

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO**Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado**

(2004/C 101/08)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

1. INTRODUÇÃO

1. O n.º 3 do artigo 81.º do Tratado estabelece uma regra de excepção que confere às empresas uma possibilidade de defesa relativamente à conclusão da existência de uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado. Os acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas⁽¹⁾ abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º são válidos e aplicáveis, não sendo necessária qualquer decisão prévia nesse sentido.
2. O n.º 3 do artigo 81.º pode ser aplicado em casos individuais ou a categorias de acordos e práticas concertadas, mediante regulamentos de isenção por categoria. O Regulamento (CE) n.º 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado⁽²⁾ não afecta a validade e a natureza jurídica dos regulamentos de isenção por categoria. Todos os regulamentos de isenção por categoria permanecem aplicáveis e os acordos abrangidos por tais regulamentos são juridicamente válidos e aplicáveis, ainda que restrinjam a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º⁽³⁾. Tais acordos só podem ser proibidos para o futuro e apenas mediante a retirada formal do benefício da isenção por categoria pela Comissão ou por uma autoridade nacional responsável em matéria de concorrência⁽⁴⁾. Os acordos abrangidos por isenções por categoria não podem ser declarados inválidos por tribunais nacionais, no âmbito de litígios entre particulares.
3. As actuais orientações em matéria de restrições verticais, de acordos de cooperação horizontal e de acordos de transferência de tecnologia⁽⁵⁾ referem-se à aplicação do artigo 81.º a diversos tipos de acordos e práticas concertadas. Estas orientações têm por objectivo apresentar a posição da Comissão no que se refere aos principais critérios de avaliação materiais aplicados aos diversos tipos de acordos e práticas.
4. As presentes orientações estabelecem a interpretação da Comissão das condições para a excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º. Fornecem indicações sobre o modo como o artigo 81.º será aplicado em casos individuais. Apesar de não serem vinculativas para os tribunais e para as autoridades dos Estados-Membros, estas orientações destinam-se também a orientá-los na aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 81.º do Tratado.
5. As orientações definem um quadro analítico para a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, com o objectivo de desenvolver uma metodologia para a aplicação desta disposição do Tratado. Este metodologia baseia-se na aborda-

gem económica já introduzida e desenvolvida nas orientações relativas às restrições verticais, aos acordos de cooperação horizontal e aos acordos de transferência de tecnologia. A Comissão aplicará também as presentes orientações, que fornecem orientações mais pormenorizadas sobre a aplicação das quatro condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º do que as incluídas nas orientações da Comissão relativas às restrições verticais, aos acordos de cooperação horizontal e aos acordos de transferência de tecnologia, aos acordos abrangidos por aquelas orientações.

6. As normas estabelecidas nas presentes orientações devem ser aplicadas à luz das circunstâncias específicas de cada caso, o que exclui qualquer aplicação mecânica. Cada caso deve ser apreciado com base no seu próprio mérito, devendo as orientações ser aplicadas de forma razoável e flexível.
7. As presentes orientações reflectem a situação actual da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Contudo, a Comissão tenciona também explicar a sua política relativamente a questões que não foram tratadas pela jurisprudência ou que possam ser interpretadas de diferentes maneiras. No entanto, a posição da Comissão não prejudica a jurisprudência do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Primeira Instância no que respeita à interpretação que estes Tribunais poderão vir a dar a tais disposições.

2. O QUADRO GERAL ESTABELECIDO PELO ARTIGO 81.º DO TRATADO CE**2.1. As disposições do Tratado**

8. O n.º 1 do artigo 81.º proíbe todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros⁽⁶⁾ e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência⁽⁷⁾.
9. A título de excepção a esta regra, o n.º 3 do artigo 81.º prevê que a proibição estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo pode ser declarada inaplicável a acordos que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

10. Nos termos do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, os acordos referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia ⁽⁸⁾. Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do mesmo regulamento, os acordos referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia. Esses acordos são válidos e aplicáveis desde que estejam satisfeitas as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º e enquanto tal se verificar.
11. Nestas circunstâncias, uma apreciação à luz do artigo 81.º comporta duas partes. O primeiro passo consiste em avaliar se um acordo entre empresas, susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, tem um objectivo anticoncorrencial ou efeitos anticoncorrecionais reais ou potenciais ⁽⁹⁾. O segundo passo, que só é pertinente no caso de se concluir que o acordo restringe a concorrência, consiste em determinar quais os benefícios desse acordo para a concorrência e em avaliar se tais benefícios compensam os efeitos anticoncorrecionais. Esta análise do equilíbrio entre efeitos concorrenciais e anticoncorrecionais é efectuada exclusivamente no quadro definido pelo n.º 3 do artigo 81.º ⁽¹⁰⁾.
12. A avaliação de eventuais benefícios compensatórios ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º requer, necessariamente, a determinação prévia do carácter e do impacto restritivo do acordo. Para inserir o n.º 3 do artigo 81.º no seu contexto, é conveniente esboçar sumariamente o objectivo e os principais elementos da proibição prevista no n.º 1 do mesmo artigo. As orientações da Comissão relativas às restrições verticais, aos acordos de cooperação horizontal e aos acordos de transferência de tecnologia ⁽¹¹⁾ contêm orientações substanciais relativamente à aplicação do n.º 1 do artigo 81.º a diversos tipos de acordos. As presentes orientações limitam-se, portanto, a recordar o quadro analítico de base para a aplicação do n.º 1 do artigo 81.º
13. O artigo 81.º tem por objectivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objectivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove uma afectação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores.
14. A regra de proibição consignada no n.º 1 do artigo 81.º é aplicável a acordos restritivos e a práticas concertadas entre empresas, bem como a decisões de associações de empresas, na medida em que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros. Um princípio geral subjacente ao n.º 1 do artigo 81.º, enunciado pela jurisprudência dos tribunais europeus, consiste no facto de cada operador económico dever determinar de forma independente a política que pretende adoptar no mercado ⁽¹²⁾. Assim, os tribunais europeus definiram «acordos», «decisões» e «práticas concertadas» como conceitos de direito comunitário que permitem estabelecer uma distinção entre conduta unilateral de uma empresa no mercado e coordenação de comportamento ou colusão entre empresas ⁽¹³⁾. A conduta unilateral está apenas sujeita ao artigo 82.º do Tratado, na medida em que esteja em causa o direito comunitário da concorrência. Além disso, a regra de convergência prevista no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 não é aplicável à conduta unilateral. Esta disposição aplica-se apenas aos acordos, decisões e práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros. O n.º 2 do artigo 3.º prevê que quando tais acordos, decisões e práticas concertadas não são proibidos por força do artigo 81.º não podem também ser proibidos pela legislação nacional de concorrência. O artigo 3.º não prejudica o princípio fundamental da primazia do direito comunitário, que implica, em especial, que os acordos e práticas abusivas proibidos pelos artigos 81.º e 82.º não podem ser autorizados pela legislação nacional ⁽¹⁴⁾.
15. O tipo de coordenação de conduta ou colusão entre empresas, que cai no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º é aquele em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida, a incerteza quanto à sua conduta no mercado ⁽¹⁵⁾. Por conseguinte, a coordenação pode assumir a forma de obrigações que regulam a conduta no mercado de pelo menos uma das partes ou de acordos que influenciam a conduta no mercado de pelo menos uma das partes, ao causarem uma alteração nos seus incentivos. Não é necessário que a coordenação seja do interesse de todas as empresas em causa ⁽¹⁶⁾, do mesmo modo que não tem, necessariamente, de ser expressa. Pode também ser tácita. Para que se possa considerar que um acordo foi concluído por aceitação tácita deverá existir um convite feito por uma empresa a outra empresa, de forma expressa ou implícita, para atingir conjuntamente um determinado objectivo ⁽¹⁷⁾. Em certas circunstâncias pode inferir-se que existe um acordo devido à existência de uma relação comercial entre as partes ⁽¹⁸⁾. No entanto, o mero facto de uma medida adoptada por uma empresa se inserir no contexto de relações comerciais existentes não é suficiente ⁽¹⁹⁾.

2.2. A regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º

2.2.1. Observações de carácter geral

13. O artigo 81.º tem por objectivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objectivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove uma

16. Acordos entre empresas são abrangidos pela regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º, quando são susceptíveis de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, produção, qualidade do produto, variedade do produto e inovação. Os acordos podem ter este efeito, ao reduzir consideravelmente a rivalidade entre as partes no acordo ou entre estas e terceiros.
- 2.2.2. *Os princípios de base de apreciação dos acordos nos termos do n.º 1 do artigo 81.º*
17. Ao determinar se um acordo restringe a concorrência deve ter-se em conta o contexto em que a concorrência se processaria efectivamente na ausência do acordo com as suas alegadas restrições⁽²⁰⁾. Ao proceder a esta avaliação é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intermarcas (ou seja, a concorrência entre fornecedores de marcas concorrentes) e sobre a concorrência intramarca (ou seja, a concorrência entre distribuidores da mesma marca). O n.º 1 do artigo 81.º proíbe simultaneamente as restrições da concorrência intermarcas e da concorrência intramarca⁽²¹⁾.
18. Para apreciar se um acordo ou as suas partes podem restringir a concorrência intermarcas e/ou a concorrência intramarca é necessário considerar se e em que medida o acordo afecta ou é susceptível de afectar a concorrência no mercado. As duas perguntas apresentadas seguidamente proporcionam um quadro útil para fazer esta apreciação. A primeira pergunta refere-se ao impacto do acordo na concorrência intermarcas, enquanto a segunda se refere ao impacto do acordo na concorrência intramarca. Uma vez que as restrições podem afectar simultaneamente a concorrência intermarcas e a concorrência intramarca, pode ser necessário analisar uma restrição à luz de ambas as perguntas antes de se concluir se restringe ou não a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º:
1. O acordo restringe a concorrência efectiva ou potencial que teria existido na ausência do acordo? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. Para efectuar esta avaliação é necessário ter em conta a concorrência entre as partes e a concorrência por parte de terceiros. Por exemplo, quando duas empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes se comprometem a não vender produtos nos mercados nacionais uma da outra, a concorrência (potencial) que existia antes do acordo é restringida. Da mesma forma, quando um fornecedor impõe obrigações aos seus distribuidores de não venderem produtos concorrentes e estas obrigações impedem o acesso de terceiros ao mercado, a concorrência efectiva ou potencial que teria existido na ausência do acordo é restringida. Ao avaliar se as partes num acordo são concorrentes efectivos ou potenciais, deve ser tido em conta o contexto económico e jurídico. Por exemplo, se devido aos riscos financeiros envolvidos e às capacidades técnicas das partes não for provável, com base em factores objectivos, que cada uma das partes fosse capaz de realizar por si só as actividades abrangidas pelo acordo, considera-se que as partes não são concorrentes relativamente a essa actividade⁽²²⁾. É às partes que incumbe fornecer provas para esse efeito.
 2. O acordo restringe a concorrência efectiva ou potencial que teria existido na ausência da ou das restrições contratuais? Em caso afirmativo, o acordo pode ser abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º. Por exemplo, quando um fornecedor impõe restrições aos seus distribuidores em relação à sua capacidade de competir entre si, a concorrência (potencial) que teria existido entre distribuidores se as restrições não existissem é restringida. Tais restrições incluem a fixação de preços de revenda e restrições de vendas numa base territorial ou de clientela entre distribuidores. No entanto, certas restrições podem, nalguns casos, não ser abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º quando a restrição é objectivamente necessária para a existência de um acordo desse tipo e dessa natureza⁽²³⁾. Esta exclusão do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º só pode ser efectuada com base em factores objectivos externos às próprias partes e não com base nas suas opiniões subjectivas e características. Não se trata de saber se as partes, na sua situação específica, teriam aceite concluir um acordo menos restritivo, mas se, dada a natureza do acordo e as características do mercado, teria sido concluído um acordo menos restritivo por empresas na mesma posição. Por exemplo, as restrições territoriais num acordo entre um fornecedor e um distribuidor podem não ser abrangidas durante um certo período pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, se as restrições forem objectivamente necessárias para o distribuidor penetrar num novo mercado⁽²⁴⁾. Da mesma forma, uma proibição imposta a todos os distribuidores de não venderem a certas categorias de utilizadores finais pode não restringir a concorrência se tal restrição for objectivamente necessária por razões de saúde ou segurança ligadas à natureza perigosa do produto em questão. Não será suficiente alegar que, na ausência da restrição, o fornecedor teria recorrido à integração vertical. A decisão de proceder ou não a uma integração vertical depende de um amplo leque de factores económicos complexos, sendo alguns deles internos à empresa em causa.
19. Ao aplicar o quadro analítico descrito no ponto anterior deve ter-se em conta que o n.º 1 do artigo 81.º estabelece uma distinção entre acordos que têm por objectivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência. Um acordo ou uma restrição contratual só são proibidos pelo n.º 1 do artigo 81.º se tiverem por objectivo ou efeito restringir a concorrência intermarcas e/ou a concorrência intramarca.

