organizações da sociedade civil e iniciativas multilaterais que envolvam empresas de toda a cadeia de valor³²¹. As presentes orientações abrangem apenas as normas de sustentabilidade elaboradas pelos concorrentes ou em que estes participam, incluindo marcas ou selos de qualidade.

563. Os acordos de normalização para a sustentabilidade têm semelhanças com os acordos de normalização abordados no capítulo 7. No entanto, apresentam também características atípicas, ou menos pronunciadas, relativamente a esses acordos de normalização.
564. Em primeiro lugar, a adoção de uma norma de sustentabilidade pode muitas vezes conduzir ao estabelecimento de um rótulo, logótipo ou rótulo ecológico para produtos que cumpram determinados requisitos mínimos. A utilização desse rótulo, logótipo ou marca obriga, em princípio, os que adotam a norma a respeitá-la. Estas empresas podem utilizar o rótulo/logótipo/marca desde que cumpram as condições de sustentabilidade e deixarão de poder utilizar o rótulo/logótipo/marca quando deixarem de cumprir estes requisitos.
565. Em segundo lugar, o custo da adesão a uma norma de sustentabilidade, e do seu respeito, pode ser elevado, em especial se forem necessárias alterações aos processos de produção ou de negociação existentes para cumprir a norma de sustentabilidade. Assim, a adesão a uma norma de sustentabilidade pode conduzir a um aumento dos custos de produção ou de distribuição e, consequentemente, a um aumento do preço dos produtos vendidos pelas partes.
566. Em terceiro lugar, ao contrário das normas técnicas, que asseguram a interoperabilidade e incentivam a concorrência entre tecnologias de diferentes empresas no processo de elaboração de normas, as questões da interoperabilidade e da compatibilidade entre tecnologias são, em geral, irrelevantes no que respeita às normas de sustentabilidade.
567. Em quarto lugar, muitas normas de sustentabilidade baseiam-se nos processos, na gestão ou no desempenho. Significa isto que, ao contrário de muitas normas técnicas, as normas de sustentabilidade fixam muitas vezes um objetivo a atingir sem impor quaisquer tecnologias ou métodos de produção específicos. Os que adotam normas de sustentabilidade podem comprometer-se com o objetivo, mas continuarão a ser livres de decidir sobre a utilização de uma determinada tecnologia ou processo de produção para atingir esse objetivo.

9.3.2.2. Principais preocupações em matéria de concorrência

568. Os acordos de normalização para a sustentabilidade têm muitas vezes efeitos positivos sobre a concorrência. Contribuem para um desenvolvimento sustentável e, por conseguinte, podem permitir o desenvolvimento de novos produtos ou mercados, aumentar a qualidade dos produtos ou melhorar as condições de abastecimento ou de distribuição. Em especial, ao fornecerem informações sobre questões de sustentabilidade (por exemplo, através de rótulos), as normas de sustentabilidade

³²¹ Ver, por exemplo, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, *Framework for the voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit*, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf.

capacitam os consumidores para tomarem decisões de compra informadas e, por conseguinte, desempenham um papel no desenvolvimento de mercados de produtos sustentáveis. Por último, as normas de sustentabilidade podem também criar condições de concorrência equitativas entre os produtores sujeitos a requisitos regulamentares diferentes.

569. Em algumas circunstâncias, porém, as normas de sustentabilidade podem também restringir a concorrência, sob três formas principais: através da coordenação dos preços, da exclusão de normas alternativas e da exclusão ou discriminação de determinados concorrentes³²².

9.3.2.3. Restrição por objetivo

570. As normas de sustentabilidade que não prossigam verdadeiramente um objetivo de sustentabilidade, mas abranjam a fixação de preços, a repartição do mercado ou dos clientes, limitações da produção ou limitações da qualidade ou da inovação, restringem a concorrência por objetivo.

571. Em especial, um acordo entre concorrentes sobre a forma de refletir o aumento dos custos resultante da adoção de uma norma de sustentabilidade em preços de venda mais elevados para os seus clientes restringe a concorrência por objetivo. Do mesmo modo, um acordo entre as partes na norma de sustentabilidade com vista a exercer pressão sobre terceiros para que se abstenham de comercializar produtos que não respeitem a norma de sustentabilidade restringe a concorrência por objetivo.

9.3.2.4. Efeitos restritivos da concorrência

(a) Espaço de admissibilidade flexível

572. Quando um acordo não é considerado uma restrição por objetivo, só pode infringir o artigo 101.º, n.º 1, se tiver um efeito negativo sensível sobre a concorrência. No entanto, é pouco provável que os acordos de normalização para a sustentabilidade produzam efeitos negativos sensíveis sobre a concorrência e não serão abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, se estiverem preenchidas cumulativamente as seguintes condições:

Em primeiro lugar, o procedimento de elaboração da norma de sustentabilidade é transparente e todos os concorrentes interessados podem participar no processo conducente à seleção da norma³²³.

Em segundo lugar, a norma de sustentabilidade não deve impor às empresas que não desejem participar na norma uma obrigação – direta ou indiretamente – de respeitar a norma³²⁴.

Em terceiro lugar, as empresas participantes devem ser livres de adotar por si próprias uma norma de sustentabilidade mais exigente do que a acordada com as outras partes no acordo (por exemplo, podem decidir utilizar no seu produto final ingredientes mais sustentáveis do que o exigido pela norma).

³²² Ver pontos 467-470.

³²³ Ver ponto 479.

³²⁴ Por outras palavras, as empresas do setor que não pretendam respeitar a norma devem permanecer livres e não devem ser impedidas de continuar a abastecer o mercado e os consumidores com produtos que cumprem os requisitos legais, mas que não cumprem os requisitos adicionais criados pela nova norma de sustentabilidade.

Em quarto lugar, as partes na norma de sustentabilidade não devem trocar informações sensíveis do ponto de vista comercial que não sejam necessárias para a elaboração, a adoção ou a alteração da norma.

Em quinto lugar, deve ser garantido um acesso efetivo e não discriminatório aos resultados do procedimento de normalização, o que deve incluir o acesso efetivo e não discriminatório aos requisitos e às condições de obtenção do rótulo acordado ou de adoção da norma, numa fase posterior, por empresas que não tenham participado no processo de elaboração da norma.

Em sexto lugar, a norma de sustentabilidade não deve conduzir a um aumento significativo do preço ou a uma redução significativa da escolha dos produtos disponíveis no mercado³²⁵.

Em sétimo lugar, deve existir um mecanismo ou um sistema de controlo para garantir que as empresas que adotam a norma de sustentabilidade cumprem efetivamente os requisitos da norma.

