

Newsletter

by SRS LEGAL

● CONCORRÊNCIA E UNIÃO EUROPEIA



● SUSTENTABILIDADE E CONCORRÊNCIA

A Autoridade da Concorrência coloca em consulta pública um Guia de Boas Práticas para a avaliação de acordos entre concorrentes que promovam objetivos de sustentabilidade.



A 29 de maio do presente ano, a Autoridade da Concorrência (AdC) publicou um Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade, atualmente em consulta pública até 20 de junho (Guia de Boas Práticas).

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a sustentabilidade é um conceito que engloba três dimensões fundamentais: a dimensão ambiental, a social e a económica.

A crescente consciencialização da sociedade em torno dos fenómenos climáticos extremos e a forte pressão da atividade humana sobre os ecossistemas têm vindo, paulatinamente, a promover o conceito de sustentabilidade a um imperativo civilizacional, ético e, mais recentemente, jurídico.

O Direito da Concorrência é um potencial aliado na área de interseção entre os objetivos mais transversais do desenvolvimento económico e da promoção do bem-estar geral do consumidor, por um lado, e a adoção de princípios, normas e critérios ligados a modelos de negócios mais eficientes e sustentáveis, por outro.

Sem embargo, face ao que são as atuais regras do direito da concorrência e à bitola de escrutínio vigente, a crescente integração de considerações de sustentabilidade no seio das mais variadas políticas de natureza económica na União Europeia, inclusive as de concorrência, tem vindo a gerar algum défice de segurança jurídica aos agentes económicos.

A nível europeu, e procurando harmonizar possíveis tensões entre concorrência e sustentabilidade, a Comissão Europeia, nas suas novas Orientações relativas a acordos horizontais, de junho de 2023, dedica um novo capítulo aos acordos de sustentabilidade, oferecendo adicional clarificação quanto à aplicação das proibições do direito da concorrência neste domínio, evidenciando a importância crescente do tema.

A nível nacional, e na senda do que sucede já noutros países europeus, o Guia de Boas Práticas propõe-se apoiar as empresas que decidam prosseguir, em território nacional, objetivos de sustentabilidade. Para o efeito, decalca critérios vários para avaliar a compatibilidade jusconcorrencial dos acordos que, nesse âmbito, essas empresas possam vir a celebrar com operadores seus concorrentes, oferecendo, em paralelo, informação a respeito dos regimes aplicáveis de salvaguarda e isenção.

A AdC interpreta o conceito de sustentabilidade de forma ampla, referindo-se aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, adotados pela OCDE e identificados nas Orientações da Comissão Europeia sobre acordos horizontais.

A AdC defende a noção de que a colaboração pode ser importante para impulsionar a sustentabilidade. Todavia, alerta, não deverá servir de pretexto para encobrir acordos que, na verdade, tenham escopo anticoncorrencial, como, por exemplo, a fixação de preços ou a repartição de mercados ou clientes.

O Guia de Boas Práticas sistematiza um exercício de *self-assessment* pelas próprias empresas, decomposto em três etapas:

- **O Acordo restringe algum parâmetro de Concorrência?**

- **O Acordo pode violar o Direito da Concorrência?**

- **O Acordo pode beneficiar de normas que o salvaguardam da aplicação do Direito da Concorrência?**

I. O Acordo restringe algum parâmetro de Concorrência?

Um acordo de sustentabilidade não deverá afetar negativamente parâmetros relevantes da concorrência, como, por exemplo, o preço, a quantidade, a qualidade, a escolha e a inovação. Quando não ocorra esta afetação (e.g., quando os acordos não se refiram de todo a estas questões), o acordo escapará, em princípio, ao regime de proibição.

Entre outros exemplos de acordos lícitos que escapam ao regime de proibição, o Guia refere os acordos dirigidos ao cumprimento de requisitos ou determinadas proibições vinculativas em tratados, acordos ou convenções internacionais (e.g., utilização de determinados poluentes), e os acordos que sejam destinados a influenciar a conduta empresarial interna, isto é, que não digam respeito à atividade económica das empresas (e.g., limitação do volume de documentos internos a imprimir). Um acordo destinado à criação de base de dados sobre a sustentabilidade das cadeias de valor, processos produtivos ou matérias-primas (e.g. informações gerais sobre fornecedores que respeitem os direitos laborais ou paguem salários dignos)

também será potencialmente lícito à luz das regras de concorrência, desde que tal não conduza a uma redução da incerteza quanto à atuação dos concorrentes no mercado, consubstanciando, por exemplo, um intercâmbio de informações sensíveis. Por fim, acordos para campanhas de sensibilização sobre impactos ambientais ou outras externalidades negativas dos hábitos de consumo (e.g., para alertar para o bem-estar dos animais, exceto se envolver publicidade conjunta) poderão também ser considerados lícitos.