20. Esta distinção entre restrições por objectivo e restrições por efeito é importante. Quando se verifica que o objectivo de um acordo é restringir a concorrência, não é necessário ter em conta os seus efeitos concretos ⁽²⁵⁾. Por outras palavras, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrenciais efectivos quando o acordo tem por objectivo restringir a concorrência. Por outro lado, o n.º 3 do artigo 81.º não estabelece qualquer distinção entre acordos que têm por objectivo restringir a concorrência e acordos que têm por efeito restringir a concorrência. O n.º 3 do artigo 81.º é aplicável a todos os acordos que satisfaçam as quatro condições nele previstas ⁽²⁶⁾.
21. As restrições de concorrência por objectivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objectivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objectivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objectivos das regras comunitárias da concorrência. As restrições por objectivo, como a fixação dos preços e a partilha do mercado, reduzem a produção e aumentam os preços, provocando uma deficiente afectação de recursos, na medida em que os bens e serviços procurados pelos consumidores não são produzidos. São igualmente prejudiciais para o bem-estar dos consumidores, dado que os obrigam a pagar preços mais elevados pelos bens e serviços em causa.
22. Para determinar se um acordo tem por objectivo restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de factores. Estes factores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos. Poderá também revelar-se necessário apreciar o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e comportamento efectivos das partes no mercado ⁽²⁷⁾. Por outras palavras, pode ser necessário examinar os factos subjacentes ao acordo e as circunstâncias específicas do seu funcionamento antes de concluir se uma determinada restrição constitui uma restrição da concorrência por objectivo. A forma como um acordo é efectivamente aplicado pode revelar que o seu objectivo é restringir a concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido. A existência de provas da intenção subjectiva das partes de restringir a concorrência constitui um factor relevante, mas não uma condição indispensável.
23. Os regulamentos de isenção por categoria, as orientações e as comunicações da Comissão fornecem orientações não exaustivas acerca das restrições por objectivo. As restrições excluídas das isenções por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão são, regra geral, por ela consideradas como restrições por objectivo. No caso dos acordos horizontais, as restrições da concorrência por objectivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes ⁽²⁸⁾. Quanto aos acordos verticais, a categoria de restrições por objectivo inclui, nomeadamente, as que provêm da imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem protecção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas ⁽²⁹⁾.
24. Se um acordo não restringe a concorrência em termos de objectivo deverá ser analisado, a fim de verificar se tem efeitos restritivos na concorrência. Devem ser tidos em conta simultaneamente os efeitos efectivos e potenciais ⁽³⁰⁾. Por outras palavras, deve existir a probabilidade de o acordo ter efeitos anticoncorrenciais. No caso das restrições da concorrência por efeito, não existe qualquer presunção de efeitos anticoncorrenciais. Para que um acordo seja restritivo em termos de efeitos deve afectar a concorrência real ou potencial a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável ⁽³¹⁾, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços. Esses efeitos negativos devem ser sensíveis. A regra de proibição do n.º 1 do artigo 81.º não é aplicável no caso de os efeitos anticoncorrenciais identificados serem insignificantes ⁽³²⁾. Este critério reflecte a abordagem económica que a Comissão aplica. A proibição do n.º 1 do artigo 81.º só é aplicável quando, com base numa análise de mercado adequada, se pode concluir que o acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais no mercado ⁽³³⁾. Para chegar a tal conclusão, é insuficiente considerar que as quotas de mercado das partes excedem os limiares estabelecidos na Comunicação *de minimis* da Comissão ⁽³⁴⁾. Acordos que são abrangidos pela segurança proporcionada pelos regulamentos de isenção por categoria podem ser abrangidos pelo n.º 1 do artigo 81.º, mas não necessariamente. Além disso, o facto de, devido às quotas de mercado das partes, um acordo não beneficiar da segurança proporcionada por uma isenção por categoria não constitui em si uma base suficiente para se concluir que o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º ou que não preenche as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º. É necessário nesse caso proceder a uma apreciação individual dos efeitos prováveis do acordo.
25. Os efeitos negativos para a concorrência no mercado relevante verificam-se normalmente quando as partes, individual ou conjuntamente, têm ou obtêm um certo poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder ou permite que as partes dele tirem partido. O poder de mercado é a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorren-

ciais durante um período de tempo significativo ou de manter a produção, em termos de quantidade, qualidade e variedade do produto ou inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo. Em mercados com elevados custos fixos, as empresas têm de praticar preços significativamente superiores aos seus custos marginais de produção para obterem uma remuneração competitiva do seu investimento. O facto de as empresas praticarem preços acima dos seus custos marginais não constitui, por conseguinte, em si mesmo, um sinal de que a concorrência no mercado não está a funcionar de forma adequada e que as empresas dispõem de um poder de mercado que lhes permite praticar preços acima dos níveis concorrenciais. É quando as pressões concorrenciais são insuficientes para manter os preços e a produção a níveis concorrenciais que as empresas dispõem de poder de mercado na acepção do n.º 1 do artigo 81.º

26. A criação, manutenção ou reforço do poder de mercado pode resultar de uma restrição da concorrência entre as partes no acordo. Pode igualmente resultar de uma restrição da concorrência entre qualquer uma das partes e terceiros, por exemplo, devido ao facto de o acordo conduzir à exclusão dos concorrentes ou ao aumento dos seus custos, limitando a sua capacidade de competir efectivamente com as partes contratantes. O poder de mercado é sempre relativo. O nível de poder de mercado normalmente necessário para que seja determinada a existência de uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º no caso de acordos que são restritivos da concorrência devido ao seu efeito, é inferior ao nível de poder de mercado necessário para que seja reconhecida uma posição dominante na acepção do artigo 82.º
27. Para efeitos da análise dos efeitos restritivos de um acordo é, em princípio, necessário definir o mercado relevante⁽³⁵⁾. Regra geral, é igualmente necessário examinar e avaliar, nomeadamente, a natureza dos produtos, a posição de mercado das partes, a posição de mercado dos concorrentes, a posição de mercado dos compradores, a existência de concorrentes potenciais e o nível das barreiras à entrada no mercado. Contudo, em alguns casos, pode ser possível demonstrar directamente os efeitos anticoncorrenciais, através da análise da conduta no mercado das partes num acordo. Pode, por exemplo, ser possível estabelecer que um acordo conduziu a um aumento dos preços. As orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal e às restrições verticais estabelecem um enquadramento pormenorizado para a análise, à luz do n.º 1 do artigo 81.º, do impacto concorrencial dos diferentes tipos de acordos horizontais e verticais⁽³⁶⁾.

2.2.3. Restrições acessórias

28. O ponto 18 *supra* estabelece um quadro para a análise do impacto de um acordo e das suas restrições individuais na concorrência intermarcas e na concorrência intramarca. Se, com base nestes princípios, se concluir que a operação principal abrangida pelo acordo não restringe a concorrência, torna-se relevante examinar se as restri-

ções individuais incluídas no acordo são também compatíveis com o n.º 1 do artigo 81.º pelo facto de serem acessórias à operação principal que não é restritiva.

29. No direito comunitário da concorrência, o conceito de restrições acessórias abrange as restrições alegadas da concorrência que estão directamente relacionadas e são necessárias à realização de uma operação principal não restritiva e que são proporcionais a essa operação⁽³⁷⁾. Se os elementos fundamentais de um acordo, por exemplo um acordo de distribuição ou uma empresa comum, não têm por objectivo ou efeito a restrição da concorrência, as restrições que estão directamente relacionadas e que são necessárias à realização dessa operação principal, também não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 81.º⁽³⁸⁾. Estas restrições conexas são designadas restrições acessórias. Uma restrição está directamente relacionada com a operação principal se depender da realização dessa operação e a ela estiver indissociavelmente ligada. A condição da necessidade implica que a restrição deve ser objectivamente necessária para a realização da operação principal e ser proporcional a essa operação. Por conseguinte, o critério a aplicar à aplicação das restrições acessórias é o mesmo que o descrito no ponto 18.2 *supra*. No entanto, o critério das restrições acessórias aplica-se em todos os casos em que a operação principal não restringe a concorrência⁽³⁹⁾, não se limitando à determinação do impacto do acordo na concorrência intramarca.
30. Importa distinguir a aplicação do conceito de restrição acessória da aplicação da isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º, que se prende com determinados benefícios económicos resultantes de acordos restritivos e que compensam os seus efeitos restritivos. A aplicação do conceito de restrição acessória não implica a ponderação dos efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais, que só pode ser efectuada no quadro do n.º 3 do artigo 81.º⁽⁴⁰⁾.
31. A avaliação das restrições acessórias tem em vista, unicamente, determinar se, no quadro específico da operação ou actividade principal não restritiva, uma restrição específica é necessária e proporcional à realização dessa operação ou actividade. Se, com base em factores objectivos, se puder concluir que, sem a restrição, a operação principal não restritiva seria difícil ou impossível de realizar, a restrição pode ser considerada objectivamente necessária e proporcional à operação⁽⁴¹⁾. Se, por exemplo, o objectivo principal de um acordo de franquia não restringir a concorrência, as restrições necessárias ao bom funcionamento do acordo, como é o caso das obrigações que têm em vista proteger a uniformidade e a reputação do sistema de franquia, também não serão abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º⁽⁴²⁾. Do mesmo modo, se uma empresa comum não restringir por si só a concorrência, as restrições necessárias para o funcionamento do acordo são consideradas acessórias da operação principal e por isso não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º

Por exemplo, no processo TPS⁽⁴³⁾, a Comissão concluiu que a obrigação de as partes não estarem envolvidas em empresas que tinham por actividade a distribuição e comercialização de programas de televisão por satélite era, durante a fase inicial, acessória da criação da empresa comum. Por conseguinte, considerou-se que a restrição não era abrangida pelo n.º 1 do artigo 81.º por um período de três anos. Para chegar a esta conclusão, a Comissão teve em conta os pesados investimentos e os riscos comerciais envolvidos na entrada no mercado de televisão mediante pagamento.

2.3. A regra de excepção do n.º 3 do artigo 81.º

32. A avaliação das restrições por objectivo ou por efeito à luz do n.º 1 do artigo 81.º constitui apenas um aspecto da análise. O outro aspecto, que se reflecte no n.º 3 do artigo 81.º, consiste na avaliação dos efeitos económicos positivos dos acordos restritivos.

33. As regras comunitárias de concorrência têm por objectivo proteger a concorrência no mercado enquanto meio para promover o bem-estar dos consumidores e assegurar uma afectação eficiente dos recursos. Os acordos que restringem a concorrência podem, simultaneamente, ao proporcionarem ganhos de eficiência, ter efeitos pró-concorrenciais⁽⁴⁴⁾. A eficiência pode gerar valor acrescentado ao reduzir os custos de produção, melhorar a qualidade do produto ou criar um novo produto. Quando os efeitos pró-concorrenciais de um acordo excedem os seus efeitos anticoncorrenciais, o acordo é globalmente pró-concorrencial e compatível com os objectivos das regras comunitárias da concorrência. Esses acordos acabam por promover a essência do processo concorrencial, nomeadamente ao permitirem às empresas conquistar novos clientes graças à oferta de melhores produtos ou melhores preços do que os oferecidos pelos concorrentes. Este quadro analítico está reflectido nos n.ºs 1 e 3 do artigo 81.º. Aliás, esta última disposição admite expressamente que determinados acordos restritivos podem gerar benefícios económicos objectivos, capazes de compensar os efeitos da restrição da concorrência⁽⁴⁵⁾.

34. A aplicação da excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º deve obedecer a quatro condições cumulativas, duas positivas e duas negativas:

a) O acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico;

b) Deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante;

c) As restrições devem ser indispensáveis à consecução desses objectivos e, por último;

d) O acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Quando estas quatro condições estão reunidas, os acordos reforçam a concorrência no mercado relevante, na medida em que levam as empresas em causa a propor aos consumidores produtos mais baratos ou de melhor qualidade, o que compensa os efeitos negativos das restrições da concorrência.

35. O n.º 3 do artigo 81.º pode ser aplicado a acordos individuais ou a categorias de acordos, mediante um regulamento de isenção por categoria. No caso dos acordos abrangidos por isenções por categoria, as partes num acordo restritivo ficam dispensadas, por força do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, da obrigação de demonstrar que o seu acordo específico satisfaz cada uma das condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º. Têm apenas que demonstrar que o acordo restritivo beneficia de uma isenção por categoria. A aplicação do n.º 3 do artigo 81.º a categorias de acordos, mediante regulamentos de isenção por categoria, baseia-se no pressuposto de que os acordos restritivos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação⁽⁴⁶⁾ satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º.

36. Se, num determinado caso, o acordo for abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º e as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo não estiverem satisfeitas, pode ser retirado o benefício da isenção por categoria. Nos termos do n.º 1 do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão pode retirar o benefício de uma isenção por categoria se considerar que, num determinado caso, um acordo abrangido por um regulamento de isenção produz efeitos incompatíveis com o n.º 3 do artigo 81.º do Tratado. Nos termos do n.º 2 do artigo 29.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-Membro pode igualmente retirar o benefício da aplicação de um regulamento de isenção por categoria da Comissão, relativamente ao seu território (ou parte do seu território), se este território apresentar todas as características de um mercado geográfico distinto. Em caso de retirada do benefício, incumbe às autoridades de concorrência em causa demonstrar que o acordo infringe o n.º 1 do artigo 81.º e não satisfaz as condições do n.º 3 do mesmo artigo.

37. Os tribunais dos Estados-Membros não têm poder para retirar o benefício de isenções por categoria. Além disso, na aplicação dos regulamentos de isenção por categoria, os tribunais dos Estados-Membros não podem alterar o seu âmbito tornando-os extensivos a acordos não originalmente abrangidos pelo regulamento de isenção por categoria em questão ⁽⁴⁷⁾. Fora do âmbito dos regulamentos de isenção por categoria os tribunais dos Estados-Membros têm o poder de aplicar o artigo 81.º na sua totalidade (cf. Artigo 6.º do Regulamento 1/2003).