573. Estas condições garantem que a norma de sustentabilidade não exclui normas alternativas inovadoras, nem exclui ou discrimina outras empresas e garante um acesso efetivo à norma. A condição de não trocar informações sensíveis do ponto de vista comercial desnecessárias garante que o procedimento de fixação de normas não é utilizado para facilitar a colusão ou limitar a concorrência entre as partes. Tal como referido no ponto 565 *supra*, as normas de sustentabilidade podem muitas vezes conduzir a um aumento dos preços. No entanto, quando a norma é adotada por empresas que representam uma parte significativa do mercado, podem ser realizadas economias de escala significativas, permitindo às empresas manter o nível de preços anterior ou aplicar apenas um aumento insignificante dos preços.
574. O incumprimento de uma ou mais destas condições não leva a presumir que o acordo restringe a concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, se algumas destas condições não estiverem preenchidas, será necessário apreciar, em especial, se e em que medida o acordo é suscetível de conduzir – ou efetivamente conduz – a um efeito negativo sensível sobre a concorrência. Podem existir diferentes modelos para os esforços de normalização e as empresas gozam de inteira liberdade para estabelecer regras e procedimentos que, embora diferentes dos descritos no ponto 572 *supra*, não infringem as regras de concorrência.

(b) Necessidade de apreciar os efeitos do acordo

575. Para apreciar os efeitos de um acordo de sustentabilidade, deve ser tomada em consideração a cobertura do mercado dos produtos que incorporam a norma. As normas de sustentabilidade podem não ter efeitos anticoncorrenciais sensíveis porque existe concorrência suficiente por parte de rótulos/normas de sustentabilidade alternativos e/ou de produtos produzidos e distribuídos de forma convencional (ou seja, fora do âmbito dos rótulos/normas). A cobertura do mercado do acordo em questão pode ser insuficiente para falsear a concorrência de forma sensível, devido à

³²⁵

A política de concorrência está preocupada com os aumentos de preços que resultam de uma restrição da concorrência e não com os aumentos de preços que apenas refletem um aumento da qualidade dos produtos. Contudo, na prática, é muito difícil distinguir entre os aumentos de preços que resultam apenas do aumento da qualidade e os aumentos de preços que também se devem à restrição da concorrência. Por conseguinte, nos casos em que o aumento dos preços ou a redução da qualidade são significativos, os efeitos do acordo terão de ser apreciados.

concorrência efetiva de rótulos e/ou produtos alternativos produzidos e distribuídos de forma convencional. Ainda que a cobertura do mercado do acordo seja significativa, o efeito restritivo da concorrência potencial pode ainda ser suficiente, em especial nos casos em que o acordo de sustentabilidade se limita à criação de um rótulo, deixando às empresas participantes a liberdade de operarem também fora do âmbito do rótulo. Se for esse o caso, os consumidores terão a possibilidade de comprar produtos que ostentam o rótulo ou produtos, eventualmente fabricados pelas mesmas empresas, que não respeitam o rótulo, pelo que é pouco provável que haja restrições da concorrência³²⁶. Nos casos em que um acordo de normalização seja suscetível de conduzir a um aumento significativo dos preços ou a uma redução da produção, da variedade e qualidade do produto ou da inovação, as partes no acordo podem invocar o artigo 101.º, n.º 3.

9.4. Apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3

576. Qualquer acordo de sustentabilidade que infrinja o artigo 101.º, n.º 1, pode ser isento nos termos do artigo 101.º, n.º 3, se as partes no acordo provarem que estão preenchidas as quatro condições cumulativas previstas nessa disposição.

9.4.1. Ganhos de eficiência

577. A primeira condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, exige que o acordo em questão contribua para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou contribua para promover o progresso técnico ou económico. No essencial, exige que o acordo contribua para ganhos de eficiência objetivos, entendidos em termos gerais, como abrangendo não só reduções dos custos de produção e de distribuição, mas também aumentos da variedade e da qualidade dos produtos, melhorias nos processos de produção ou distribuição e aumentos na inovação³²⁷. Permite, por conseguinte, que um amplo espetro de benefícios de sustentabilidade resultantes da utilização de ingredientes, tecnologias e processos de produção específicos sejam tidos em consideração como ganhos de eficiência.

578. Por exemplo, os acordos de sustentabilidade podem produzir ganhos de eficiência, como a utilização de tecnologias de produção ou distribuição mais limpas, menos poluição, melhores condições de produção e distribuição, infraestruturas ou cadeias de abastecimento mais resilientes, produtos de melhor qualidade, etc. Podem também evitar perturbações na cadeia de abastecimento, reduzir o tempo necessário para trazer produtos sustentáveis para o mercado e ajudar a melhorar a escolha dos consumidores, facilitando a comparação dos produtos. Estes ganhos de eficiência podem contribuir para um mercado interno resiliente.

579. Estes ganhos de eficiência terão de ser fundamentados e não podem ser simplesmente presumidos³²⁸. Também têm de ser objetivos, concretos e verificáveis. Por exemplo, se os alegados ganhos de eficiência consistirem na melhoria do

³²⁶ Os acordos entre concorrentes que não contenham restrições por objetivo podem também beneficiar do espaço de admissibilidade previsto na Comunicação *de minimis*, desde que, se o acordo for celebrado entre concorrentes, a quota de mercado agregada das partes no acordo não exceda 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo. Ver a Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação *de minimis*) (JO C 291 de 30.8.2014, p. 13).

³²⁷ Ver também pontos 48-72 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3.

³²⁸ Ver também pontos 50-58 das orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3.

produto, as partes têm de demonstrar as características exatas da melhoria do produto. Se o benefício alegado for, por exemplo, a redução da contaminação da água, as partes têm de explicar de que forma o acordo contribui exatamente para a redução da contaminação da água e fornecer uma estimativa da dimensão do alegado benefício³²⁹.

