

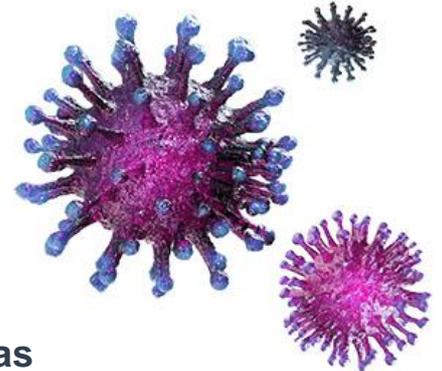


ALBUQUERQUE & ALMEIDA  
ADVOGADOS

8 de Abril de 2020



**COVID-19**  
**CONCORRÊNCIA**  
**Regras excepcionais sobre**  
**acordos de cooperação entre empresas**  
**durante a crise COVID-19**



**Comunicação da Comissão**

**relativa ao quadro legal temporário para avaliar questões de concorrência relacionadas com a cooperação comercial em resposta a situações de urgência decorrentes do surto de COVID-19**

**de 8 de Abril de 2020**

Para enfrentar a crise inédita e mundial ocasionada pelo surto de COVID-19, pelo impacto que representa na economia da EU e possíveis decorrências jusconcorrenciais, a Comissão Europeia apresentou, em 8 de Abril de 2020, uma Comunicação relativa ao quadro legal temporário para avaliar questões de concorrência relacionadas com a cooperação comercial em resposta a situações de urgência, especialmente relacionadas com a escassez de medicamentos nos hospitais durante o surto de COVID-19, (C(2020) 3200 final).

Esta posição da Comissão surge também na senda da Declaração conjunta feita pela Rede Europeia da Concorrência (ECN) sobre a aplicação das regras de concorrência durante a crise COVID-19, datada de 23 de Março de 2020.

Assim, dentro do quadro atual de exceção em que se vive, a Comissão incentiva a cooperação pró-concorrencial entre empresas destinada a enfrentar os desafios da crise COVID-19 relacionados com a premência de resposta a situações urgentes, assumindo o compromisso de fornecer orientações sobre concorrência e apoio às empresas no sentido de facilitar a implementação adequada e rápida da cooperação necessária para superar a crise em benefício final dos cidadãos.

## Produção de efeitos

Desde 8 de Abril de 2020 até nova indicação da Comissão Europeia.

## Fundamento

- 1 - Garantir que haja oferta suficiente nos hospitais de medicamentos usados no tratamento de pacientes com coronavírus.
- 2 - A crise COVID-19 afeta assimetricamente toda a economia:
  - Choque geral no fornecimento, resultante da interrupção das cadeias de abastecimento;
  - Choque da procura assimétrico, causado por um declínio abrupto do consumo de certos produtos/serviços ou um aumento acentuado na procura de outros produtos/serviços, especialmente aqueles relacionados com o setor da saúde (incluindo, por exemplo, empresas farmacêuticas, fabricantes de equipamentos médicos e seus distribuidores);
  - Incerteza atual sobre a duração e a intensidade do choque, dependente de decisões das autoridades públicas motivadas, entre outros, por considerações de saúde pública.
- 3 - As empresas podem desempenhar um papel crucial na superação dos efeitos da crise COVID-19, nomeadamente através da necessidade de diferentes formas de cooperação entre si, a fim de superar ou atenuar os efeitos da crise para o benefício final dos cidadãos.

## Objeto

Explicitar formas de cooperação entre empresas compatíveis com o direito da concorrência da UE, a fim de garantir o fornecimento e a distribuição adequada de produtos e serviços essenciais escassos durante o surto de COVID-19, definindo:

- Os principais critérios que a Comissão seguirá na avaliação desses possíveis projetos de cooperação destinados a suprir a escassez de produtos/serviços essenciais durante o surto de COVID-19 e na definição de suas prioridades de aplicação durante esta crise; e
- Estabelecimento de um processo temporário e excecional para fornecer, quando apropriado, uma carta de conforto por escrito, e *ad hoc*, às empresas, relativamente a projetos de cooperação adequadamente definidos e adaptados ao contexto de crise, com vista a uma resposta mais eficiente à escassez de produtos/serviços essenciais durante o surto de COVID-19. Esta medida irá proporcionar às empresas orientações específicas que facilitem a sua auto-avaliação acerca da compatibilidade das iniciativas de cooperação com o normativo de concorrência da UE, nomeadamente no setor da saúde.

O objetivo consiste, assim, em acorrer à escassez desses produtos e serviços essenciais (principalmente medicamentos e equipamento médico utilizados para testar e tratar pacientes com COVID-19 ou necessários para mitigar e possivelmente superar o surto). Esta escassez resulta de um cenário caracterizado pelo rápido e exponencial crescimento da procura, por um lado, e do aumento do armazenamento preventivo de *stocks* em toda a cadeia de distribuição, o fecho de fábricas devido à obrigatoriedade de quarentena ou confinamento, questões logísticas causadas pelo fecho de fronteiras, proibições de exportação e bloqueios a países terceiros que abastecem a UE, por outro lado.