3. APLICAÇÃO DAS QUATRO CONDIÇÕES DO N.º 3 DO ARTIGO 81.º

38. Até ao final das presentes orientações, iremos abordar cada uma das quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º ⁽⁴⁸⁾. Dado que as quatro condições são cumulativas ⁽⁴⁹⁾, basta que uma das condições não seja satisfeita para que a análise das demais se torne supérflua. Nestas circunstâncias, em certos casos, pode ser conveniente examinar as quatro condições numa ordem diferente.

39. Para efeitos das presentes orientações, considera-se conveniente inverter a ordem da segunda e terceira condições, e apreciar a questão da indispensabilidade antes das repercussões nos consumidores. A análise das repercussões requer a ponderação dos efeitos negativos e positivos de um acordo para os consumidores e não deve contemplar os efeitos de restrições que não satisfaçam a condição da indispensabilidade e que, por esse motivo, são proibidas pelo artigo 81.º

3.1. Princípios gerais

40. A aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado só é pertinente no caso de acordos entre empresas que restrinjam a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º No caso de acordos não restritivos, não é necessário examinar eventuais benefícios decorrentes do acordo.

41. Se, num determinado caso, ficar provada uma restrição da concorrência, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º, pode ser invocado como defesa o disposto no n.º 3 do mesmo artigo. Nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o ónus da prova, para efeitos da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, recai sobre a empresa ou empresas que invoquem o benefício da excepção. Quando as condições do n.º 3 do artigo 81.º não estiverem satisfeitas, o acordo será nulo, ver n.º 2 do artigo 81.º. No entanto, esta nulidade automática intervém unicamente em relação às partes do acordo que são incompatíveis com o artigo 81.º, desde que essas partes possam ser separadas do acordo no seu conjunto ⁽⁵⁰⁾. Se apenas uma parte do acordo for nula, é a legislação nacional

aplicável que determina as respectivas consequências para a parte restante do acordo ⁽⁵¹⁾.

42. De acordo com a jurisprudência constante, as quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º são cumulativas ⁽⁵²⁾, ou seja, para que a excepção seja aplicável todas as condições devem ser satisfeitas. Se tal não for o caso, deve ser recusada a aplicação da regra de excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º ⁽⁵³⁾. As quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º são igualmente exaustivas. Quando estão satisfeitas, a excepção é aplicável, não podendo ser subordinada a qualquer outra condição. Os objectivos de outras disposições do Tratado apenas podem ser tidos em conta se puderem ser incluídos nas quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º ⁽⁵⁴⁾.

43. A avaliação à luz do n.º 3 do artigo 81.º dos benefícios resultantes de acordos restritivos é, em princípio, efectuada dentro dos limites de cada mercado relevante com que o acordo está relacionado. As regras de concorrência comunitárias têm como objectivo proteger a concorrência no mercado e não podem ser dissociadas deste objectivo. Além disso, a condição de que deve ser reservada aos consumidores ⁽⁵⁵⁾ uma parte equitativa dos lucros implica, em geral, que os ganhos de eficiência resultantes de acordos restritivos num mercado relevante devam ser suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais desses acordos no mesmo mercado ⁽⁵⁶⁾. Os efeitos negativos para os consumidores num dado mercado geográfico ou de produto não podem normalmente ser contrabalançados ou compensados por efeitos positivos para os consumidores noutra mercado geográfico ou de produto não relacionado com o primeiro. Contudo, no caso de dois mercados estreitamente relacionados, o aumento da eficiência obtido em mercados separados pode ser tido em conta, desde que o grupo de consumidores afectado pela restrição e que beneficia dos ganhos de eficiência seja, fundamentalmente, o mesmo ⁽⁵⁷⁾. Com efeito, nalguns casos só os consumidores num mercado a jusante são afectados pelo acordo e, nesse caso, deve ser apreciado o impacto do acordo nesses consumidores. É o que acontece por exemplo com os acordos de aquisição ⁽⁵⁸⁾.

44. A avaliação de acordos restritivos à luz do n.º 3 do artigo 81.º é efectuada tendo em conta o contexto em que tais acordos são concluídos ⁽⁵⁹⁾ e com base nos factos em presença num dado momento. A avaliação é sensível a alterações materiais dos factos. A excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º é aplicável enquanto estiverem reunidas as quatro condições e deixa de ser aplicável logo que tal se deixe de verificar ⁽⁶⁰⁾. Ao aplicar o n.º 3 do artigo 81.º à luz destes princípios é necessário ter em consideração os investimentos iniciais não recuperáveis efectuados por qualquer uma das partes, bem como o tempo e as limitações necessárias para realizar e recuperar um investimento para aumentar a eficiência. O artigo 81.º não pode ser aplicado sem ter devidamente em conta este investimento *ex ante*. O risco suportado pelas partes e o investimento não recuperável a que têm de proceder para executar o acordo podem portanto fazer com que o acordo não seja abrangido pelo n.º 1 do

artigo 81.º ou que preencha as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º, conforme o caso, pelo período de tempo necessário para recuperar o investimento.

45. Nalguns casos, o acordo restritivo é irreversível. Uma vez aplicado o acordo restritivo não pode ser restabelecida a situação *ex ante*. Nestes casos, a avaliação deve ser realizada exclusivamente com base nos factos relativos ao período de aplicação do acordo. Por exemplo, no caso de um acordo de investigação e desenvolvimento nos termos do qual cada uma das partes aceita abandonar o respectivo projecto de investigação e associar os seus recursos aos da outra parte, de um ponto de vista objectivo, pode ser técnica e economicamente impossível retomar um projecto que foi abandonado. Os efeitos anticoncorrenciais e pró-concorrenciais do acordo que prevê o abandono dos projectos de investigação individuais devem, por conseguinte, ser avaliados no contexto do momento em que deixaram de ser aplicados. Se, nesse momento, o acordo é compatível com o artigo 81.º, por exemplo porque um número suficiente de terceiros desenvolve projectos de investigação e desenvolvimento concorrentes, o acordo das partes no sentido de abandonarem os seus projectos individuais continua a ser compatível com o artigo 81.º, mesmo que, posteriormente, os projectos dos terceiros não se concretizem. Contudo, a proibição do artigo 81.º pode aplicar-se a outras partes do acordo relativamente às quais não se coloca a questão da irreversibilidade. Se, por exemplo, para além de actividades conjuntas de investigação e desenvolvimento, o acordo prever a exploração conjunta, pode aplicar-se o artigo 81.º a esta parte do acordo se, devido a uma evolução subsequente do mercado, o acordo passar a ser restritivo da concorrência e não preencher (doravante) as condições previstas no n.º 3 do artigo 81.º tendo na devida consideração os investimentos *ex ante* não recuperáveis, ver ponto anterior.

46. O n.º 3 do artigo 81.º não exclui, *a priori*, do seu âmbito determinados tipos de acordos. Em princípio, todos os acordos restritivos que satisfaçam as quatro condições do n.º 3 do artigo 81.º são abrangidos pela excepção ⁽⁶¹⁾. Contudo, é improvável que restrições graves da concorrência satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo 81.º. Tais restrições são normalmente excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão. Regra geral, os acordos desta natureza não satisfazem (pelo menos) as duas primeiras condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.º: não geram benefícios económicos ⁽⁶²⁾ nem beneficiam os consumidores ⁽⁶³⁾. Por exemplo, um acordo horizontal que tenha por objectivo a fixação dos preços limita a produção, originando uma deficiente afectação dos recursos. Além disso, transfere valor dos consumidores para os produtores, na medida em que conduz a preços mais elevados sem proporcionar qualquer compensação aos consumidores do mercado relevante. Por último, estes tipos de acordos não satisfazem, regra geral, a terceira condição relativa à indispensabilidade ⁽⁶⁴⁾.

47. A alegação de que acordos restritivos se justificam por terem em vista assegurar condições de concorrência leais no mercado carece, por definição, de fundamento, pelo que deve ser rejeitada ⁽⁶⁵⁾. O artigo 81.º tem por objectivo proteger a concorrência efectiva, assegurando que os mercados se mantenham abertos e concorrenciais. A protecção de condições de concorrência leais constitui uma tarefa do legislador, no respeito das obrigações do direito comunitário ⁽⁶⁶⁾, não incumbindo às empresas regulamentarem a sua actividade.

3.2. Primeira condição do n.º 3 do artigo 81.º: ganhos de eficiência

3.2.1. Observações de carácter geral

48. Em conformidade com a primeira condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º, o acordo restritivo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico. Embora apenas se refira expressamente aos produtos, a disposição é aplicável, por analogia, aos serviços.

49. Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que apenas podem ser tidos em conta benefícios objectivos ⁽⁶⁷⁾. Tal significa que os benefícios não são avaliados segundo o ponto de vista subjectivo das partes ⁽⁶⁸⁾. A redução dos custos resultante do mero exercício do poder de mercado pelas partes não pode ser tida em conta. Por exemplo, quando acordam na fixação de preços ou na partilha de mercados, as empresas reduzem a produção e, por conseguinte, os custos de produção. A redução da concorrência pode igualmente originar uma diminuição das vendas e das despesas de comercialização. Estas reduções de custos constituem uma consequência directa da redução da produção e do respectivo valor. As reduções de custos em causa não têm quaisquer efeitos pró-concorrenciais no mercado. Nomeadamente, não criam valor através de uma integração de activos e actividades, limitando-se, com efeito, a permitir que as empresas em causa aumentem os seus lucros, pelo que são irrelevantes do ponto de vista do n.º 3 do artigo 81.º

50. O objectivo da primeira condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º consiste em definir os tipos de ganhos de eficiência que podem ser tidos em consideração e ser sujeitos às análises suplementares da segunda e terceira condições do n.º 3 do artigo 81.º. O que se pretende com essa análise é verificar quais são os benefícios objectivos criados pelo acordo e qual a importância económica destes ganhos de eficiência. Tendo em conta que, para que o n.º 3 do artigo 81.º seja aplicável, os efeitos pró-concorrenciais decorrentes do acordo devem compensar os seus efeitos anticoncorrenciais, é necessário verificar qual o nexos que existe entre o acordo e os alegados ganhos de eficiência, bem como o respectivo valor.

51. Todas as alegações de ganhos de eficiência devem ser fundamentadas, de modo a ser possível verificar:
- A natureza dos alegados ganhos de eficiência;
 - A relação entre o acordo e os ganhos de eficiência;
 - A probabilidade e a magnitude de cada um dos alegados ganhos de eficiência;
 - Como e quando se produzirá cada um dos alegados ganhos de eficiência;
52. A alínea a) permite à instância decisória verificar se os alegados ganhos de eficiência apresentam natureza objectiva (ver ponto 49 *supra*).
53. A alínea b) permite à instância decisória verificar se o nexo causal entre o acordo restritivo e os alegados ganhos de eficiência é suficiente. Esta condição exige normalmente que os ganhos de eficiência resultem da actividade económica que constitui o objecto do acordo. Tal actividade económica pode, por exemplo, assumir a forma de distribuição, licenciamento de tecnologia, produção conjunta ou investigação e desenvolvimento conjuntos. Contudo, no caso de um acordo ter efeitos de aumento de eficiência mais amplos no mercado relevante, na medida em que, por exemplo, induz uma redução dos custos do sector, esses benefícios adicionais são igualmente tidos em conta.
54. Em princípio, o nexo causal entre o acordo e os alegados ganhos de eficiência deve também ser directo⁽⁶⁹⁾. As alegações com base em efeitos indirectos são, regra geral, demasiado incertas e demasiado difíceis de verificar para poderem ser tomadas em consideração. Existirá, por exemplo, um nexo causal directo quando um acordo de transferência de tecnologia permite aos licenciados produzirem um novo produto ou um produto melhorado ou quando um acordo de distribuição permite que os produtos sejam distribuídos a custos mais baixos ou que sejam fornecidos serviços de valor. Um exemplo de um efeito indirecto seria um caso em que se alega que um acordo restritivo permite às empresas em causa aumentarem os seus lucros, permitindo-lhes investir mais em investigação e desenvolvimento, o que em última instância beneficiará os consumidores. Apesar de poder existir um nexo entre rentabilidade e investigação e desenvolvimento, este nexo não é em geral suficientemente directo para poder ser tomado em consideração no contexto do n.º 3 do artigo 81.º
55. As alíneas c) e d) permitem à instância decisória verificar o valor dos alegados ganhos de eficiência, os quais devem ser ponderados com os efeitos anticoncorrenciais do acordo no contexto da terceira condição do n.º 3 do artigo 81.º (ver ponto 101 *infra*). Tendo em conta que o n.º 1 do artigo 81.º só se aplica nos casos em que é provável que o acordo tenha efeitos negativos na concorrência e nos consumidores (no caso de restrições graves existe uma presunção de que tais efeitos ocorrem) as alegações de ganhos de eficiência devem ser justificadas de forma a poderem ser verificadas. As alegações não justificadas serão rejeitadas.
56. No caso de alegados ganhos de eficiência com reflexos a nível dos custos, as empresas que invocam a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º devem, tão rigorosamente quanto for razoavelmente possível, calcular ou estimar o valor dos ganhos de eficiência e descrever pormenorizadamente a forma como calcularam o montante apresentado. Devem ainda descrever pormenorizadamente através de que método(s) os ganhos de eficiência foram ou serão obtidos. Os dados apresentados devem ser verificáveis por forma a que exista um grau suficiente de certeza de que os ganhos de eficiência se concretizaram ou se concretizarão.
57. Em caso de alegados ganhos de eficiência que assumam a forma de produtos novos ou melhorados e de outros ganhos de eficiência não relacionados com os custos, as empresas que invocam a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º devem descrever e explicar, pormenorizadamente, a natureza das melhorias e de que forma e por que motivo estas constituem um benefício económico objectivo.
58. Nos casos em que o acordo ainda não estiver a ser aplicado plenamente, as partes devem fundamentar todas as projecções para o período com início na data em que os ganhos de eficiência se tornam efectivos e com um significativo impacto positivo no mercado.
- ### 3.2.2. As diferentes categorias de ganhos de eficiência
59. Os tipos de ganhos de eficiência enunciados no n.º 3 do artigo 81.º constituem categorias abrangentes, a fim de cobrir todos os benefícios económicos objectivos. Regista-se uma considerável sobreposição entre as diferentes categorias referidas no n.º 3 do artigo 81.º, podendo de um mesmo acordo resultar diferentes tipos de ganhos de eficiência. Por conseguinte, não é conveniente estabelecer distinções claras e firmes entre as diversas categorias. Para efeitos das presentes orientações, é estabelecida uma distinção entre ganhos de eficiência em termos de custos e ganhos de eficiência de natureza qualitativa através dos quais é criado valor sob a forma de produtos novos ou melhorados, maior variedade de produtos, etc.
60. Regra geral, os ganhos de eficiência decorrem de uma integração das actividades económicas que passa pela combinação dos activos das empresas, de modo a que estas possam alcançar, em conjunto, aquilo que mais dificilmente alcançariam isoladamente ou pela delegação noutra empresa de tarefas cuja realização pode ser mais eficientemente assegurada por essa empresa.