9.4.2. *Caráter indispensável*

580. Para efeitos das presentes orientações, é adequado abordar a terceira condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, ou seja, a condição do caráter indispensável, antes da segunda condição, ou seja, a da parte equitativa dos consumidores. A razão para tal é que a análise da parte equitativa dos consumidores não deve incluir os efeitos de quaisquer restrições que não satisfaçam a condição do caráter indispensável e que, por conseguinte, são proibidas pelo artigo 101.º³³⁰.
581. Em conformidade com a terceira condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, o acordo restritivo não deve impor restrições que não sejam indispensáveis para a obtenção dos benefícios decorrentes do acordo em causa. Para satisfazer esta condição, as partes no acordo têm de demonstrar que o seu acordo enquanto tal e cada uma das restrições da concorrência que implica são razoavelmente necessários para que os alegados benefícios de sustentabilidade se concretizem e que não existem outros meios economicamente viáveis e menos restritivos para os alcançar³³¹.
582. Em princípio, cada empresa deve decidir por si própria como procurar obter benefícios de sustentabilidade e, na medida em que os consumidores valorizem esses benefícios, o mercado recompensaria as boas decisões e puniria as más. Nos casos em que existe procura de produtos sustentáveis, os acordos de cooperação não são indispensáveis para a obtenção de benefícios de sustentabilidade em si. No entanto, podem também ser indispensáveis para alcançar o objetivo de sustentabilidade de uma forma mais eficiente em termos de custos.
583. As políticas e regulamentação públicas têm frequentemente em conta as externalidades negativas. Normalmente, visam fazê-lo impondo regras, que exigem ações coletivas, garantindo resultados de mercado eficientes que têm em conta as implicações das ações individuais em termos de sustentabilidade³³². Por conseguinte, quando a legislação da UE ou nacional exige que as empresas cumpram objetivos concretos em matéria de sustentabilidade, os acordos de cooperação e as restrições que possam implicar não podem ser considerados indispensáveis para o objetivo a alcançar. Tal deve-se ao facto de o legislador já ter decidido que cada empresa é obrigada a alcançar individualmente o objetivo³³³. Nestas circunstâncias, os acordos

³²⁹ Recomendação (UE) 2021/2279 da Comissão, de 15 de dezembro de 2021, sobre a utilização dos métodos da pegada ambiental para a medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações (JO L 471 de 30.12.2021, p. 1).

³³⁰ Ver, em especial, ponto 39 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3.

³³¹ Ver, em especial, pontos 73-82 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3.

³³² Por exemplo, a regulamentação ambiental prossegue este objetivo através de impostos, proibições ou subvenções.

³³³ Se as empresas estiverem vinculadas por um sistema de limitação e comércio de emissões, como o sistema CELE, deve considerar-se que qualquer redução da poluição e a correspondente diminuição da utilização de licenças de emissão de uma determinada empresa ou setor libertarão essas licenças, resultando num efeito líquido nulo sobre a poluição na ausência de uma redução das licenças de emissão (efeito de vasos comunicantes).

de cooperação só podem ser indispensáveis para alcançar o objetivo de uma forma mais eficiente em termos de custos.

584. Podem existir outros casos em que, devido a deficiências do mercado, os benefícios de sustentabilidade não possam ser alcançados se forem deixados ao livre jogo das forças do mercado ou possam ser alcançados de forma mais eficiente em termos de custos se as empresas cooperarem. Por exemplo, pode ser necessário um acordo de sustentabilidade para evitar o parasitismo ao nível dos investimentos necessários para promover um produto sustentável e educar os consumidores (ultrapassando as chamadas «desvantagens dos precursores»).
585. Neste contexto, pode também ser necessário um acordo restritivo para obter economias de escala, em especial para atingir uma escala suficiente para cobrir os custos fixos de criação, exploração e monitorização do rótulo. As restrições podem igualmente ser indispensáveis para alinhar os incentivos das partes e assegurar que estas concentram os seus esforços na aplicação do acordo³³⁴. Se o acordo obrigar as partes a não operarem fora do âmbito do rótulo ou da norma, as partes terão de provar por que razão a mera criação de um rótulo ou norma não será suficiente para obter os ganhos de eficiência. Normalmente, é suficiente que o acordo defina a norma de sustentabilidade como uma norma mínima comum, deixando assim margem para que as empresas participantes apliquem individualmente uma norma de sustentabilidade mais exigente do que a norma acordada em comum.
586. Um acordo pode também ser necessário nos casos em que as partes possam demonstrar que os consumidores no mercado relevante têm dificuldade, devido, por exemplo, à falta de conhecimentos ou de informações suficientes sobre o próprio produto ou às consequências da sua utilização, em comparar objetivamente os benefícios futuros que obtêm de um acordo com o prejuízo imediato que sofrem com o mesmo acordo e, consequentemente, sobreavaliam a importância do efeito imediato. Por exemplo, os consumidores podem não ser capazes de apreciar os benefícios futuros sob a forma de melhoria da qualidade e de inovação, se o efeito imediato for um aumento do preço do produto.
587. Regra geral, as obrigações impostas pelos acordos de sustentabilidade não devem exceder o necessário para alcançar o objetivo do acordo.

9.4.3. *Repercussão nos consumidores*

588. A segunda condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, exige que os consumidores recebam uma parte equitativa dos alegados benefícios. O conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores diretos ou indiretos dos produtos abrangidos pelo acordo³³⁵. Os consumidores recebem uma parte equitativa dos benefícios quando os benefícios decorrentes do acordo compensam o prejuízo causado pelo mesmo acordo, de modo a que o efeito global sobre os consumidores no mercado relevante seja pelo menos neutro³³⁶. Por conseguinte, os benefícios de sustentabilidade decorrentes dos acordos têm de estar relacionados com os consumidores dos produtos abrangidos por esses acordos.

³³⁴ Ver, em especial, ponto 80 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3.

³³⁵ Tal inclui os produtores que utilizam os produtos para transformação, os grossistas, os retalhistas e os consumidores finais, ou seja, as pessoas singulares que atuam para fins que podem ser considerados alheios à sua atividade comercial ou profissional.

³³⁶ Ver ponto 85 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3; ver também acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 72.

589. Em muitos casos, pode ser óbvio quer que os benefícios de sustentabilidade não estão relacionados com os consumidores no mercado relevante, quer que não seriam suficientemente significativos para compensar o prejuízo no mercado relevante. Inversamente, pode haver casos em que o prejuízo para a concorrência seja claramente insignificante em comparação com os potenciais benefícios, o que evitará a necessidade de uma apreciação aprofundada. No entanto, pode também haver casos em que não seja possível evitar uma apreciação aprofundada.

9.4.3.1. Benefícios do valor da utilização individual

590. Os benefícios para os consumidores resultam normalmente do consumo ou da utilização dos produtos abrangidos pelo acordo em apreciação. Estes benefícios podem assumir a forma de uma melhor qualidade ou variedade do produto, resultante de ganhos de eficiência qualitativos, ou concretizar-se sob a forma de uma diminuição dos preços em resultado de ganhos de eficiência em termos de custos. Esses benefícios podem também resultar do consumo de um produto sustentável da mesma forma que resultam do consumo de qualquer outro produto. Podem ser referidos como «benefícios de valor da utilização individual», uma vez que resultam da utilização do produto e melhoram diretamente a experiência dos consumidores com o produto em questão.