Desta forma, a cooperação poderá ocorrer:

- entre empresas ativas no setor relevante para superar essa escassez; bem como
- entre empresas ativas noutros setores designadamente, para reconversão de parte das suas linhas de produção para produção de produtos escassos.

Dependendo da evolução da crise, a Comissão pode alterar ou complementar esta Comunicação, a fim de abranger outras formas de cooperação.

### **Vantagens da cooperação pro-concorrencial**

Decorrente de vários pedidos de empresas e associações comerciais que solicitaram à Comissão orientações sobre iniciativas de cooperação, especialmente no setor da saúde e tendo em vista o risco de escassez de medicamentos hospitalares essenciais usados no tratamento de pacientes com COVID-19, a Comissão reconhece que a adoção de diferentes medidas de cooperação podem contribuir para colmatar o desequilíbrio entre a oferta e a procura.

Desde que submetida ao cumprimento de um conjunto de condições, a cooperação entre empresas pode ter como efeitos:

- Aumento célere e muito significativo da produção de bens necessários, mas que estão atualmente em falta:
  - as empresas podem precisar de modificar as suas linhas de produção de medicamentos não essenciais/sem escassez (ou outros produtos) por medicamentos (ou outros produtos) necessários para combater o COVID-19;
  - se, numa determinada fábrica, apenas um medicamento for produzido, em vez de alternar a produção entre diferentes produtos, o que exige uma limpeza demorada das máquinas, etc., equilibrando as economias de escala com a necessidade de evitar a dependência excessiva de um fabricante específico;
  - a cooperação no setor da saúde poderá exigir uma resposta centrada no aumento e otimização da produção para que as empresas não se concentrem todas na produção de um ou de alguns medicamentos, e outros medicamentos permanecerem em subprodução, através de uma reorganização da produção que permita aos produtores satisfazerem a procura em medicamentos necessários urgentemente nos Estados-Membros;
- Redução na produção de outros produtos;
- Realocação de *stocks*, o que exigiria que as empresas acordassem na troca de informações sobre vendas e *stocks*.

Todavia, estas iniciativas de resposta a situações de emergência relacionadas com a crise COVID-19 podem exigir diferentes graus de cooperação, com uma escala variável de possíveis preocupações jusconcorrenciais.

### **Critérios principais para a avaliação jusconcorrencial da cooperação empresarial durante a crise COVID-19**

Baseando-se em experiências recentes, a Comissão entende que a cooperação no setor de saúde pode, por exemplo, limitar-se a confiar uma associação comercial (ou um consultor independente ou prestador de serviços independente ou órgão público), com as seguintes funções:

- Coordenação do transporte conjunto de materiais;
- Contribuir para identificar os medicamentos essenciais para os quais, face à produção prevista, há riscos de escassez;
- Informação agregada de informações sobre produção e capacidade, sem troca de informação específica e individualizada sobre cada uma das empresas (informação comercialmente sensível);

- Trabalhar num modelo para prever a procura ao nível dos Estados-Membros e identificar lacunas de oferta;
- Partilhar informações agregadas sobre falhas de fornecimento e solicitar às empresas participantes, individualmente e sem partilha dessas informações com os concorrentes, que respondam à falha de oferta para corresponder à procura (através dos *stocks* existentes ou do aumento da produção).

As iniciativas acima elencadas não suscitam preocupações jusconcorrenciais, desde que sujeitas a salvaguardas suficientes, conforme indicado nas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01).

Algumas das preocupações jusconcorrenciais podem decorrer de medidas para:

- adaptar a produção,
- gestão de stocks e, potencialmente,
- implicar a troca de informações comercialmente sensíveis e
- coordenação sobre qual a fábrica que irá produzir quais medicamentos, de forma a que nem todas as empresas se concentrem em um ou alguns medicamentos, enquanto outras permanecem em subprodução.

Tais intercâmbios de informação e coordenação entre empresas, se ocorressem num ambiente de normalidade económica suscitariam problemas ao abrigo das regras da concorrência da UE.

No entanto, no contexto das atuais circunstâncias excecionais, essas medidas não seriam problemáticas nos termos do direito da concorrência da UE desde que se submetam às seguintes condições:

- 1) Critério de necessidade e objetividade: as medidas devem ser objetivamente necessárias para levar a um aumento da produção da forma mais eficiente para responder ou evitar a escassez de oferta de produtos/serviços essenciais, como aqueles usados para tratar pacientes com COVID-19;
- 2) Critério de transitoriedade: medidas de natureza temporária, aplicável apenas enquanto houver risco de escassez ou, de qualquer forma, apenas durante surto de COVID-19); e
- 3) Critério de proporcionalidade: não exceder o estritamente necessário para alcançar o objetivo de diminuir ou evitar a escassez de oferta.