61. O processo de investigação e desenvolvimento, produção e distribuição pode ser considerado como uma cadeia de valor susceptível de ser dividida numa série de etapas. Em cada etapa desta cadeia, as empresas têm de escolher entre desenvolverem sozinhas a actividade, desenvolvê-la em colaboração com outra(s) empresa(s) ou subcontratá-la integralmente a outra(s) empresa(s).
62. Sempre que a escolha feita envolve cooperação no mercado com outra empresa é, em princípio, necessário concluir um acordo na acepção do n.º 1 do artigo 81.º. Esse acordo pode ser vertical, no caso de as empresas operarem a níveis diferentes da cadeia de valor, ou horizontal, no caso de as empresas operarem ao mesmo nível da cadeia de valor. Ambas as categorias de acordos podem gerar ganhos de eficiência, ao permitirem que as empresas em causa realizem uma dada tarefa com custos mais baixos ou com mais alto valor acrescentado para os consumidores. Os acordos podem igualmente conter ou implicar restrições da concorrência, caso em que a proibição prevista no n.º 1 do artigo 81.º ou a excepção prevista no n.º 3 do mesmo artigo podem ser aplicáveis.
63. Os tipos de ganhos de eficiência a seguir enumerados constituem meros exemplos e não pretendem ser exaustivos.

3.2.2.1. Ganhos de eficiência em termos de custos

64. Os ganhos de eficiência em termos de custos decorrentes de acordos entre empresas podem ter diferentes origens. Uma fonte de economia muito importante consiste no desenvolvimento de novas tecnologias e métodos de produção. Regra geral, o maior potencial de economia surge associado a avanços tecnológicos. Por exemplo, a introdução da linha de montagem proporcionou uma redução muito substancial do custo de produção dos veículos a motor.
65. Outra fonte de ganhos de eficiência muito importante prende-se com as sinergias resultantes de uma integração de activos existentes. Mediante a combinação dos seus activos, as partes num acordo podem atingir um nível de custos/perfil de produção que não seria possível sem esse acordo. A combinação de duas tecnologias existentes que apresentem vantagens complementares pode reduzir os custos de produção ou permitir a produção de bens de qualidade superior. Por exemplo, pode acontecer que os activos de produção de uma empresa A gerem um maior volume de produção por hora mas requeiram um volume relativamente mais elevado de matérias-primas por unidade de produto, enquanto os activos de produção da empresa B geram um volume de produção inferior por hora mas requerem um volume relativamente menor de matérias-primas por unidade de produto. Serão criadas sinergias se, através da criação de uma empresa comum de produção que combine os activos de produção de A e B, as partes puderem atingir um nível (mais) elevado de produção por hora com um nível menos elevado de matérias-primas por unidade de produto. Do mesmo modo, se uma empresa tiver optimizado uma parte da cadeia de valor e outra empresa tiver optimizado outra parte da cadeia de valor, a combinação das actividades das duas empresas pode permitir custos mais baixos. A empresa A pode, por exemplo, dispor de uma instalação de produção altamente automatizada que permite obter baixos custos de produção por unidade, enquanto a empresa B desenvolveu um sistema eficaz de tratamento das encomendas. O sistema permite que a produção seja adaptada à procura dos clientes, assegurando a entrega a tempo e reduzindo os custos de armazenagem e de obsolescência. A combinação dos activos das empresas A e B poderá permitir obter reduções de custos.
66. Também as economias de escala, ou seja, a diminuição do custo unitário do produto em consequência do aumento da produção, podem gerar ganhos de eficiência em termos de custos. Por exemplo, o investimento em equipamento e noutros activos tem, frequentemente, de ser feito em blocos indivisíveis. Se uma empresa não tiver condições para utilizar plenamente um bloco, os seus custos médios serão superiores ao que seriam se o pudesse fazer. Por exemplo, o custo de exploração de um veículo pesado de mercadorias é virtualmente o mesmo quer este esteja quase vazio, meio cheio ou cheio. Os acordos pelos quais as empresas combinam as suas actividades logísticas pode permitir-lhes aumentar os níveis de carga e reduzir o número de veículos utilizados. O funcionamento em mais ampla escala pode igualmente permitir uma melhor divisão do trabalho, susceptível de reduzir os custos unitários. As empresas podem realizar economias de escala em todas as partes da cadeia de valor, incluindo a investigação e desenvolvimento, a produção, a distribuição e o *marketing*. As economias obtidas com a aprendizagem constituem um tipo de ganhos de eficiência conexo. A produtividade pode aumentar à medida que se vai adquirindo experiência de utilização de um determinado processo de produção ou de execução de uma dada tarefa, na medida em que o processo pode ser acelerado ou a tarefa executada mais rapidamente.
67. Outra fonte de ganhos de eficiência em termos de custos são as economias de gama, que ocorrem quando as empresas realizam economias ao produzirem diferentes produtos a partir dos mesmos factores de produção. Estes ganhos de eficiência podem advir do facto de ser possível utilizar os mesmos componentes, as mesmas instalações e o mesmo pessoal para produzir uma série de produtos. Do mesmo modo, podem ser realizadas economias de gama na distribuição, quando diversos tipos de produtos são distribuídos nos mesmos veículos. Por exemplo, um produtor de pizzas congeladas e um produtor de legumes congelados podem realizar economias de gama se distribuírem conjuntamente os seus produtos. Ambos os grupos de produtos devem ser distribuídos em veículos refrigerados e, provavelmente, verificam-se sobreposições significativas em termos de clientes. Com a combinação das suas actividades, os dois produtores poder obter custos de distribuição mais baixos por unidade vendida.

68. Os ganhos de eficiência sob a forma de reduções de custos podem igualmente resultar de acordos que permitam uma melhor planificação da produção, reduzindo a necessidade de manter existências onerosas e permitindo uma melhor utilização das capacidades. Ganhos de eficiência desta natureza podem, por exemplo, decorrer da aplicação de um regime de aquisições «just-in-time», ou seja, a obrigação de um fornecedor de componentes fornecer continuamente o adquirente em função das suas necessidades, evitando assim que o adquirente mantenha existências importantes de componentes que correm o risco de se tornarem obsoletas. A redução dos custos pode igualmente resultar de acordos que permitem a racionalização da produção das partes nas respectivas instalações.
- 3.2.2.2. **Ganhos de eficiência de natureza qualitativa**
69. Os acordos entre empresas podem gerar diversos ganhos de eficiência de natureza qualitativa relevantes para efeitos da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º. Num certo número de casos, o principal potencial de ganhos de eficácia do acordo não reside em reduções de custos, mas sim em melhorias de qualidade e outros ganhos de eficiência de natureza qualitativa. Em função de cada caso, estes ganhos de eficiência podem assim ser tão ou mais importantes do que os ganhos de eficiência em termos de custos.
70. Os progressos técnicos e tecnológicos constituem um elemento essencial e dinâmico da economia, que gera benefícios significativos sob a forma de produtos e serviços novos ou melhorados. Através da cooperação, as empresas podem conseguir gerar ganhos de eficiência que, na ausência do acordo restritivo, não seriam possíveis ou sê-lo-iam com um atraso considerável ou com custos mais elevados. Este tipo de ganhos de eficiência constitui uma importante fonte de benefícios económicos, abrangidos pela primeira condição do n.º 3 do artigo 81.º. Os acordos susceptíveis de produzir ganhos de eficiência desta natureza incluem, nomeadamente, os acordos de investigação e desenvolvimento. Por exemplo, a criação por A e por B de uma empresa comum para o desenvolvimento e, em caso de êxito, para a produção conjunta de um pneumático celular. O furo de uma célula não afecta as outras, o que significa que não existe qualquer risco de o pneu se esvaziar por completo em caso de furo. Este pneumático é assim mais seguro do que os pneumáticos tradicionais. Implica também que não é necessário proceder imediatamente à mudança do pneu e que se pode dispensar o pneu sobresselente. Estes dois tipos de ganhos de eficiência constituem benefícios objectivos na acepção da primeira condição do n.º 3 do artigo 81.º
71. Da mesma forma que a combinação de activos complementares pode dar origem a poupanças de custos, as combinações de activos podem também provocar sinergias que criam ganhos de eficiência de natureza qualitativa. A combinação de activos de produção pode, por exemplo, permitir a produção de produtos de qualidade mais elevada ou de produtos com novas características. Tal pode acontecer, por exemplo, com os acordos de licença e os acordos que prevêem a produção conjunta de produtos ou serviços novos ou melhorados. Os acordos de licença podem, nomeadamente, assegurar uma divulgação mais rápida de nova tecnologia na Comunidade e permitir que os licenciados lancem novos produtos ou utilizem novas técnicas de produção que propiciam uma melhor qualidade. Os acordos de produção conjunta podem, nomeadamente, permitir que produtos ou serviços novos ou melhorados sejam introduzidos no mercado mais rapidamente ou com custos mais baixos (70). No sector das telecomunicações, por exemplo, foram concluídos acordos de cooperação com vista à obtenção de ganhos de eficiência mediante a mais rápida disponibilização de novos serviços mundiais (71). No sector bancário, considerou-se igualmente que os acordos de cooperação que melhoraram a infra-estrutura para a realização de pagamentos transfronteiras criaram ganhos de eficiência na aceção do n.º 3 do artigo 81.º (72).
72. Os acordos de distribuição podem também dar origem a ganhos de eficiência. Por exemplo, os distribuidores especializados podem estar em condições de prestar serviços mais adequados às necessidades dos consumidores, de assegurar entregas mais rápidas ou de dar mais garantias de qualidade ao longo de toda a cadeia de distribuição (73).
- 3.3. Terceira condição do n.º 3 do artigo 81.º: carácter indispensável das restrições**
73. Em conformidade com a terceira condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º, os acordos restritivos não devem impor restrições que não sejam indispensáveis para a obtenção dos ganhos de eficiência gerados pelo acordo em causa. Esta condição implica uma apreciação em função de dois critérios. Em primeiro lugar, o acordo restritivo, enquanto tal, deve ser necessário para a obtenção dos ganhos de eficiência. Em segundo lugar, as restrições individuais da concorrência decorrentes do acordo devem igualmente ser necessárias para a obtenção dos ganhos de eficiência.
74. No contexto da terceira condição enunciada no n.º 3 do artigo 81.º, é decisivo saber se o acordo restritivo e as restrições individuais permitem que a actividade em causa seja desenvolvida mais eficientemente do que seria na ausência do acordo ou restrição em causa. Não se trata de saber se, na ausência da restrição, o acordo não teria sido concluído, mas se foram gerados mais ganhos de eficiência com o acordo ou restrição do que na sua ausência (74).

75. O primeiro critério contido na terceira condição do n.º 3 do artigo 81.º requer que os ganhos de eficiência sejam específicos ao acordo em causa, ou seja, que não haja outros meios economicamente viáveis e menos restritivos de obter os ganhos de eficiência em questão. Nesta avaliação, devem ser tidas em conta as condições de mercado e a realidade empresarial enfrentada pelas partes no acordo. Não obstante, as empresas que invocam o benefício do n.º 3 do artigo 81.º não têm de considerar alternativas puramente hipotéticas ou teóricas. A Comissão não vai duvidar do juízo comercial das partes, e apenas intervirá quando for razoavelmente evidente que há alternativas realistas e atingíveis. Nesse caso, as partes devem apenas explicar e demonstrar as razões pelas quais eventuais alternativas aparentemente realistas e significativamente menos restritivas ao acordo seriam muito menos eficientes.