591. Por exemplo, o consumo de produtos hortícolas cultivados com a ajuda de fertilizantes orgânicos pode saber melhor e/ou ser mais saudável para os consumidores do que o dos produtos hortícolas produzidos com fertilizantes não orgânicos. Do mesmo modo, a substituição do plástico por materiais mais duradouros numa variedade de produtos pode aumentar a sua longevidade. Nestas circunstâncias, os consumidores beneficiam de uma maior qualidade pelo simples facto de consumirem o produto em questão. Estes são os ganhos de eficiência qualitativos típicos que podem ser gerados por um acordo restritivo e que podem compensar o prejuízo causado pelo aumento dos preços (devido à utilização acordada de materiais sustentáveis mais dispendiosos) ou pela redução da escolha (devido à não utilização acordada de um produto não sustentável). Se os benefícios forem suficientemente significativos para compensar o prejuízo causado pelo aumento do preço ou pela redução da escolha, compensarão os consumidores lesados pelo mesmo acordo e, por conseguinte, cumprirão a segunda condição prevista no artigo 101.º, n.º 3.

592. Nos exemplos anteriores, juntamente com os benefícios de valor da utilização individual, os acordos em questão podem ser acompanhados de efeitos positivos externos aos consumidores (externalidades positivas). Existem externalidades positivas quando as externalidades negativas, como a poluição, a erosão do solo, etc., são reduzidas. Estas externalidades positivas de que a sociedade pode beneficiar no presente ou no futuro podiam não ter sido possíveis na ausência do acordo restritivo em questão. Estas externalidades positivas são distintas dos benefícios de valor da utilização individual de que beneficiam os consumidores no mercado relevante (ver secção 9.4.3.3).

593. Os acordos destinados a reduzir as embalagens podem também reduzir os custos de produção e de distribuição e, em última análise, o preço do produto. Por exemplo, um acordo entre concorrentes para fornecer um detergente líquido concentrado em garrafas de dimensão reduzida pode reduzir o custo dos materiais, do transporte e da armazenagem. De igual modo, os acordos destinados a partilhar serviços de transporte de infraestruturas ou de distribuição com concorrentes podem reduzir os custos das partes e, por conseguinte, o preço final do produto. Com efeito, o prejuízo

decorrente desses acordos pode consistir numa menor escolha para os consumidores, mas o benefício do preço mais baixo pode compensar o prejuízo resultante da limitação da escolha ou mesmo da redução da qualidade dos serviços ou produtos³³⁷. Os mesmos acordos podem também ter externalidades positivas, a saber, uma redução do impacto negativo no ambiente (ver secção 9.4.3.3 *infra*).

9.4.3.2. Benefícios do valor da não utilização individual

594. Os benefícios dos consumidores decorrentes dos acordos de sustentabilidade podem incluir não só benefícios diretos da utilização de um produto sustentável, mas também benefícios indiretos, resultantes da apreciação que os consumidores têm do impacto do seu consumo sustentável nos outros. Em particular, alguns consumidores podem valorizar mais o consumo de um produto sustentável do que o consumo de um produto não sustentável, uma vez que o produto sustentável tem um impacto menos negativo nos outros do que o não sustentável.
595. Por exemplo, os consumidores podem optar por um determinado líquido de lavagem, não por este limpar melhor, mas por contaminar menos a água. Da mesma forma, os consumidores podem estar dispostos a pagar um preço mais elevado por mobiliário fabricado a partir de madeira cultivada e abatida de forma sustentável, não devido à melhor qualidade do mobiliário, mas porque os consumidores querem pôr termo à desflorestação e à perda de habitats naturais. Na mesma ordem de ideias, os condutores podem optar por utilizar combustível mais caro, não por ser de maior qualidade e melhor para os seus veículos, mas por poluir menos.
596. Nestas circunstâncias, a experiência de utilização dos consumidores em relação ao produto não é diretamente melhorada. Contudo, os consumidores estão dispostos a pagar um preço mais elevado por um produto sustentável ou a limitar a sua escolha de consumo, não utilizando uma variante não sustentável do produto, para benefício da sociedade ou das gerações futuras. Por conseguinte, os benefícios indiretos do valor da não utilização revertem para os consumidores no mercado relevante através da sua avaliação pessoal/individual do efeito sobre os outros, incluindo sobre os não utilizadores fora do mercado relevante.
597. Os consumidores que estão dispostos a pagar mais por esses produtos veem-nos como sendo de maior qualidade, precisamente devido aos benefícios que trazem para os outros. Portanto, do ponto de vista económico, esses benefícios qualitativos indiretos não são diferentes dos benefícios normais de melhoria da qualidade que aumentam o valor de utilização direta de um produto referidos na secção 9.4.3.1. A medição desses benefícios indiretos do valor da não utilização pode ser efetuada investigando a disponibilidade dos consumidores para pagar, por exemplo, através de inquéritos aos clientes.
598. Pode haver uma diferença entre o que os consumidores declaram ser as suas preferências e o que o seu comportamento de compra sugere ser as suas preferências. o que pode indicar que as preferências declaradas sobrestimam ou, pelo contrário, subestimam as verdadeiras preferências. Para atenuar essas distorções relacionadas com escolhas hipotéticas nos inquéritos, estes devem fornecer um contexto útil e adequado. Além disso, as questões colocadas podem ter de ter em conta as normas

³³⁷ As reduções dos custos marginais ou variáveis são mais suscetíveis de ter relevância para a apreciação dos ganhos de eficiência do que as reduções dos custos fixos; os primeiros são, em princípio, mais suscetíveis de resultar em preços mais baixos para os consumidores.

sociais, os conhecimentos e hábitos dos consumidores ou as expectativas sobre o comportamento dos outros.

599. Em termos mais gerais, para satisfazer o ónus da prova que lhes incumbe por força do artigo 101.º, n.º 3, as partes num acordo têm de apresentar elementos de provas sólidos que demonstrem as preferências efetivas dos consumidores. As partes no acordo devem evitar sobrepor as suas próprias preferências às dos consumidores.
600. Ao avaliar a disponibilidade dos consumidores para pagar, não é necessário avaliar a disponibilidade de todos os consumidores no mercado relevante. Para efeitos da investigação, basta que a avaliação se baseie numa fração representativa de todos os consumidores no mercado relevante³³⁸.