Além destes critérios essenciais para compatibilidade das iniciativas de cooperação entre empresas com as regras da concorrência da UE, a Comissão acrescenta outros:

- 4) As empresas devem documentar todos os intercâmbios de informação bem como os acordos entre si e torná-los disponíveis a pedido da Comissão;
- 5) Incentiva a que a cooperação seja coordenada por uma autoridade pública (ou realizada dentro de um quadro estabelecido por esta última);
- 6) Permissão de cooperações resultantes de uma requisição imperativa por parte das autoridades públicas às empresas para cooperarem temporariamente em resposta a situações de urgência relacionadas o surto de COVID19 (por exemplo, para organizarem a produção e a distribuição para resolver uma necessidade urgente de manter o funcionamento do sistema de saúde para pacientes com COVID-19).

## **Outras Orientações da Comissão que podem auxiliar as empresas a avaliar a compatibilidade dos seus acordos comerciais com o direito da concorrência da UE**

- Comunicação da Comissão, Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (Jornal Oficial nº C 101 de 27/04/2004 p. 0097 – 0118);
- Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01);
- Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01);
- Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento;
- Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos de especialização;
- Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão, de 21 de março de 2014, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos de transferência de tecnologia;
- Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

## **Procedimento excecional de orientação *ad hoc* para projetos de cooperação durante o surto COVID-19**

Desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas no TFUE, que as empresas deixaram de poder notificar os seus acordos à Comissão, a fim de obterem uma isenção individual à aplicação da proibição de acordos entre empresas, prevista no artigo 101.º do Tratado. Desde essa data que cada empresa é responsável pela avaliação da legalidade dos seus acordos.

Durante o atual contexto de pandemia, a Comissão tem vindo a prestar, na maioria das situações, orientações orais às empresas o que se tem manifestado suficiente. No entanto, temporária e excecionalmente, a Comissão também irá orientar – por escrito - as empresas e associações comerciais acerca de iniciativas de cooperação com dimensão europeia que precisem de ser rapidamente implementadas para combater eficazmente o surto de COVID-19, especialmente quando há incerteza quanto à compatibilidade dessas iniciativas com o direito da concorrência da UE.

Assim, com o desígnio de aumentar o grau de segurança jurídica a DG Concorrência irá, excecionalmente e a seu critério, fornecer orientação através de uma carta de “conforto” *ad hoc* às empresas que o solicitem.

A “*Medicines for Europe*”, uma associação europeia de medicamentos genéricos, no mesmo dia em que a Comunicação é emitida, foi a primeira a receber uma carta de conforto relativamente a um projeto específico de cooperação voluntária entre produtores farmacêuticos (membros e não membros da associação) para enfrentar o risco de escassez de medicamentos hospitalares essenciais para o tratamento de pacientes com coronavírus. Como estas empresas farmacêuticas de genéricos produzem a maior parte dos medicamentos hospitalares que agora são urgentemente necessários em grandes volumes para evitar escassez, a Comissão entendeu que o acordo, provisório, era justificável do ponto de vista jusconcorrencial, face às atuais circunstâncias.

## Vigilância quanto a condutas ilegais

A Comissão, durante a crise COVID-19, irá continuar vigilante da conduta das empresas nos vários mercados relevantes com vista a que tanto empresas como consumidores recebam proteção ao abrigo das regras da concorrência, para detetar casos de agentes económicos que retirem proveito da situação atual para violar o normativo da concorrência da UE, através de acordos anticoncorrenciais ou por abuso da sua posição dominante.

## Forma de contacto com a Comissão

<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>

[COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu](mailto:COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu)

## **Comunicação da Comissão sobre *Orientações sobre a oferta ótima e racional de medicamentos para evitar escassez durante o surto de COVID-19, de 8 de Abril de 2020***

No mesmo dia em que a Comissão emite as Orientações sobre a cooperação entre empresas durante a crise COVID-19, também foi emitida a *Comunicação da Comissão sobre Orientações sobre a oferta ótima e racional de medicamentos para evitar a escassez durante o surto de COVID-19*.

Perante a apresentação à Comissão, por parte de muitos Estados-Membros, da sua situação atual de escassez de medicamentos utilizados no tratamento de pacientes com COVID-19 ou que esperam que essa escassez ocorra brevemente, a Comissão decidiu emitir estas Orientações, dirigidas aos Estados-Membros.

Visa-se proteger a saúde pública e preservar a integridade do mercado único, assegurando, concomitantemente, que a UE disponha de medicamentos a preços acessíveis necessários durante o surto de COVID-19.

Estas Orientações focam-se no fornecimento, alocação e uso racional de medicamentos para tratar os pacientes com COVID-19, abrangendo qualquer medicamento em risco de escassez devido à pandemia, não obstante a confiança na atuação responsável e solidária da indústria farmacêutica da UE.

**Sónia Gemas Donário**

**Associada Coordenadora / Managing Associate**

Responsável pelo Departamento de Concorrência e UE

Head of the Department of Competition and EU

[sgd@aalegal.pt](mailto:sgd@aalegal.pt)

T. + 351 213 431 570 • F.+ 351 912 719 347

Calçada Bento da Rocha Cabral 1, 1250-047 Lisboa – Portugal

[www.aalegal.pt](http://www.aalegal.pt)