76. É especialmente importante determinar se, tendo em conta as circunstâncias de cada caso, as partes poderiam ter obtido os ganhos de eficiência sem o acordo restritivo, ou através de outro tipo de acordo menos restritivo e, na afirmativa, em que momento possivelmente os teriam obtido. Por exemplo, quando os alegados ganhos de eficiência assumem a forma de reduções de custos decorrentes de economias de escala ou de gama, as empresas em causa devem explicar por que motivo os mesmos ganhos de eficiência não seriam susceptíveis de ser obtidos mediante crescimento interno e concorrência de preços. Nesta avaliação, é importante ter em conta, *inter alia*, a escala de eficiência mínima do mercado em causa. A escala de eficiência mínima é o nível de produção necessário para minimizar o custo médio e esgotar as economias de escala (⁷⁵). Quanto maior for a escala de eficiência mínima, comparativamente com a dimensão de cada uma das partes no acordo, maior é a probabilidade de os ganhos de eficiência serem considerados específicos ao acordo. No caso de acordos que produzam, através da combinação de activos e capacidades complementares, sinergias substanciais, a própria natureza dos ganhos de eficiência permite presumir que o acordo é necessário à sua obtenção.

77. Estes princípios podem ser ilustrados através do seguinte exemplo hipotético:

A e B combinam numa empresa comum as suas tecnologias de produção para aumentar a produção e reduzir o consumo de matérias-primas. A empresa comum recebe uma licença exclusiva relativamente a estas tecnologias de produção. As partes transferem as suas instalações de produção existentes para a empresa comum. Procedem também à transferência de pessoal-chave no sentido de assegurar as economias de formação podem ser exploradas e desenvolvidas. Estima-se que estas economias reduzirão os custos de produção em mais 5 %. A produção da

empresa comum é vendida de forma independente por A e B. Neste caso, a condição do carácter indispensável exige que se proceda a uma apreciação se os benefícios podiam ou não ser substancialmente atingidos através de um acordo de licença, que seria provavelmente menos restritivo na medida em que A e B teriam continuado a produzir de forma independente. Nas circunstâncias descritas, tal seria improvável uma vez que, nos termos de um acordo de licença, as partes não teriam podido beneficiar, de uma forma tão flexível e permanente, das suas experiências respectivas em matéria de aplicação das duas tecnologias, de que resultam economias importantes em matéria de formação.

78. Se se verificar que o acordo em causa é necessário para a obtenção de ganhos de eficiência, deve ser avaliado se é indispensável cada uma das restrições da concorrência decorrentes do acordo. Neste contexto, é necessário determinar se as restrições individuais são necessárias, em termos razoáveis, para obter os ganhos de eficiência. As partes no acordo devem justificar a sua pretensão em função da natureza e da intensidade da restrição.

79. Uma restrição é indispensável se a sua ausência eliminar ou reduzir significativamente os ganhos de eficiência decorrentes do acordo ou tornar a sua concretização bastante menos provável. A avaliação das soluções alternativas deve ter em conta o reforço, efectivo e potencial, da concorrência resultante da eliminação de uma dada restrição ou do recurso a uma alternativa menos restritiva. Quanto mais restritiva for a restrição, mais rigorosa deve ser a avaliação à luz da terceira condição (⁷⁶). É pouco provável que as restrições excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão sejam consideradas indispensáveis.

80. A avaliação do carácter indispensável é realizada no contexto efectivo em que o acordo funciona e deve, nomeadamente, ter em conta a estrutura do mercado, os riscos económicos inerentes ao acordo e os incentivos das partes. Quanto mais incerto for o êxito do produto abrangido pelo acordo, maior será a necessidade de restrições para assegurar a concretização dos ganhos de eficiência. As restrições podem igualmente ser indispensáveis para alinhar os incentivos das partes e assegurar que estas concentram os seus esforços na aplicação do acordo. Pode, por exemplo, ser necessária uma restrição para evitar problemas de catividade logo que uma das partes tenha realizado um investimento cativo substancial. Se,

por exemplo, um fornecedor realizou um investimento significativo, específico à relação estabelecida, com o objectivo de fornecer um produto ao cliente, o fornecedor fica ligado ao cliente. Por forma a evitar que o cliente venha a explorar posteriormente esta dependência para obter condições mais favoráveis, poderá ser necessário impor uma proibição de aquisição de componentes junto de terceiros ou uma obrigação de adquirir quantidades mínimas da componente junto do fornecedor ⁽⁷⁷⁾.

81. Em alguns casos, uma restrição pode ser indispensável apenas durante um certo período; neste caso, a excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º é aplicável, unicamente, durante esse período. Nesta avaliação, é necessário ter em devida conta o período de que as partes necessitam para obter os ganhos de eficiência que justificam a aplicação da excepção ⁽⁷⁸⁾. Nos casos em que, para a produção dos benefícios, é necessário um investimento considerável, deve ser tido em conta, nomeadamente, o período de tempo necessário para garantir uma rentabilidade adequada desse investimento (ver também o ponto 44).
82. Estes princípios podem ser ilustrados através dos seguintes exemplos hipotéticos:

P produz e distribui pizzas congeladas, com uma quota de mercado de 15 % no Estado-Membro X. As entregas são feitas directamente aos retalhistas. Uma vez que a maior parte dos retalhistas dispõe de uma capacidade de armazenamento limitada, é necessário proceder a entregas frequentes, o que conduz a uma baixa utilização da capacidade e à utilização de veículos relativamente pequenos. T é um grossista de pizzas congeladas e de outros produtos congelados, que procede a entregas sensivelmente aos mesmos clientes que P. As pizzas distribuídas por T representam 30 % do mercado. T dispõe de uma frota de veículos de maiores dimensões e de excesso de capacidade. P conclui um acordo de distribuição exclusiva com T relativamente ao Estado-Membro X e compromete-se a assegurar que os distribuidores noutros Estados-Membros não procederão a vendas, nem activas nem passivas, no território de T. T por seu turno compromete-se a fazer publicidade aos produtos, a estudar as preferências dos consumidores e os índices de satisfação e a assegurar a entrega aos retalhistas de todos os produtos no espaço de 24 horas. O acordo conduz a uma redução dos custos totais de distribuição de 30 % uma vez que a capacidade é melhor utilizada e se elimina a duplicação de trajectos. O acordo conduz igualmente à prestação de serviços suplementares aos consumidores. As restrições às vendas passivas constituem restrições graves nos termos do regulamento de isenção por categoria das restrições verticais ⁽⁷⁹⁾ e só podem ser consideradas indispensáveis em circunstâncias excepcionais. A boa posição de mercado de T e a natureza das obrigações que lhe são impostas indicam que não se trata de um caso excepcional. A proibição de vendas activas, em contrapartida, é suscep-

tível de ser indispensável. T terá provavelmente menos interesse em vender e publicitar a marca P se distribuidores noutros Estados-Membros puderem proceder a vendas activas no Estado-Membro X, aproveitando-se assim dos esforços de T. É o que acontece exactamente neste caso, uma vez que T também distribui marcas concorrentes, tendo, portanto, a possibilidade de promover as marcas menos expostas ao parasitismo.

S é um produtor de refrigerantes, com uma quota de mercado de 40 %. O seu concorrente mais próximo tem uma quota de mercado de 20 %. S conclui acordos de fornecimento com clientes que representam 25 % da procura, através dos quais estes se comprometem a adquirir exclusivamente à S durante um período de 5 anos. Com outros clientes, que representam 15 % da procura, S conclui acordos através dos quais os clientes beneficiam trimestralmente de descontos por «objectivo», se as suas compras ultrapassarem certos níveis fixados individualmente. S alega que os acordos lhe permitem prever a procura com maior precisão e, por conseguinte, planear melhor a produção, reduzindo os custos de armazenagem das matérias-primas e dos produtos e evitando penúrias de fornecimento. Tendo em conta a posição de mercado de S e a cobertura combinada das restrições, é muito pouco provável que estas sejam consideradas indispensáveis. A obrigação de compra exclusiva excede o que é necessário para planear a produção, o mesmo acontecendo com o sistema de descontos por «objectivo». A previsibilidade da procura pode ser conseguida por meios menos restritivos. S poderia, por exemplo, dar incentivos para que os clientes encomendassem maiores quantidades de uma só vez, oferecendo descontos de quantidade ou um desconto aos clientes que fizessem encomendas firmes antecipadamente para entrega em datas especificadas.

3.4. Segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º: uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores

3.4.1. Observações de carácter geral

83. Nos termos da segunda condição prevista no n.º 3 do artigo 81.º, aos consumidores deve ser reservada uma parte equitativa dos ganhos de eficiência gerados pelo acordo restritivo.
84. O conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais. Por outras palavras, os consumidores, na acepção do n.º 3 do artigo 81.º, são os clientes das partes no acordo e os compradores subsequentes. Estes clientes podem ser empresas, como é o caso dos compradores de maquinaria industrial ou de matéria-prima para transformação, ou particulares, como é o caso dos compradores de gelados ou bicicletas.

85. O conceito de «parte equitativa» implica que a repercussão dos benefícios deve, no mínimo, compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo, efectivo ou potencial, que a restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º teve para esses consumidores. Em conformidade com o objectivo geral do artigo 81.º, que consiste em evitar a aplicação de acordos anticoncorrenciais, o efeito líquido de um acordo deve ser, no mínimo, neutro do ponto de vista daqueles consumidores que sejam directa ou indirectamente afectados pelo acordo⁽⁸⁰⁾. Se a situação dos consumidores piorar na sequência do acordo, a segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º não é satisfeita. Os efeitos positivos de um acordo devem contrabalançar e compensar os seus efeitos negativos para os consumidores afectados em cada mercado relevante⁽⁸¹⁾. Se tal for o caso, os consumidores não são prejudicados pelo acordo. Além disso, a sociedade em geral é beneficiada onde os ganhos de eficiência conduzem à utilização de menos recursos para produzir o bem consumido ou à produção de bens de maior valor e, portanto, a uma afectação mais eficiente dos recursos.
86. Não é necessário que os consumidores recebam uma parte de todos os ganhos de eficiência identificados no âmbito da primeira condição. Basta que sejam repercutidos benefícios suficientes para compensar os efeitos negativos do acordo restritivo. Nesse caso os consumidores obtêm uma parte equitativa dos benefícios globais⁽⁸²⁾. Se um acordo restritivo for susceptível de provocar um aumento dos preços, os consumidores deverão ser plenamente compensados por uma melhoria da qualidade ou por benefícios de outra natureza. Caso contrário, não é satisfeita a segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º
87. O factor decisivo é o impacto global nos consumidores dos produtos no mercado relevante e não o impacto em membros individuais deste grupo de consumidores⁽⁸³⁾. Nalguns casos, poderá ser necessário um determinado período antes que os ganhos de eficiência se concretizem; durante esse período, o acordo pode ter, unicamente, efeitos negativos. O facto de a repercussão nos consumidores ser algo desfasada no tempo não exclui, por si só, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º. Contudo, quanto maior for esse desfasamento, maiores devem ser os ganhos de eficiência, a fim de compensarem, igualmente, as perdas sofridas pelos consumidores no período que antecedeu a repercussão.
88. Nesta apreciação, deve ter-se em consideração que o valor de um determinado benefício para os consumidores no futuro não é o mesmo que o de um benefício idêntico no momento presente. O valor de poupar hoje 100 euros é maior do que o valor de poupar o mesmo montante um ano mais tarde. Os benefícios para os consumidores no futuro não compensam plenamente um prejuízo actual para os consumidores com o mesmo valor nominal. No sentido de permitir uma comparação adequada entre um prejuízo no momento presente e um benefício futuro para os consumidores, o valor dos benefícios futuros deve ser descontado. A taxa de desconto a aplicar deve reflectir a taxa de inflação, no caso de existir, e os juros que seriam auferidos a título de indicação do valor mais reduzido dos benefícios futuros.
89. Noutros casos, o acordo pode permitir às partes obter os ganhos de eficiência mais cedo do que seria possível na sua ausência. Nestas circunstâncias, é necessário ter em conta o provável impacto negativo nos consumidores do mercado relevante no final deste período de tempo. Se, em consequência do acordo restritivo, obtiverem uma posição forte no mercado, as partes podem ficar em condições de cobrar um preço significativamente mais elevado do que sem o acordo. Para que a segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º seja satisfeita, o benefício que resulta para os consumidores do facto de terem mais cedo acesso aos produtos deve igualmente ser significativo. Tal pode acontecer, por exemplo, quando um acordo permite que dois fabricantes de pneumáticos lancem no mercado três anos mais cedo um pneumático substancialmente mais seguro, mas ao mesmo tempo, ao aumentar a sua quota de mercado, lhes permite aumentar os preços de 5 %. Neste caso, é provável que o acesso antecipado a um produto substancialmente melhorado permita compensar o aumento do preço.
90. A segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º inclui uma escala móvel. Quanto mais grave for a restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, maiores devem ser os ganhos de eficiência e a repercussão nos consumidores. A abordagem da escala móvel implica que, se os efeitos restritivos de um acordo forem relativamente limitados e os seus ganhos de eficiência substanciais, é provável que uma parte equitativa das economias seja repercutidas nos consumidores. Nesses casos, não é, em princípio, necessário proceder a uma análise aprofundada da segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º, desde que as três outras condições para a aplicação desta disposição estejam satisfeitas.
91. Em contrapartida, se os efeitos restritivos do acordo forem substanciais e as economias dele resultantes relativamente insignificantes, é muito pouco provável que este satisfaça a segunda condição do n.º 3 do artigo 81.º. O impacto da restrição da concorrência depende da intensidade da restrição e do grau de concorrência que subsiste após a conclusão do acordo.