9.4.3.3. Benefícios coletivos

601. A secção 9.4.3.2 refere-se aos benefícios individuais do valor da não utilização que se limitam às escolhas voluntárias (altruístas) dos consumidores individuais. No entanto, nem todas as externalidades negativas podem ser corrigidas através de ações voluntárias e individuais dos consumidores. Uma vez que o impacto do consumo individual na sustentabilidade não reverte necessariamente para o consumidor individual, mas para um grupo mais vasto, pode ser necessária uma ação coletiva, como um acordo de cooperação, para internalizar as externalidades negativas e proporcionar benefícios de sustentabilidade a um grupo mais vasto da sociedade³³⁹. Por exemplo, os consumidores podem não estar dispostos a pagar um preço mais elevado por um produto fabricado com uma tecnologia verde, mas dispendiosa. Para garantir a concretização dos benefícios relacionados com a utilização dessa tecnologia verde, pode ser necessário um acordo para eliminar progressivamente a tecnologia poluente. Estes benefícios são designados «benefícios coletivos», uma vez que ocorrem independentemente da apreciação individual do produto por parte dos consumidores e podem objetivamente reverter para os consumidores no mercado relevante se estes fizerem parte do grupo mais vasto de beneficiários.
602. Embora a ponderação entre os efeitos negativos e os benefícios resultantes de acordos restritivos seja normalmente efetuada no mercado relevante a que o acordo diz respeito, quando dois mercados estão relacionados, os ganhos de eficiência alcançados em mercados distintos podem ser tidos em conta, desde que o grupo de consumidores afetados pela restrição e que beneficiam dos ganhos de eficiência seja substancialmente o mesmo³⁴⁰.
603. Por analogia, quando os consumidores no mercado relevante se sobrepõem substancialmente ou fazem parte dos beneficiários fora do mercado relevante, os benefícios coletivos para os consumidores no mercado relevante que ocorram fora

³³⁸ Acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 72.

³³⁹ Nessas situações, a deficiência do mercado consiste normalmente no facto de o consumo não sustentável exercer externalidades negativas sobre os outros. Estas externalidades (como as emissões) não são totalmente internalizadas pelos compradores individuais e são, por conseguinte, excessivas. Do mesmo modo, a deficiência do mercado pode consistir em externalidades positivas decorrentes do consumo sustentável que os consumidores exercem entre si. O mercado livre não permite produzir de forma suficiente estas externalidades, essencialmente pela mesma razão.

³⁴⁰ Ponto 43 das Orientações relativas ao artigo 101.º, n.º 3; ver também acórdão de 27 de setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services e outros/Comissão, T-168/01, EU:C:2006:265, n.ºs 248 e 251; acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard Inc, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 242; Decisão da Comissão de 23 de maio de 2013 no processo AT.39595 Air Canada/United Airlines/Lufthansa («STAR Alliance»).

desse mercado podem ser tidos em conta se forem suficientemente significativos para compensar os consumidores no mercado relevante pelo prejuízo sofrido³⁴¹.

604. Por exemplo, os condutores que comprem combustíveis menos poluentes são também cidadãos que beneficiariam de um ar mais limpo se fossem utilizados combustíveis menos poluentes. Na medida em que seja possível estabelecer uma sobreposição substancial entre os consumidores (neste caso, os condutores) e os beneficiários (cidadãos), os benefícios de sustentabilidade decorrentes de um ar mais limpo são, em princípio, relevantes para a apreciação e podem ser tidos em conta se forem suficientemente significativos para compensar os consumidores no mercado relevante pelo prejuízo sofrido. Inversamente, os consumidores podem comprar vestuário de algodão sustentável que reduz a utilização de produtos químicos e de água no solo onde é cultivado. Estes benefícios ambientais poderiam, em princípio, ser tidos em conta como benefícios coletivos. No entanto, é provável que não haja uma sobreposição substancial entre os consumidores do vestuário e os beneficiários destes benefícios ambientais que ocorrem apenas na área em que o algodão é cultivado. Assim, é pouco provável que estes benefícios coletivos revertam para os consumidores no mercado relevante. Na medida em que os consumidores estão dispostos a pagar mais se o seu vestuário for produzido a partir de algodão cultivado de forma sustentável, os benefícios ambientais locais podem ser tidos em conta como benefícios individuais não relacionados com o valor para os consumidores do vestuário (ver secção 9.4.3.2).
605. Para que os benefícios coletivos se materializem, a cobertura do mercado do acordo pode muitas vezes ter de ser significativa. Se, por exemplo, apenas dois em cada dez produtores de máquinas de lavar roupa concordarem em abandonar as variantes mais poluentes, o acordo não será suscetível de impedir o parasitismo e, por conseguinte, de reduzir suficientemente a poluição, uma vez que os consumidores poderiam continuar a comprar, no seu próprio interesse, as variantes poluentes a um ou mais dos restantes fornecedores³⁴².
606. Para que os benefícios coletivos sejam tidos em conta, as partes devem poder:
- (a) Descrever claramente os alegados benefícios e fornecer elementos de prova de que já ocorreram ou são suscetíveis de ocorrer;
 - (b) Definir claramente os beneficiários;
 - (c) Demonstrar que os consumidores no mercado relevante se sobrepõem substancialmente aos beneficiários ou fazem parte deles; e
 - (d) Demonstrar que parte dos benefícios coletivos que ocorrem ou são suscetíveis de ocorrer fora do mercado relevante revertem para os consumidores do produto no mercado relevante.
607. Os elementos de prova da existência de benefícios coletivos baseados em relatórios das autoridades públicas ou em relatórios elaborados por organizações académicas reconhecidas podem ter um valor específico para esta apreciação.

³⁴¹ Os consumidores podem ser compensados através de um tipo de benefícios em matéria de sustentabilidade ou através de uma combinação de benefícios individuais e coletivos, ver secção 9.4.3.4.

³⁴² Contudo, neste exemplo, não só o potencial benefício do acordo é limitado devido a uma cobertura insuficiente, como também o potencial prejuízo concorrencial (essencialmente pelas mesmas razões).

608. Quando não existam dados disponíveis que permitam uma análise quantitativa dos benefícios envolvidos, deve ser possível prever um impacto positivo claramente identificável para os consumidores e não um impacto marginal. A experiência atual em matéria de medição e quantificação dos benefícios coletivos continua a ser escassa. A Comissão poderá fornecer mais orientações sobre esta matéria após a aquisição de experiência no tratamento de casos concretos, o que poderá permitir o desenvolvimento de metodologias de apreciação.