Mesmo quando se verifique a afetação de um ou mais parâmetros da concorrência, o acordo pode, ainda assim, ser isento, beneficiar de salvaguardas, ou ser declarado compatível com as regras da concorrência.

II. O Acordo pode violar o Direito da Concorrência?

Quando os acordos de sustentabilidade afetem negativamente um ou mais parâmetros da concorrência, terão de ser apreciados nos termos gerais. Segundo a AdC, é necessário, nestes casos, avaliar:

a) Se o acordo revela um grau suficiente de dano para a concorrência, ou seja, se envolve a fixação de preços, a repartição do mercado ou clientes, a limitação da produção, qualidade ou inovação, ou a troca de informações estratégicas e sensíveis.

b) Se existem efeitos pró-concorrenciais que possam pôr em causa, com dúvida razoável, essa restrição à concorrência.

Havendo dúvida razoável quanto ao grau de nocividade de um acordo de sustentabilidade, é necessário avaliar se este origina efeitos negativos significativos. Importa, ter em conta, em especial, os seguintes aspetos:

- O poder de mercado das partes;
- Se o acordo limita a autonomia das empresas nas suas decisões estratégicas;
- A cobertura do mercado do acordo;
- O nível de troca de informações comercialmente sensíveis no contexto do acordo;
- Se o acordo resulta num aumento considerável dos preços ou numa redução significativa da produção, variedade, qualidade ou inovação.

III. O Acordo pode beneficiar de alguma isenção que o salvedor da aplicação do Direito da Concorrência?

Os acordos de sustentabilidade poderão beneficiar de um regime de isenção ou salvaguarda da aplicação das regras de concorrência. Nos seguintes casos:

a) Isenção *de minimis*

As empresas podem beneficiar da isenção associada aos acordos *de minimis*, quando, em linha com as Orientações Horizontais da Comissão, o limiar da quota de mercado agregada das partes não exceda 10% em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo e não incluam restrições graves de concorrência como, e.g., a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição de mercados.

b) Isenção por categoria

Os acordos de investigação e desenvolvimento (Acordos I&D) e os acordos de especialização, com um objetivo de sustentabilidade, podem beneficiar dos Regulamentos de Isenção por Categoria (RIC) se cumprirem diversas condições cumulativas, conforme as Orientações Horizontais da Comissão. Assim, quanto aos limiares da quota de mercado, no caso dos Acordos I&D, em conjunto ou contra remuneração, com exploração em conjunto, a quota combinada das partes deverá manter-se igual ou inferior a 25%. Já no caso dos acordos de especialização, se:

- Os produtos da especialização são produtos finais, a quota combinada deverá ser igual ou inferior a 20%;
- Se os produtos de especialização forem produtos intermédios, a quota combinada deverá ser igual ou inferior a 20% nos mercados dos produtos de especialização. Nos mercados dos produtos a jusante, também deverá ser igual ou inferior a 20%.

Além dos limiares da quota de mercado, destacam-se duas outras condições cumulativas:

- Os acordos de sustentabilidade não poderão ter como objeto restrições graves (hardcore) da concorrência;
- Não poderão eliminar a concorrência após a sua aplicação.

c) Salvaguarda não vinculativa da norma de sustentabilidade

As Orientações também estabelecem uma salvaguarda específica para acordos entre concorrentes que procuram estabelecer um padrão sustentável (por exemplo, o desenvolvimento de uma rotulagem ou logótipo comum para produtos que cumpram determinados requisitos relacionados com um

parâmetro de sustentabilidade), que ficam isentos desde que cumpram as seguintes condições cumulativas:

- Processo transparente de elaboração da norma;
- Liberdade das partes para aplicar normas mais exigentes que as vinculativas;
- Acesso efetivo e não discriminatório aos resultados do processo da norma, assegurando que não-membros possam adotar a norma posteriormente.

Adicionalmente, deverão cumprir pelos menos uma das seguintes condições:

- A norma não levar a um aumento significativo dos preços ou a uma redução da qualidade dos produtos em questão;
- A quota de mercado combinada das partes não deve exceder 20% em qualquer mercado relevante afetado pela norma.

d) Acordos de produtores agrícolas

Os acordos de produtores agrícolas com um objetivo de sustentabilidade podem beneficiar de uma exclusão do Direito da Concorrência. Para tal, o acordo tem de respeitar as seguintes condições cumulativas:

Para tal, o acordo tem de respeitar as seguintes condições cumulativas:

- Incluir pelo menos um produtor agrícola (e.g., individual ou organização de produtores);
- Incluir produtos agrícolas listados no Anexo I do TFUE e estar relacionado com a sua produção ou comércio;
- Contribuir para pelo menos um dos seguintes objetivos de sustentabilidade:
 - i) Proteção ambiental;
 - ii) Produção de produtos agrícolas com redução de pesticidas e a gestão de riscos, ou a redução do perigo de resistência antimicrobiana;
 - iii) Saúde e bem-estar animal.
- Aplicar uma norma de sustentabilidade superior à exigida pelo direito da UE ou pelo direito nacional;
- Ser indispensável para atingir o objetivo de sustentabilidade (não deve poder ser alcançado individualmente pelas partes);
- Não eliminar a concorrência após a sua aplicação.