92. Se o acordo tiver, simultaneamente, efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-concorrenciais substanciais, é necessário proceder a uma análise aprofundada. Nestes casos, a avaliação do equilíbrio deve ter em conta que, a longo prazo, a concorrência constitui um importante vector de eficiência e inovação. As empresas que não estão sujeitas a pressões concorrenciais efectivas — como por exemplo as empresas dominantes — têm menos incentivos para manter ou reforçar a sua eficiência. Quanto mais substancial for o impacto do acordo na concorrência, maior é a probabilidade de os consumidores virem a ser prejudicados a longo prazo.
93. As duas secções seguintes descrevem mais pormenorizadamente o quadro analítico para a avaliação da repercussão dos ganhos de eficiência nos consumidores. A primeira secção aborda os ganhos de eficiência em termos de custos, enquanto a segunda incide noutros tipos de ganhos de eficiência, como por exemplo produtos novos ou melhorados (ganhos de eficiência de natureza qualitativa). O quadro desenvolvido nestas duas secções é especialmente importante nos casos em que não é imediatamente óbvio se os prejuízos para a concorrência excedem os benefícios para os consumidores ou vice-versa ⁽⁸⁴⁾.
94. Para efeitos da aplicação dos princípios apresentados *infra*, a Comissão tomará em consideração o facto de, em muitos casos, ser difícil calcular com rigor a taxa de repercussão nos consumidores, bem como outros tipos de repercussões nos consumidores. Exige-se apenas que as empresas fundamentem as suas alegações, fornecendo, para o efeito, estimativas e outros dados razoáveis, tomando em consideração as circunstâncias do caso individual.
- 3.4.2. *Repercussão e equilíbrio dos ganhos de eficiência em termos de custos*
95. Quando os mercados não são perfeitamente concorrenciais, o que é normalmente o caso, as empresas podem influenciar, em maior ou menor grau, os preços de mercado mediante a alteração da respectiva produção ⁽⁸⁵⁾. Podem igualmente estar em condições de discriminar os clientes através dos preços.
96. Em determinadas circunstâncias, os ganhos de eficiência em termos de custos podem resultar num aumento da produção e em preços mais baixos para os seus clientes. Se, graças a ganhos de eficiência em termos de custos, as empresas em causa puderem aumentar os lucros mediante o aumento da produção, podem verificar-se repercussões nos consumidores. Na avaliação da medida em que os ganhos de eficiência em termos de custos são susceptíveis de ser repercutidos nos consumidores e do resultado do critério do equilíbrio previsto no n.º 3 do artigo 81.º, devem ser tidos em conta os seguintes factores:
- a) As características e a estrutura do mercado;
 - b) A natureza e dimensão dos ganhos de eficiência;
 - c) A elasticidade da procura; e
 - d) A intensidade da restrição da concorrência.
- Em princípio, todos os factores devem ser considerados. Dado que o n.º 3 do artigo 81.º apenas é aplicável no caso de a concorrência no mercado ser sensivelmente restringida (ver ponto 24 *supra*), não é possível presumir que a concorrência residual assegurará que aos consumidores seja reservada uma parte equitativa dos benefícios.
97. O grau de concorrência remanescente no mercado e a natureza dessa concorrência influenciam a probabilidade de se verificarem repercussões. Quanto maior for o grau de concorrência residual, maior é a probabilidade de algumas empresas procurarem aumentar as respectivas vendas mediante a repercussão dos ganhos de eficiência em termos de custos. Se as empresas concorrerem essencialmente a nível dos preços e não estiverem sujeitas a limitações significativas em termos de capacidade, as repercussões podem fazer-se sentir bastante rapidamente. Se a concorrência existir sobretudo ao nível da capacidade e se as adaptações da capacidade forem efectuadas com um certo desfasamento temporal, as repercussões far-se-ão sentir mais lentamente. No caso de a estrutura do mercado ser favorável à colusão tácita ⁽⁸⁶⁾, as repercussões também deverão fazer-se sentir mais lentamente. Se for provável que os concorrentes respondam ao aumento da produção de uma ou várias partes no acordo, o incentivo para aumentar a produção pode ser atenuado, a menos que a vantagem concorrencial decorrente dos ganhos de eficiência seja de molde a incentivar as empresas em causa a afastar-se da política comum adoptada no mercado pelos membros do oligopólio. Por outras palavras, os ganhos de eficiência gerados pelo acordo podem transformar as empresas em causa em «elementos perturbadores» ⁽⁸⁷⁾.

98. A natureza dos ganhos de eficiência desempenha igualmente um papel importante. De acordo com a teoria económica, as empresas maximizam os lucros se venderem um número de unidades de produto até que a receita marginal seja equivalente ao custo marginal. A receita marginal é o acréscimo da receita total resultante da venda de uma unidade adicional de produto e o custo marginal é o acréscimo do custo total resultante da produção dessa unidade adicional de produto. Decorre deste princípio que, regra geral, as decisões em matéria de produção e de preços de uma empresa que pretenda maximizar os lucros não são determinadas pelos seus custos fixos (ou seja, os custos que não variam com o volume de produção), mas pelos seus custos variáveis (ou seja, os custos que variam com o volume de produção). Depois de determinados os custos fixos e fixada a capacidade, as decisões em matéria de preços e de produção são determinadas pelos custos variáveis e pelas condições da procura. Tomemos por exemplo a situação de duas empresas em que, cada uma, produz dois produtos em duas linhas de produção que funcionam apenas a metade da sua capacidade. Um acordo de especialização poderá permitir que as duas empresas se especializem na produção de um dos dois produtos e eliminem a segunda linha de produção relativa ao outro produto. Simultaneamente, a especialização poderá permitir que as empresas reduzam os custos variáveis de produção e de armazenagem. Apenas estas últimas economias terão um efeito directo sobre as decisões em matéria de preços e de produção das empresas, uma vez que irão influenciar os custos marginais de produção. A eliminação, por cada uma das empresas, de uma das suas linhas de produção, não reduzirá os seus custos variáveis e não terá um impacto sobre os seus custos de produção. Deste modo, as empresas podem ter um incentivo directo para repercutir nos consumidores, sob a forma de uma maior produção e de preços mais baixos, os ganhos de eficiência que reduzem os custos marginais, enquanto não têm este tipo de incentivo directo no que respeita aos ganhos de eficiência que reduzem os custos fixos. Por conseguinte, é mais provável que seja reservada aos consumidores uma proporção equitativa dos ganhos de eficiência com reflexos nos custos variáveis, do que no caso de esse impacto incidir nos custos fixos.
99. O facto de as empresas poderem ter incentivo para repercutir determinados tipos de ganhos de eficiência em termos de custos não implica que a taxa de repercussão seja necessariamente de 100 %. A taxa de repercussão efectiva depende da medida em que os consumidores respondem às alterações de preços, ou seja, da elasticidade da procura. Quanto maior for o aumento da procura resultante de uma redução dos preços, maior será a taxa de repercussão, uma vez que, quanto mais significativo for o aumento das vendas subsequente a uma redução de preços determinada por um aumento da produção, maior será a probabilidade de essas vendas compensarem a perda de receitas provocada pela redução de preços determinada pelo aumento da produção. Na ausência de discriminação em matéria de preços, a descida de preços afecta todas as unidades vendidas pela empresa e, nesse caso, a receita marginal é inferior ao preço obtido pelo produto marginal. Se as empresas em causa tiverem condições para cobrar preços diferentes a clientes diferentes, ou seja, para praticar discriminação em matéria de preços, as repercussões irão beneficiar, unicamente, os clientes sensíveis aos preços ⁽⁸⁸⁾.
100. Importa ter igualmente em conta o facto de, frequentemente, os ganhos de eficiência não afectarem a totalidade da estrutura de custos das empresas em causa. Neste caso, o impacto no preço ao consumidor é reduzido. Se, por exemplo, um acordo permitir que as partes reduzam os respectivos custos de produção em 6 %, mas se a proporção destes custos representar apenas um terço dos custos com base nos quais os preços são determinados, o impacto no preço do produto é de apenas 2 %, partindo do princípio de que a redução é integralmente repercutida.
101. Por último, mas não menos importante, é necessário equilibrar as duas forças opostas resultantes da restrição da concorrência e dos ganhos de eficiência em termos de custos. Por um lado, qualquer aumento do poder de mercado resultante do acordo restritivo proporciona às empresas em causa a capacidade e um incentivo para aumentarem os preços. Por outro lado, tipos de ganhos de eficiência em termos de custos que são tidos em conta podem proporcionar às empresas em causa um incentivo para reduzir os preços (ver ponto 98). Os efeitos destas duas forças opostas devem ser ponderados. Importa lembrar, neste contexto, que a condição relativa à repercussão nos consumidores integra uma escala móvel. Se o acordo reduzir substancialmente a concorrência que as partes têm de enfrentar, é, em princípio, necessário que os ganhos de eficiência em termos de custos sejam excepcionalmente importantes para que se verifique uma repercussão suficiente.
- 3.4.3. *Repercussão e equilíbrio de outros tipos de ganhos de eficiência*
102. A repercussão nos consumidores pode igualmente assumir a forma de ganhos de eficiência de natureza qualitativa como produtos novos e melhorados, que tenham, para os clientes, valor suficiente para compensar os efeitos anticoncorrenciais do acordo, incluindo um eventual aumento do preço.
103. A avaliação deste tipo de ganhos de eficiência requer necessariamente um julgamento de valor. É difícil atribuir valores precisos a ganhos de eficiência dinâmicos desta natureza. Todavia, o objectivo fundamental da avaliação permanece o mesmo, a saber, determinar o impacto global do acordo nos consumidores no âmbito do mercado relevante. As empresas que invocam a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º devem provar que daí advêm benefícios para os consumidores (ver a este propósito os pontos 57 e 86 *supra*).

104. A disponibilização de produtos novos e melhorados contribui de forma importante para o bem-estar dos consumidores. Enquanto o aumento do valor decorrente dos melhoramentos for superior a um eventual prejuízo causado por um aumento de preço resultante do acordo restritivo, os consumidores estão em melhor situação do que estariam sem o acordo, pelo que, em princípio, a condição relativa à repercussão nos consumidores do n.º 3 do artigo 81.º deve ser considerada satisfeita. Nos casos em que o efeito provável do acordo é aumentar os preços para os consumidores no âmbito do mercado relevante, deve avaliar-se cuidadosamente se os alegados ganhos de eficiência criam um valor real para os consumidores nesse mercado que permita compensar os efeitos negativos da restrição de concorrência.

3.5. Quarta condição do n.º 3 do artigo 81.º: não eliminação da concorrência

105. Nos termos da quarta condição prevista no n.º 3 do artigo 81.º, o acordo não deve dar às empresas envolvidas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Em última análise, é conferida à rivalidade e ao processo concorrencial prioridade sobre os ganhos de eficiência potencialmente pró-concorrenciais que poderão resultar de acordos restritivos. A última condição do n.º 3 do artigo 81.º reconhece o facto de a rivalidade entre empresas constituir um vector indispensável da eficiência económica, incluindo ganhos de eficiência dinâmicos sob a forma de inovação. Por outras palavras, o objectivo último do artigo 81.º consiste em proteger o processo concorrencial. Com a eliminação da concorrência, o processo concorrencial termina e os benefícios a curto prazo são superados pelos prejuízos a mais longo prazo decorrentes nomeadamente de despesas incorridas pelo operador estabelecido para manter a sua posição (procura de uma renda monopolista), má afectação de recursos, inovação reduzida e preços mais elevados.

106. O conceito de eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa enunciado no n.º 3 do artigo 81.º constitui um conceito autónomo de direito comunitário, específico do n.º 3 deste artigo⁽⁸⁹⁾. No entanto, na aplicação deste conceito é necessário ter em conta a articulação entre os artigos 81.º e 82.º. De acordo com jurisprudência consolidada, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º não pode impedir a aplicação do artigo 82.º do Tratado⁽⁹⁰⁾. Além disso, dado que os artigos 81.º e 82.º têm por objectivo a preservação da concorrência efectiva no mercado, requer-se por razões de coerência que o n.º 3 do artigo 81.º seja interpretado de modo a excluir da aplicação desta disposição os acordos restritivos que constituam um abuso de posição dominante⁽⁹¹⁾⁽⁹²⁾. Contudo, nem todos os acordos restritivos concluídos por empresas em posição dominante constituem um abuso de posição dominante. Tal é o caso, por exemplo, de uma empresa dominante que é parte numa empresa comum que não é uma empresa de pleno exercício⁽⁹³⁾, que é considerada restritiva da concorrência mas que implica simultaneamente uma integração substancial dos activos. Estes acordos podem, con-

soante as circunstâncias, ser considerados objectivamente justificados nos termos do artigo 82.º e, por conseguinte, não abusivos.

107. Se a concorrência está ou não a ser eliminada, na aceção da última condição do n.º 3 do artigo 81.º, depende do grau de concorrência prevalecente antes do acordo e do impacto do acordo restritivo na concorrência, ou seja, da redução da concorrência provocada pelo acordo. Quanto mais enfraquecida estiver a concorrência no mercado em causa, menor é a redução necessária para eliminar a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo 81.º. Além disso, quanto maior for a redução da concorrência provocada pelo acordo, maior é a probabilidade de a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa correr o risco de ser eliminada.