9.4.3.4. Qualquer ou todos os tipos de benefícios

609. Em todos os casos, as partes no acordo de sustentabilidade são livres de apresentar elementos de prova e argumentos em apoio das alegações relativas a qualquer um dos três tipos de benefícios para os consumidores ou a todos eles. A escolha das partes pode depender da especificidade do processo e da solidez dos elementos de prova disponíveis. Em alguns casos, a demonstração apenas dos benefícios individuais do valor da utilização pode ser suficiente para satisfazer as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, ao passo que, noutros casos, os benefícios individuais do valor da não utilização ou os benefícios coletivos serão suficientes. Noutros casos, pode ser possível combinar dois ou os três tipos de benefícios.

9.4.4. Não eliminação da concorrência

610. Em conformidade com a quarta condição prevista no artigo 101.º, n.º 3, o acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. No essencial, a condição garante que um certo grau de concorrência residual permanecerá sempre no mercado abrangido pelo acordo, independentemente da dimensão dos benefícios.

611. Esta última condição pode ser satisfeita mesmo que o acordo que restringe a concorrência abranja todo o setor, desde que as partes no acordo continuem a concorrer vigorosamente em pelo menos um aspeto importante da concorrência. Por exemplo, se o acordo eliminar a concorrência em termos de qualidade ou de variedade, mas a concorrência em matéria de preços for também um parâmetro importante para a concorrência no setor em causa e não for restringida, esta condição pode continuar a estar satisfeita.

612. Além disso, se os concorrentes concorrerem com uma gama de produtos diferenciados, todos no mesmo mercado relevante, a eliminação da concorrência em relação a uma ou mais variantes do produto não significa necessariamente que a concorrência no mercado relevante seja eliminada.

613. De igual modo, se os concorrentes decidirem não utilizar uma determinada tecnologia poluente ou um determinado ingrediente não sustentável na produção dos seus produtos, a concorrência entre os concorrentes não será eliminada se continuarem a concorrer em termos de preços e/ou de qualidade do produto final.

614. Por último, a eliminação da concorrência por um período limitado, que não tem qualquer impacto no desenvolvimento da concorrência após o termo desse período, não constituirá um obstáculo ao cumprimento desta condição. Por exemplo, um acordo entre concorrentes para limitar temporariamente a produção de uma variante de um produto que contenha um ingrediente não sustentável, a fim de introduzir no mercado um substituto sustentável, destinado a sensibilizar os consumidores para as propriedades do novo produto, cumprirá a última condição de concorrência.

9.5. Participação das autoridades públicas

615. A participação de autoridades governamentais ou locais no processo de celebração de acordos de sustentabilidade, ou o conhecimento por parte dessas autoridades da existência de tais acordos, não constitui, por si só, razão para considerar esses acordos compatíveis com as regras da concorrência. Essa participação ou conhecimento por parte das autoridades públicas não exime as partes no acordo de sustentabilidade da responsabilidade por uma infração ao artigo 101.º, n.º 1. Da mesma forma, se os atos das autoridades públicas se limitarem a encorajar ou a facilitar a adoção, pelas empresas, de comportamentos anticoncorrenciais autónomos, estas continuam sujeitas ao disposto no artigo 101.º, n.º 1³⁴³.
616. No entanto, as partes num acordo de sustentabilidade que restrinja a concorrência não serão consideradas responsáveis por infrações ao direito da concorrência se tiverem sido obrigadas ou incentivadas pelas autoridades públicas a celebrar o acordo ou se as autoridades públicas reforçarem o efeito do acordo³⁴⁴.

9.6. Exemplos

617. Um acordo que beneficia do espaço de admissibilidade flexível

Exemplo 1

Situação: Os cereais para pequeno-almoço são vendidos em caixas de cartão atrativas e coloridas. Ao longo dos anos, estas caixas tornaram-se maiores, não porque o conteúdo tenha aumentado, mas apenas para as tornar mais atrativas e promissoras para os consumidores. Trata-se de uma estratégia de comercialização rentável, uma vez que, muitas vezes, os consumidores compram cereais para pequeno-almoço de forma espontânea e a maior dimensão das caixas dá a impressão de ser a melhor escolha. Uma vez que todos os produtores seguiram esta estratégia, esta não teve um efeito significativo nas suas quotas de mercado. No entanto, conduziu a um excesso de cerca de 15 % no material de embalagem utilizado para os seus produtos.

A Prevent Waste, uma organização não governamental, criticou a estratégia de «caixa vazia» dos produtores de cereais para pequeno-almoço como causadora de desperdício e prejudicial para o ambiente, utilizando mais recursos naturais do que é necessário para a produção e a distribuição eficientes destes produtos. Em resposta, os produtores de cereais para pequeno-almoço, no âmbito da sua organização profissional, concordaram em limitar o excesso de embalagem dos seus produtos. Acordaram coletivamente em limitar o excesso a um máximo de 3 %, a fim de garantir que as caixas de cereais ainda sejam fáceis de utilizar e tornaram pública a sua decisão. Os produtores aplicaram o acordo desde o início do ano e este abrange 100 % do mercado. Consequentemente, os custos de embalagem, que representam 6 % do preço por grosso, diminuíram cerca de 10 %. Esta situação conduziu a uma diminuição de cerca de 0,5 % do preço por grosso dos cereais para pequeno-almoço e a uma diminuição de 0-0,5 % no preço de retalho.

Análise: Os concorrentes chegam a acordo quanto a um elemento que afeta o preço do produto, mas fazem-no de forma transparente, permitindo que todos adotem a

³⁴³ Acórdão de 9 de setembro de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, n.º 56.

³⁴⁴ Acórdão de 12 de dezembro de 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, EU:C:2013:827, n.º 38; acórdão de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e outros, C-94/04, EU:C:2006:758, n.º 47.

abordagem sem impor a obrigação de o fazer. Não há intercâmbio de informações sensíveis e o cumprimento da decisão é fácil de controlar. Além disso, os produtores de cereais continuam a ser livres de reduzir ainda mais a sua própria embalagem, se assim o desejarem. Por outro lado, o acordo para limitar o excesso de embalagens tem um efeito muito reduzido e mesmo em baixa no preço dos cereais para pequeno-almoço, não afeta a concorrência entre os produtores de cereais nos principais parâmetros de preço, qualidade e inovação e afeta apenas de forma muito limitada a concorrência na comercialização (tendo em conta o impacto aparentemente limitado da estratégia de sobredimensionamento da caixa). Por conseguinte, o acordo preenche as condições do espaço de admissibilidade e, por conseguinte, não é abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1. Na realidade, o acordo melhora os resultados para os consumidores, eliminando estratégias onerosas de excesso de embalagens que têm pouco impacto na concorrência.