IV. Quando é que um acordo restritivo da concorrência poderá, ainda assim, ser compatível com as regras de concorrência?

Um acordo de sustentabilidade que restrinja a concorrência pode ainda assim beneficiar da exceção e ser declarado compatível com o Direito da Concorrência se as partes demonstrarem estarem preenchidas as quatro condições cumulativas, concretizadas pela Comissão nas suas Orientações Horizontais:

- a) Prova dos ganhos de eficiência – O acordo de sustentabilidade contribui para melhorar a produção ou a distribuição de bens, ou promover o progresso técnico? Estes ganhos de eficiência devem ser comprovados, objetivos, concretos e verificáveis, superando os danos à concorrência;
- b) Caráter indispensável – A restrição da concorrência projetada terá de ser indispensável à obtenção dos benefícios. Assim, enquanto tal, o acordo deve demonstrar ser razoavelmente necessário para que os alegados benefícios se concretizem, não existindo outros meios economicamente viáveis e menos restritivos para os alcançar;
- c) Repercussão dos ganhos nos consumidores – Os consumidores afetados deverão receber uma parte equitativa dos benefícios, de modo que o efeito global seja pelo menos neutro;

d) Não eliminação da concorrência – O acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Diz-nos a AdC no seu Guia de Boas Práticas que mesmo que o acordo restritivo da concorrência abranja todo o setor, a concorrência deve continuar em pelo menos um parâmetro da concorrência.

Sobre este ponto, a AdC adianta alguns exemplos de acordos restritivos da concorrência compatíveis com o Direito da Concorrência.

Participação de autoridades públicas na celebração de acordos de sustentabilidade

O Guia de Boas Práticas da AdC contém uma menção à participação das autoridades públicas na celebração de acordos de sustentabilidade, em linha com o tratamento que lhe é dado pela Comissão Europeia nas Orientações Horizontais.

A cooperação entre empresas e associações de empresas, com um objetivo de sustentabilidade, promovida por autoridades públicas, não isenta estes acordos da aplicação das regras de concorrência, exceto se as partes tiverem sido obrigadas à celebração do acordo.

Nessa eventualidade, não serão responsabilizadas.

Se as autoridades públicas apenas participarem ou tiverem mero conhecimento da existência do acordo, ou se se limitarem a incentivar ou facilitar a celebração do acordo, sem, contudo, privar as empresas e associação de empresas da sua autonomia, o acordo continuará sujeito à aplicação do Direito da Concorrência.

A contratação pública e a sustentabilidade

A AdC destaca o crescente papel da sustentabilidade nos procedimentos de contratação pública, que cada vez mais ponderam aspetos de sustentabilidade como critérios relevantes de adjudicação. Ciente desse facto, a AdC avança com uma checklist destinada às empresas para que possam avaliar sobre a legitimidade de integrar um dado consórcio num procedimento de contratação pública. As empresas:

- a) Devem avaliar a sua capacidade para concorrer sozinhas à adjudicação do contrato antes de considerar o consórcio;
- b) Avaliar se as partes serão estritamente necessárias para a execução do contrato;
- c) Assegurar que as trocas de informação não vão além do estritamente necessário, e que essas trocas ocorrem apenas após a formação do consórcio;

d) Se as partes que integram o consórcio são concorrentes atuais ou potenciais, importa assegurar que do consórcio resultem ganhos de eficiência para a entidade adjudicante, compensando as restrições de concorrência;

e) Assegurar que a colaboração das partes no âmbito do consórcio se cinge ao âmbito do contrato para o qual se associaram;

f) Realizar um *self-assessment* da compatibilidade do próprio consórcio com o Direito da Concorrência, europeu e nacional.

Conheça a equipa em:



Conclusão

O Guia agora proposto pela AdC introduz uma importante novidade ao enfatizar que os imperativos de sustentabilidade devem ser tidos em consideração na aplicação das regras da concorrência, em particular, ao nível do regime de proibição de acordos anticoncorrenciais. A aplicação, em tese, dos diferentes mecanismos de exceção, salvaguarda e isenção, adjudica às empresas uma especial responsabilidade de auto avaliarem os seus instrumentos de colaboração, e de, assim, contribuírem para uma melhor articulação entre os objetivos de concorrência e sustentabilidade. Neste conspecto, é essencial assegurar que os potenciais projetos neste domínio também beneficiem de uma adequada assessoria jurídica de uma ótica integrada de concorrência.