108. A aplicação da última condição do n.º 3 do artigo 81.º requer uma análise das diversas fontes de concorrência no mercado, do nível de pressão concorrencial que estas exercem sobre as partes no acordo e do impacto do acordo nessa pressão concorrencial. Devem ser tidas em conta ambas a concorrência efectiva e a concorrência potencial.

109. Embora as quotas de mercado sejam relevantes, a importância das restantes fontes de concorrência efectiva não pode ser avaliada exclusivamente com base na quota de mercado, sendo, em princípio, necessário proceder a uma análise qualitativa e quantitativa mais aprofundada. A capacidade concorrencial dos operadores efectivos e o seu incentivo para concorrer deve igualmente ser analisada. Se, por exemplo, os concorrentes tiverem limitações de capacidade ou custos de produção relativamente mais elevados, a sua resposta concorrencial será, necessariamente, limitada.

110. Na avaliação do impacto do acordo na concorrência, é igualmente importante examinar a sua influência nos diversos parâmetros da concorrência. A última condição da excepção prevista no n.º 3 do artigo 81.º não estará satisfeita se o acordo eliminar a concorrência sob uma das suas expressões mais importantes. Tal é o caso, nomeadamente, de um acordo que elimine a concorrência de preços⁽⁹⁴⁾ ou a concorrência em matéria de inovação e desenvolvimento de novos produtos.

111. A conduta das partes no mercado pode fornecer indicações acerca do impacto do acordo. Se, no seguimento da conclusão do acordo, as partes tiverem aplicado e mantido aumentos substanciais dos preços ou adoptado outras condutas que indiciem a existência de um grau considerável de poder de mercado, tal constitui uma indicação de que as partes não estão sujeitas a uma pressão concorrencial efectiva e de que a concorrência foi eliminada relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

112. A interacção concorrencial passada pode igualmente fornecer uma indicação acerca do impacto do acordo na interacção concorrencial futura. Uma empresa pode ficar em condições de eliminar a concorrência, na acepção do n.º 3 do artigo 81.º, se concluir um acordo com um concorrente que, no passado, se tenha revelado um «elemento perturbador»⁽⁹⁵⁾. Um acordo deste tipo pode alterar os incentivos concorrenciais e as capacidades do concorrente, eliminando, desta forma, uma fonte importante de concorrência no mercado.
113. Quando estão em causa produtos diferenciados, ou seja, produtos que são diferentes aos olhos dos consumidores, o impacto do acordo pode depender da relação de concorrência entre os produtos vendidos pelas partes no acordo. Quando as empresas oferecem produtos diferenciados, a pressão concorrencial que os produtos individuais exercem entre si difere em função do grau de substituíbilidade desses produtos. Assim, deverá considerar-se qual o grau de substituíbilidade entre os produtos oferecidos pelas partes, ou seja, qual a pressão concorrencial que exercem entre si. Quanto mais facilmente os produtos das partes no acordo forem substituíveis entre si, maior é a probabilidade de o acordo ter efeitos restritivos. Por outras palavras, quanto mais substituíveis forem os produtos, maior é a mudança provável imposta pelo acordo em termos de restrição da concorrência no mercado e maior a probabilidade de a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa correr o risco de ser eliminada.
114. Embora as fontes de concorrência efectiva sejam normalmente as mais importantes, na medida em que são mais facilmente verificáveis, as fontes de concorrência potencial devem igualmente ser tidas em conta. A avaliação da concorrência potencial requer uma análise das barreiras que se colocam à entrada no mercado relevante de empresas que nele ainda não competem. As alegações das partes de que as barreiras à entrada no mercado são reduzidas devem ser apoiadas por informações que identifiquem as fontes de concorrência potencial e as partes devem igualmente justificar por que razão estas fontes representam, para elas, uma pressão concorrencial efectiva.
115. Na avaliação das barreiras à entrada e da possibilidade efectiva da entrada de novos operadores numa escala significativa, é importante examinar nomeadamente os seguintes aspectos:
- i) O enquadramento regulamentar, a fim de determinar o seu impacto nos novos operadores.
 - ii) O custo de entrada, incluindo os custos de investimento cativos. Estes custos são aqueles que não podem ser recuperados se o novo operador se retirar, subsequentemente, do mercado. Quanto mais elevados forem estes custos, mais elevado é o risco comercial incorrido pelos novos operadores potenciais.
- iii) A escala de eficiência mínima do sector, ou seja, o volume de produção que permite minimizar os custos médios. Se a escala de eficiência mínima for importante comparativamente com a dimensão do mercado, a entrada eficaz de novos operadores será, provavelmente, mais onerosa e mais arriscada.
 - iv) Os trunfos concorrenciais dos potenciais novos operadores. A entrada efectiva será mais provável, sobretudo, se os novos operadores tiverem acesso a tecnologias pelo menos tão eficientes em termos de custos quanto a dos operadores presentes no mercado ou a outras vantagens concorrenciais que lhes permitam concorrer efectivamente. No caso de os novos operadores potenciais seguirem uma trajectória tecnológica igual ou inferior à dos operadores presentes no mercado e não possuírem qualquer outra vantagem concorrencial significativa, a sua entrada é mais arriscada e menos eficaz.
 - v) A posição dos compradores e a sua capacidade de introduzir no mercado novas fontes de concorrência. É irrelevante o facto de determinados compradores importantes conseguirem obter das partes no acordo condições mais favoráveis do que as impostas as seus concorrentes mais fracos⁽⁹⁶⁾. A presença de compradores fortes apenas pode contrariar uma constatação preliminar de eliminação da concorrência se existir a probabilidade de os compradores em causa criarem condições para a entrada efectiva de novos operadores no mercado.
 - vi) A reacção provável dos operadores presentes no mercado à tentativa de entrada de novos operadores. Os operadores presentes no mercado podem, por exemplo, ter adquirido, com a sua conduta passada, uma reputação de comportamento agressivo, que terá impacto na entrada de novos operadores.
 - vii) As perspectivas económicas do sector podem constituir um indicador da sua capacidade de atracção a mais longo prazo. Os sectores em estagnação ou em declínio são menos atractivos para novos operadores do que os sectores em expansão.
 - viii) Entradas anteriores significativas ou o facto de não terem entrado no mercado novos operadores.
116. Os princípios acima enunciados podem ser ilustrados pelos exemplos hipotéticos apresentados a seguir, que não se destinam a fixar quaisquer limiares:

A empresa A é uma cervejeira, com uma quota de 70 % do mercado relevante, que inclui a venda de cerveja em cafés e outras estabelecimentos. Durante os últimos 5 anos, A aumentou a sua quota de mercado de 60 %. Existem quatro outros concorrentes no mercado, B, C, D e E com quotas de mercado, respectivamente, de 10 %, 10 %, 5 % e 5 %. Não se registou qualquer nova entrada no mercado no passado recente e os aumentos de preços introduzidos por A foram geralmente seguidos pelos concorrentes. A conclui acordos com 20 % dos estabelecimentos que representam 40 % dos volumes de vendas, através dos quais as partes contratantes se comprometem a adquirir cerveja unicamente a A por um período de 5 anos. Os acordos aumentam os custos e reduzem as receitas das empresas concorrentes, que se vêem excluídas dos estabelecimentos mais atractivos. Tendo em conta a posição de mercado de A, reforçada nos últimos anos, a ausência de novas entradas no mercado e a posição já enfraquecida dos concorrentes, é provável que a concorrência no mercado seja eliminada na aceção do n.º 3 do artigo 81.º

As companhias de navegação A, B, C e D, que detêm colectivamente mais de 70 % do mercado relevante, concluem um acordo através do qual procedem à coordenação dos horários e das tarifas. Na sequência da execução do acordo, os preços sofrem um aumento entre 30 % e 100 %. Existem quatro outros prestadores, dos quais o maior detém uma quota de 14 % do mercado relevante. Não se registaram entradas no mercado nos últimos anos e as partes no acordo não perderam quotas de mercado significativas na sequência dos aumentos de preços. Os concorrentes existentes não introduziram no mercado

novas capacidades significativas e não ocorreram novas entradas no mercado. Tendo em conta a posição de mercado das partes e a ausência de reacção concorrencial ao seu comportamento conjunto, pode concluir-se razoavelmente que as partes no acordo não estão sujeitas a pressões concorrenciais reais e que o acordo lhes confere a possibilidade de eliminarem a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo 81.º

A é um produtor de aparelhos eléctricos para utilização profissional com uma quota de 65 % do mercado relevante nacional. B é um fabricante concorrente com uma quota de mercado de 5 % que desenvolveu um novo tipo de motor mais potente e que consome menos energia eléctrica. A e B concluem um acordo através do qual estabelecem uma empresa comum para a produção do novo motor. B compromete-se a conceder uma licença exclusiva à empresa comum. A empresa comum combina a nova tecnologia de B com o eficiente processo de produção e de controlo de qualidade de A. Existe um outro importante concorrente com uma quota de mercado de 15 %. Outro concorrente, com uma quota de mercado de 5 %, foi recentemente adquirido por C, um importante fabricante internacional de aparelhos eléctricos concorrentes, que possui tecnologias eficientes. C até agora não estava presente no mercado essencialmente devido ao facto de os clientes exigirem uma presença e assistência técnica local. Através desta aquisição, C obtém o acesso à organização de assistência técnica necessária para penetrar no mercado. A entrada de C no mercado é susceptível de assegurar que a concorrência não será eliminada.

(1) No texto a seguir o termo «acordo» inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas.

(2) JO L 1 de 4.1.2003, p. 1.

(3) Os regulamentos de isenção por categoria existentes e as comunicações da Comissão estão disponíveis no sítio Web da DG Concorrência: <http://www.europa.eu.int/comm/dgs/competition>

(4) Ver ponto 36.

(5) Ver a Comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais (JO C 291 de 13.10.2000, p. 1), a Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO C 3 de 6.1.2001, p. 2) e a Comunicação da Comissão sobre as orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado aos acordos de transferência de tecnologia, ainda não publicada.

(6) O conceito de efeitos no comércio entre os Estados-Membros é objecto de orientações específicas.

(7) No resto do documento, o termo «restrição» inclui o impedimento e a distorção da concorrência.

(8) Nos termos do n.º 2 do artigo 81.º, tais acordos são automaticamente nulos.

(9) O n.º 1 do artigo 81.º proíbe os efeitos anticoncorrenciais tanto reais como potenciais; ver, por exemplo, processo C-7/95 P, John Deere, Col. 1998, p. I-3111, ponto 77.

(10) Ver processo T-65/98, Van den Bergh Foods, Col. 2003, p. II-... , ponto 107 e processo T-112/99, Métropole télévision (M6) e outros, Col. 2001, p. II-2459, ponto 74 em que o Tribunal de Primeira Instância referiu que é apenas no âmbito preciso desta disposição que uma ponderação dos aspectos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição pode ter lugar.

(11) Ver nota.

(12) Ver, por exemplo, processo C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Col. 1999, p. I-4125, ponto 116, e processos apensos 40/73 a 48/73 e outros, Suiker Unie, Col. 1975, p. 1663, ponto 173.

(13) Ver, a este respeito, o ponto 108 do acórdão proferido no processo Anic Partecipazioni, referido na nota anterior, e o processo C-277/87, Sandoz Prodotti, Col. 1990, p. I-45.