618. Um acordo sem efeitos sensíveis sobre a concorrência

Exemplo 2

Situação: A organização não governamental Fair Tropical Fruits, juntamente com vários comerciantes de fruta, criou um rótulo para os frutos tropicais provenientes do comércio justo (o rótulo «FTF» - fair-traded tropical fruit). Para poderem utilizar o rótulo, as empresas que comercializam frutos tropicais têm de garantir que os mesmos provêm de explorações que respeitam determinadas condições mínimas quanto à utilização segura de pesticidas. Estas empresas continuam a ser livres de comercializar também frutas com outros rótulos. A Fair Tropical Fruits criou um sistema de controlo para certificar que os produtos vendidos com o rótulo FTF cumprem as condições mínimas. As condições de participação e a metodologia e resultados do sistema de monitorização estão disponíveis no sítio Web da Fair Tropical Fruits. Os frutos vendidos com o rótulo FTF são mais caros do que os outros frutos tropicais comercializados.

O rótulo FTF foi introduzido a nível da UE e vários grandes comerciantes utilizam o rótulo e assinaram o acordo para respeitar as suas condições mínimas. O rótulo tornou-se rapidamente popular junto de certos consumidores. Consoante o tipo de frutos tropicais e o mercado geográfico em causa, as quotas de mercado dos frutos vendidos com o rótulo na UE variam atualmente entre 2,6 % para os ananases e 14,7 % para as mangas. O resto do mercado é fornecido pelos mesmos comerciantes que operam fora do âmbito do rótulo e por outros comerciantes que não são partes no acordo.

Análise: O preço mais elevado dos frutos vendidos com o rótulo FTF pode exigir uma apreciação dos efeitos do acordo. No entanto, tendo em conta as modestas quotas de mercado dos produtos abrangidos pelo acordo nos diferentes mercados da UE, as quotas de mercado significativas detidas por outros rótulos e produtos convencionais, e a concorrência dos mesmos, o facto de a participação no rótulo FTF ter carácter voluntário e não exclusivo e de a licença de utilização do rótulo depender apenas do respeito de determinadas condições mínimas, é pouco provável que os acordos para estabelecer e licenciar o rótulo conduzam a efeitos negativos sensíveis. Por conseguinte, os acordos não são abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1. Com efeito, os acordos podem alargar a escolha dos consumidores, permitindo-lhes identificar produtos com características de «comércio justo».

619. Um acordo que não seja suscetível de restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, e/ou de satisfazer a condição prevista no artigo 101.º, n.º 3.

Exemplo 3

Situação: Em resposta às conclusões de investigações realizadas por um grupo de trabalho financiado pelo Governo de um determinado Estado-Membro no que se refere aos níveis de gordura recomendados em determinados alimentos transformados, diversos grandes fabricantes deste tipo de alimentos nesse mesmo Estado-Membro acordaram, no âmbito de negociações formais realizadas numa associação comercial do setor, em fixar os níveis recomendados de gordura para esses produtos. Em conjunto, as partes representam 70 % das vendas desses produtos nesse Estado-Membro. A iniciativa das partes será apoiada por uma campanha de publicidade nacional financiada pelo grupo de trabalho, que realçará os perigos de níveis de gordura demasiado elevados nos alimentos transformados.

Análise: Embora os níveis de gordura sejam uma recomendação e, por conseguinte, de aplicação voluntária, devido à vasta publicidade obtida com a campanha nacional é provável que os níveis recomendados de gordura sejam aplicados por todos os fabricantes de alimentos transformados desse Estado-Membro. Por conseguinte, é provável que passe a ser um nível máximo de gordura, de facto, dos alimentos transformados. A escolha dos consumidores nos mercados do produto poderia, assim, ser diminuída. Contudo, as partes poderão continuar a concorrer no que se refere a diversas outras características dos produtos, como o preço, a dimensão, a qualidade, o sabor, outro teor nutricional e de sal, o equilíbrio dos ingredientes e a marca. Além disso, a concorrência no que se refere aos níveis de gordura na oferta de produtos pode aumentar se as partes procurarem oferecer produtos com os níveis mais baixos possíveis. Por conseguinte, é improvável que este acordo dê origem a efeitos restritivos da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1. No entanto, mesmo que se verifique que o acordo tem um efeito negativo sensível sobre a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1 – porque os consumidores são privados da escolha de dispor de alimentos com elevado nível de gordura – é provável que os benefícios para os consumidores em termos de valor das informações recebidas e de benefícios para a saúde compensem o prejuízo, sendo provável que o acordo satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

620. Um acordo restritivo da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, e que não satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

Exemplo 4

Situação: Todos os principais fabricantes de mobiliário de um determinado mercado acordam em introduzir um rótulo de «árvore verde» para o mobiliário feito a partir de madeira cultivada de forma sustentável. Atualmente, a lei não impõe quaisquer normas de sustentabilidade para a madeira. As partes acordaram em aplicar a nova norma, que exige que pelo menos 30 % da madeira utilizada no mobiliário seja cultivada de forma sustentável, num prazo de três anos. Após esse período, todo o mobiliário produzido pelas partes no acordo terá de respeitar a norma acordada e ostentará o rótulo «árvore verde». As partes continuam a ser livres de produzir mobiliário que respeite normas (ainda) mais exigentes ao abrigo de outros rótulos. Alguns dos fabricantes já o fazem. A norma de sustentabilidade acordada abranda, mas não trava a redução das zonas florestais nem a degradação da sua biodiversidade. Por este motivo, as organizações não governamentais criticaram o rótulo por este ser «demasiado tímido, demasiado tardio».

Os fabricantes de mobiliário que são partes no acordo têm uma quota de mercado combinada de 85 %. Atualmente, cerca de 80 % das vendas totais das partes

consistem em mobiliário fabricado a partir de madeira que não é cultivada e abatida de forma sustentável. Os restantes 15 % do mercado são detidos por fabricantes mais pequenos que vendem ao abrigo de outros rótulos de sustentabilidade. Os estudos encomendados pelos fabricantes de mobiliário a consultores terceiros estimam que o cumprimento da norma do rótulo «árvore verde» aumentará o custo da madeira, em média, em 40 %, o que aumentará o custo de fabrico do mobiliário para o qual a madeira é a principal componente, em média, em 20 %. Os custos de produção representam, em média, 60 % do preço final, sendo os restantes 40 % custos de distribuição. É de esperar que o aumento do preço final do mobiliário seja, em média, de 12 %.

Um estudo publicado separadamente indica que, em média, os consumidores estão dispostos a pagar mais 5 % pelo mobiliário produzido de acordo com a norma da «árvore verde», em comparação com o mobiliário de madeira não sustentável. Esta investigação baseia-se num inquérito aos consumidores sobre a sua disponibilidade para pagar pelo mobiliário fabricado a partir de madeira que satisfaz a norma da «árvore verde» e numa experiência de escolha que envolve diferentes opções de compra de mobiliário com normas e preços variáveis.

Análise: Tendo em conta a cobertura do mercado do acordo e o aumento significativo dos preços, é provável que o acordo infrinja o artigo 101.º, n.º 1. É pouco provável que os eventuais ganhos de eficiência, sob a forma de uma maior sustentabilidade no cultivo e no abate de madeira, conduzam a benefícios para os consumidores que compensem o aumento previsto dos preços: o estudo da disponibilidade dos consumidores para pagar mostra que, em média, os consumidores valorizam consideravelmente menos a melhoria das condições de sustentabilidade (5 % do preço final) do que o aumento de preços previsto de 12 %. Além disso, afigura-se pouco provável que o acordo seja indispensável para elevar as normas de sustentabilidade para o cultivo da madeira. Tal é demonstrado pelo facto de algumas das partes no acordo e outros fabricantes de mobiliário já utilizarem normas e rótulos mais exigentes. Por outras palavras, não é claro por que razão o acordo é necessário para elevar as normas de sustentabilidade e por que razão a ação individual de cada produtor de mobiliário não lhes permitiria elevar as normas de forma semelhante ou – devido à pressão concorrencial – de uma forma ainda melhor. Por conseguinte, o acordo não preenche pelo menos duas das condições previstas no artigo 101.º, n.º 3, pelo que não pode beneficiar da exceção à proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1.

621. Um acordo restritivo da concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, e que satisfaça as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3.

Exemplos: 5

Os fabricantes de máquinas de lavar roupa fabricam atualmente uma série de máquinas, desde os modelos mais recentes, tecnicamente mais avançados, até aos modelos mais antigos, tecnicamente menos avançados. Embora os modelos mais antigos e menos avançados utilizem mais eletricidade e água, a sua produção é mais barata e são vendidos a preços mais baixos do que os modelos mais recentes e tecnicamente avançados. Em conformidade com um regulamento da UE, todos os modelos são classificados em oito classes de eficiência energética, de A a H, e rotulados em conformidade.

A inovação na indústria está centrada na melhoria da eficiência energética dos novos modelos. No entanto, os fabricantes de máquinas de lavar roupa também

consideram que têm a responsabilidade de tentar reduzir de outras formas o consumo de energia das suas máquinas. Por conseguinte, acordaram em eliminar progressivamente o fabrico e a venda de máquinas de lavar roupa das classes F a H, os modelos mais antigos e menos eficientes em termos energéticos. Estes modelos mais antigos são também os menos eficientes em termos de consumo de água.

O acordo inclui todos os fabricantes e, por conseguinte, cobre quase 100 % do mercado. Prevê que o fabrico e a venda de máquinas de lavar roupa das categorias F a H sejam progressivamente eliminadas no prazo de dois anos. Estes modelos representam atualmente cerca de 35 % de todas as vendas no mercado. Embora todos os fabricantes participantes já fabriquem alguns modelos das classes A a E e, por conseguinte, nenhum deles perca todas as suas vendas atuais, cada fabricante será afetado de forma diferente, dependendo da sua atual gama de modelos. Por conseguinte, é provável que a concorrência entre os fabricantes seja afetada. Além disso, a eliminação progressiva das classes F a H reduzirá a escolha de máquinas à disposição dos consumidores e aumentará o custo médio de compra. Para o comprador médio de uma máquina de lavar roupa das categorias F a H, o preço da máquina aumentará entre 40 EUR e 70 EUR.

Antes de aplicar o acordo de eliminação progressiva das classes F a H, o setor tentou desviar a procura destas categorias através de campanhas publicitárias. Vários estudos demonstraram que a falta de êxito destas campanhas se deve ao facto de muitos consumidores terem dificuldade em contrabalançar o impacto positivo das futuras reduções das suas faturas de eletricidade e de água com o impacto negativo do aumento imediato do preço de compra da máquina.

Estes estudos mostram igualmente que os compradores de máquinas de lavar roupa beneficiam, de facto, consideravelmente da eliminação progressiva das classes F a H. O comprador médio de uma máquina de lavar roupa recuperará o aumento do preço de compra no prazo de um a dois anos, sob a forma de custos mais baixos de eletricidade e de água. A esmagadora maioria dos consumidores, incluindo os que utilizam a sua máquina com menos frequência, recuperará o aumento do preço de compra no prazo de quatro anos. Dado que a esperança média de vida das máquinas das classes A a E é de, pelo menos, cinco anos, os consumidores, enquanto grupo, beneficiam do contrato. Este benefício líquido é ainda maior, para todos os utilizadores de máquinas de lavar roupa, graças aos benefícios ambientais resultantes da redução coletiva da utilização de eletricidade e de água. A redução do consumo de eletricidade conduz a uma menor poluição causada pela produção de eletricidade, o que beneficia os consumidores, na medida em que a deficiência do mercado relacionada com a poluição não é já colmatada por outros instrumentos regulamentares (por exemplo, o Sistema de Comércio de Licenças de Emissão da União Europeia, que limita as emissões de carbono). A redução do consumo de água conduz a uma menor poluição da água. Uma vez que os utilizadores de máquinas de lavar roupa constituem a esmagadora maioria da população total, uma parte destes benefícios ambientais reverte para os consumidores no mercado relevante que são afetados pelo acordo.

Análise: Embora seja provável que o acordo tenha efeitos negativos sensíveis e seja abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, também é provável que preencha as condições previstas no artigo 101.º, n.º 3. Mais especificamente: i) em resultado do acordo, a máquina de lavar roupa média torna-se mais eficiente em termos energéticos e de consumo de água, ii) essa eficiência não poderia ser alcançada com um acordo menos restritivo, por exemplo, através de uma campanha publicitária coletiva ou de

um rótulo coletivo, iii) existem benefícios para os consumidores do mercado relevante decorrentes dos benefícios económicos individuais e dos benefícios ambientais coletivos e iv) a concorrência não é eliminada, uma vez que o acordo apenas afeta o âmbito da gama de modelos, sendo um parâmetro da concorrência, e não outros parâmetros, em que a concorrência pode existir e existe efetivamente.