- (14) Ver a este respeito, por exemplo, o processo 14/68, Walt Wilhem, Col. 1969, p. 1. e mais recentemente o processo T-203/01, Michelin (II), Col. 2003, p. II-... , ponto 112.
- (15) Ver processos apensos T-25/95 e outros, Cimenteries CBR, Col. 2000, p. II-491, pontos 1849 e 1852; processos apensos T-202/98 e outros, British Sugar, Col. 2001, p. II-2035, pontos 58 a 60.
- (16) Ver, sobre este aspecto, processo C-453/99, Courage/Crehan, Col. 2001, p. I-6297 e ponto 3444 do acórdão Cimenteries CBR, referido na nota anterior.
- (17) Ver, sobre este aspecto, processos apensos C-2/01 P e C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, Col. 2004, p. I-, ponto 102.
- (18) Ver, por exemplo, processos apensos 25/84 e 26/84, Ford, Col. 1985, p. 2725.
- (19) Ver, a este respeito, o ponto 141 do acórdão Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, referido na nota 17.
- (20) Ver processo 56/65, Société Technique Minière, Col. 1966, p. 337, e o ponto 76 do acórdão John Deere, citado na nota 9.
- (21) Ver a este respeito, por exemplo, os processos apensos 56/64 e 58/66, Consten e Grundig, Col. 1966, p. 429.
- (22) Ver a este respeito, por exemplo, a Decisão da Comissão nos processos Elopak/Metal Box — Odin (JO L 209 de 8.8.1990, p. 15) e TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6).
- (23) Ver, a este respeito, o acórdão Société Technique Minière, referido na nota, e o processo 258/78, Nungesser, Col. 1982, p. 2015.
- (24) Ver a regra 10 no ponto 119 das Orientações relativas às restrições verticais referidas na nota 5, nos termos da qual se considera nomeadamente que as restrições de vendas passivas — uma restrição grave — não são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º por um período de 2 anos quando a restrição está associada à abertura de novos mercados do produto ou geográficos.
- (25) Ver, por exemplo, o ponto 99 do acórdão Anic Partecipazioni, referido na nota.
- (26) Ver ponto 46.
- (27) Ver processos apensos 29/83 e 30/83, CRAM e Rheinzink, Col. 1984, p. 1679, ponto 26, e processos apensos 96/82 e outros, ANSEAU-NAVEWA, Col. 1983, p. 3369, pontos 23-25.
- (28) Ver as Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal, referidas na nota 5, ponto 25, e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 2658/2000 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de especialização (JO L 304 de 5.12.2000, p. 3).
- (29) Ver artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336 de 29.12.1999, p. 21), e Orientações relativas às restrições verticais, referidas na nota 5, pontos 46 e seguintes. Ver ainda processo 279/87, Tipp-Ex, Col. 1990, p. I-261 e processo T-62/98, Volkswagen/Comissão, Col. 2000, p. II-2707, ponto 178.
- (30) Ver ponto 77 do acórdão John Deere, citado na nota 9.
- (31) Não basta que o acordo restrinja a liberdade de acção de uma ou mais partes; ver pontos 76 e 77 do acórdão Métropole télévision (M6), referido na nota 10. Tal está em conformidade com o facto de o objecto do artigo 81.º consistir em proteger a concorrência no mercado em benefício dos consumidores.
- (32) Ver, por exemplo, processo 5/69, Völk, Col. 1969, p. 295, ponto 7. A Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO C 368 de 22.12.2001, p. 13) fornece orientações sobre a questão do carácter sensível. A comunicação define este carácter sensível pela negativa. Os acordos que não se inscrevem no âmbito da comunicação *de minimis* não têm necessariamente efeitos restritivos sensíveis, sendo necessária uma avaliação individual.
- (33) Ver, a este respeito, processos apensos T-374/94 e outros, European Night Services, Col. 1998, p. II-3141.
- (34) Ver nota 32.
- (35) Ver, a este propósito, a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 1).
- (36) Ver a referência do JO na nota 5.
- (37) Ver ponto 104 do acórdão Métropole télévision (M6) e outros, referido na nota 10.
- (38) Ver, por exemplo, processo C-399/93, Luttikhuis, Col. 1995, p. I-4515, pontos 12 a 14.
- (39) Ver, a este respeito, os pontos 118 e seguintes do acórdão Métropole télévision, referido na nota 10.
- (40) Ver ponto 107 do acórdão Métropole télévision, referido na nota 10.
- (41) Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo Elopak/Metal Box — Odin, citado na nota 22.
- (42) Ver processo 161/84, Pronuptia, Col. 1986, p. 353.
- (43) Ver nota 22. A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão Métropole télévision, citado na nota 10.
- (44) As economias de custos e outros ganhos para as partes resultantes do mero exercício do poder de mercado não dão origem a benefícios objectivos, não podendo ser tidos em conta; ver ponto 49.

- (45) Ver acórdão Consten e Grundig, citado na nota 21.
- (46) O facto de um acordo beneficiar de uma isenção por categoria não é, por si só, indicativo de que o acordo individual é abrangido pelo n.º 1 do artigo 81.º
- (47) Ver, por exemplo, processo C-234/89, Delimitis, Col. 1991, p. I-935, ponto 46.
- (48) O n.º 4 do artigo 36.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 revogou, nomeadamente, o artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1017/68 relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável. No entanto, a prática adoptada pela Comissão nos termos do Regulamento (CEE) n.º 1017/68 continua a ser pertinente para efeitos da aplicação do n.º 3 do artigo 81.º nestes sectores de transportes.
- (49) Ver ponto 42.
- (50) Ver o acórdão Société Technique Mini re, referido na nota 20.
- (51) Ver, a este respeito, o processo 319/82, Kerpen & Kerpen, Col. 1983, p. 4173, pontos 11 e 12.
- (52) Ver, por exemplo, T-185/00 e outros, Métropole télévision SA (M6), Col. 2002, p. II-3805, ponto 86, processo T-17/93, Matra, Col. 1994, p. II-595, ponto 85 e processos apensos 43/82 e 63/82, VBVB e VBBB, Col. 1984, p. 19, ponto 61.
- (53) Ver processo T-213/00, CMA CGM e outros, Col. 2003, p. II-..., ponto 226.
- (54) Ver, a este propósito, implicitamente, o ponto 139 do acórdão Matra, referido na nota 52, e o processo 26/76, Metro (I), Col. 1977, p. 1875, ponto 43.
- (55) No que se refere ao conceito de consumidores, ver ponto 84 em que se declara que os consumidores são os clientes das partes e adquirentes subsequentes. As partes em si mesmas não são «consumidores» para efeitos da aplica o do n.º 3 do artigo 81.º
- (56) A avalia o   específica a cada mercado; ver, a este propósito, o processo T-131/99, Shaw, Col. 2002, p. II-2023, ponto 163, em que o Tribunal de Primeira Instância decidiu que a avalia o nos termos do n.º 3 do artigo 81.º tinha de ser efectuada utilizando o mesmo quadro analítico que o utilizado para avaliar os efeitos restritivos, e o processo C-360/92 P, Publishers Association, Col. 1995, p. I-23, ponto 29 em que, num caso em que o mercado relevante era mais amplo que o mercado nacional, o Tribunal de Justiça decidiu que, para efeitos de aplica o do n.º 3 do artigo 81.º, não era correcto considerar apenas os efeitos no território nacional.
- (57) No processo T-86/95, Compagnie Générale Maritime e outros, Col. 2002, p. II-1011, pontos 343 a 345, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que o n.º 3 do artigo 81.º não exige que os benefícios estejam ligados a um mercado específico e que em casos adequados devem ser tidos em conta os benefícios «para qualquer outro mercado no qual o acordo em causa possa ter efeitos benéficos, e mesmo, numa perspectiva mais geral, para qualquer serviço cuja qualidade ou eficiência possa ser melhorada através da existência desse acordo». Importante, contudo, é o facto de no referido caso o grupo de consumidores afectados ser o mesmo. O processo dizia respeito a serviços de transporte intermodal que abrangiam nomeadamente uma série de serviços de transporte terrestre e marítimo prestados a empresas de navega o em toda a Comunidade. As restri es prendiam-se com os serviços de transporte terrestre, que se considerou constituírem um mercado distinto, embora, alegadamente, os benefícios incidissem nos serviços de transporte marítimo. Ambos os serviços eram requeridos por carregadores necessitando de serviços de transporte intermodal entre o Norte da Europa e o Sueste e Este Asiático. O julgamento CMA CGM referido na nota 53 *supra*, também dizia respeito a uma situa o em que o acordo, se bem que abrangesse serviços distintos, afectava o mesmo grupo de consumidores, nomeadamente carregadores de carga contentorizada entre o norte da Europa e o Extremo Oriente. Nos termos do acordo as partes fixavam taxas e sobretaxas respeitantes a serviços de transporte terrestre, serviços portuários e serviços de transporte marítimo. O Tribunal de Primeira Instância decidiu (pontos 226 a 228) que atendendo às circunstâncias do caso não havia necessidade de definir os mercados relevantes para efeitos de aplica o do n.º 3 do artigo 81.º. O acordo era restritivo da concorrência pelo seu objectivo próprio e não acarretava benefícios para os consumidores.
- (58) Ver pontos 126 e 132 das Orienta es relativas aos acordos de coopera o horizontal, referidas na nota 5.
- (59) Ver o acórdão Ford, referido na nota 18.
- (60) A este propósito, ver, por exemplo, a Decisão da Comissão no processo TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6). Do mesmo modo, a proibi o prevista no n.º 1 do artigo 81.º apenas   aplicável a acordos enquanto tiverem por objectivo ou efeito uma restri o da concorrência.
- (61) Ver ponto 85 do acórdão Matra, referido na nota 52.
- (62) Sobre este requisito, ver ponto 49.
- (63) Ver, por exemplo, processo T-29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO), Col. 1995, p. II-289.
- (64) Ver, por exemplo, processo 258/78, Nungesser, Col. 1982, p. 2015, ponto 77, relativo   protec o territorial absoluta.
- (65) A este propósito, ver, por exemplo, o acórdão SPO, referido na nota 64.
- (66) As medidas nacionais devem, nomeadamente, respeitar as regras do Tratado em matéria de livre circula o de mercadorias, serviços, pessoas e capitais.
- (67) Ver, por exemplo, o acórdão Consten e Grundig, referido na nota 22.
- (68) Ver, a este propósito, a decisão da Comissão no processo Van den Bergh Foods (JO L 246 de 4.9.1998, p. 1).
- (69) Ver a este respeito a Decisão da Comissão no processo Glaxo Wellcome (JO L 302 de 17.11.2001, p. 1).
- (70) Ver, por exemplo, decisões da Comissão nos processos GEAE/P&W (JO L 58 de 3.3.2000, p. 16); British Interactive Broadcasting/Open (JO L 312 de 6.12.1999, p. 1); e Asahi/Saint Gobain (JO L 354 de 31.12.1994, p. 87).
- (71) Ver, por exemplo, decisões da Comissão nos processos Atlas (JO L 239 de 19.9.1996, p. 23) e Phoenix/Global One (JO L 239 de 19.9.1996, p. 57).
- (72) Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo Uniform Eurocheques (JO L 35 de 7.2.1985, p. 43).
- (73) Ver, por exemplo, a decisão da Comissão no processo C g tel + 4 (JO L 218 de 18.8.1999, p. 26).

- (74) Quanto à primeira questão, que poderá ser relevante no contexto do n.º 1 do artigo 81.º, ver ponto 18.
- (75) Regra geral, as economias de escala esgotam-se num determinado ponto. A partir daí, os custos médios estabilizam e acabam por aumentar, devido, por exemplo, a restrições de capacidade e a estrangulamentos.
- (76) Ver, a este propósito, os pontos 392 a 395 do acórdão *Compagnie Générale Maritime*, referido na nota 57.
- (77) Para mais pormenores, ver ponto 116 das Orientações relativas às restrições verticais, referidas na nota 5.
- (78) Ver processos apensos T-374/94 e outros, *European Night Services*, Col. 1998, p. II-3141, ponto 230.
- (79) Ver Regulamento n.º 2790/1999 da Comissão relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336 de 29.12.1999, p. 21).
- (80) Ver, a este propósito, o acórdão *Consten e Grundig*, referido na nota 21, em que o Tribunal de Justiça defendeu que as melhorias na aceção da primeira condição do n.º 3 do artigo 81.º devem revelar vantagens objectivas apreciáveis de forma a compensarem as desvantagens que provocam no domínio da concorrência.
- (81) Recordar-se que os efeitos positivos e negativos para o consumidor são em princípio ponderados dentro de cada mercado relevante (ver ponto 43 *supra*).
- (82) Ver, a este propósito, o ponto 48 do acórdão *Metro (I)*, referido na nota 54.
- (83) Ver ponto 163 do acórdão *Shaw*, referido na nota 57.
- (84) Nas secções seguintes, por razões de ordem prática os prejuízos para a concorrência são referidos em termos de preços mais elevados; os prejuízos para a concorrência podem também significar uma qualidade inferior, menor variedade ou menor inovação do que aquela que se teria verificado de outro modo.
- (85) Em mercados de concorrência perfeita, as empresas individuais aceitam os preços, isto é, vendem os seus produtos ao preço do mercado, que é determinado pela oferta e pela procura globais. A produção de uma empresa individual é tão pequena que uma eventual alteração da produção de uma só empresa não afecta o preço de mercado.
- (86) As empresas realizam uma colusão tácita quando, num mercado oligopolístico, podem coordenar a sua actividade no mercado sem recorrerem a um acordo de cartel formal.
- (87) Expressão aplicada às empresas que condicionam o comportamento de outras empresas no mercado em matéria de preços, que de outro modo poderiam ter-se colidido tacitamente.
- (88) O acordo restritivo pode até permitir às empresas em causa cobrar um preço mais elevado a clientes com uma elasticidade da procura reduzida.
- (89) Ver processos apensos T-191/98, T-212/98 e T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Col. 2003, p. II-... , ponto 939, e processo T-395/94, *Atlantic Container Line*, Col. 2002, p. II-875, ponto 330.
- (90) Ver processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Col. 2000, p. I-1365, ponto 130. De modo semelhante, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º não impede a aplicação das regras do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais. Estas disposições são aplicáveis, em determinadas circunstâncias, aos acordos, decisões e práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 81.º; ver, para o efeito, o processo C-309/99, *Wouters*, Col. 2002, p. I-1577, ponto 120.
- (91) Ver, a este propósito, processo T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Col. 1990, p. II-309, e processos apensos T-191/98, T-212/98 e T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Col. 2003, p. II-... , ponto 1456.
- (92) É desta forma que se deve interpretar o ponto 135 das Orientações relativas às restrições verticais e os pontos 36, 71, 105, 134 e 155 das Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal, referidas na nota 5, quando afirmam que, em princípio, os acordos restritivos concluídos por empresas em posição dominante não podem ser isentos.
- (93) As empresas comuns de pleno exercício, ou seja, as empresas comuns que desempenham de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma, são abrangidas pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 257 de 21.9.1990, p. 13).
- (94) Ver ponto 21 do acórdão *Metro (I)*, referido na nota 54.
- (95) Ver ponto 97.
- (96) Ver, a este propósito, o processo T-228/97, *Irish Sugar*, Col. 1999, p. II-2969, ponto 101.
-