

<p style="text-align: center;">PRONÚNCIA EM FASE DE CONSULTA PÚBLICA</p> <p style="text-align: center;">GUIA DE BOAS PRÁTICAS SOBRE ACORDOS DE SUSTENTABILIDADE</p>

Nesta pronúncia em fase de consulta pública, a Cruz Vilaça Advogados (“CVA”) apresenta os seus comentários ao Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade (“Guia de Boas Práticas”), adotado pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) em 29 de maio de 2024. No seu comunicado, aquela autoridade alertou as empresas para a necessidade de conciliarem os objetivos de sustentabilidade com o ponto de vista de concorrência, para não incorrerem em infrações à Lei da Concorrência (“LdC”).

Com efeito, não é por a colaboração entre empresas concorrentes prosseguir objetivos de política ambiental que um acordo horizontal concluído com essa finalidade terá automaticamente efeitos positivos na concorrência.

No sentido de dar segurança jurídica às empresas, a AdC adotou o Guia de Boas Práticas aqui em análise. Com este instrumento não vinculativo, a AdC pretende proporcionar maior clareza sobre a forma como devem ser avaliados os acordos de sustentabilidade à luz das regras da concorrência. O Guia de Boas Práticas sintetiza os vários critérios para avaliar a compatibilidade dos acordos que as empresas possam vir a celebrar com operadores seus concorrentes com o direito da concorrência, bem como os regimes aplicáveis às isenções, salvaguardas, compatibilidades e riscos previstos para os acordos que visem atingir objetivos de sustentabilidade económica, social ou ambiental.

Felicitando a AdC pela sua iniciativa, a CVA não pode deixar de considerar que o Guia de Boas Práticas, enquanto instrumento que visa apoiar a autoavaliação, pelas empresas, da compatibilidade dos seus acordos de cooperação horizontal com as regras da concorrência, falha por diversas razões os seus objetivos de assegurar maior transparência e segurança jurídica aos respetivos destinatários.

Por um lado, o Guia de Boas Práticas não apresenta uma estrutura formal clara e de fácil apreensão pelos seus destinatários, nomeadamente no que diz respeito às escolhas

relativas à sua organização visual e apresentação (escolha dos gráficos, esquemas e cores).

Por outro lado, o Guia de Boas Práticas não se encontra redigido, na sua totalidade, em linguagem simples, clara e acessível, por forma a que todos os que a ele recorram possam compreender com rapidez as regras dele resultantes, não se acautelando, por isso, a previsibilidade, a transparência e a segurança jurídica exigidas.

Em particular, o facto de a AdC mencionar as Orientações da Comissão Europeia¹ na secção “Documentos-Chave” (p. 30) levanta questões de segurança jurídica. Querirá isto dizer que a AdC segue as Orientações da Comissão? Ou significará que devem ser apenas tidos em consideração os *“exemplos baseados nas Orientações da CE aos acordos de cooperação horizontal, Capítulo 9 – Acordos de Sustentabilidade”*, tal como indicado pela AdC ao longo do documento? A CVA considera que esta questão deve ficar esclarecida no Guia de Boas Práticas.

Além disso, o Guia de Boas Práticas apresentado pela AdC não tem uma densidade semelhante à das mencionadas Orientações da Comissão Europeia – as quais indiscutivelmente tomou por base. Questionamo-nos se esta opção está relacionada com o facto de o público-alvo do Guia ser maioritariamente o setor empresarial português, que nas mais das vezes não está familiarizado com conceitos de direito da concorrência, e por isso a AdC teria sentido necessidade de simplificar o seu Guia.

Contudo, a metodologia utilizada peca por ser excessivamente simplista. A complexidade do assunto não é, de todo, compatível com um documento escrito por pontos e em forma de check-list.

Desde logo, a utilização de conceitos como “acordos horizontais” (p. 3), “práticas concertadas” (p. 3), “mercados relevantes” (p. 12) e “carácter indispensável” (p. 19) e de siglas como “CE” (p. 9), sem as devidas especificações ou remissões para os documentos relevantes (para “CE”, basta fazer uma convenção de escrita), tornam o trabalho de

¹ Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, JO C 259 de 21.7.2023, p. 1–125.

análise das empresas excessivamente complexo. Conceitos como os mencionados são muitas vezes alheios às empresas, acabando por tornar o Guia de Boas Práticas inacessível. Tal simplificação de conceitos, sem as necessárias referências, não se coaduna com o objetivo de apoiar as empresas que pretendem estabelecer acordos com fins de sustentabilidade que não restrinjam as regras de concorrência.

A CVA considera que, em casos como os referidos nos parágrafos anteriores, a AdC deverá providenciar, ainda que de forma sucinta e através de linguagem acessível, uma explicação de cada um dos conceitos relevantes, de forma a que os mesmos se tornem claros e compreensíveis para os destinatários do Guia, ou, em alternativa, remeter para outros documentos onde constem tais explicações, como, por exemplo, outros documentos de orientação.

Como se verá de seguida, algumas secções do Guia são particularmente problemáticas.

Secção 2: O Acordo pode violar o Direito da Concorrência?

No entender da CVA, a presente secção do Guia de Boas Práticas não está suficientemente clara. No fundo, a mensagem que se pretende transmitir é a de que, quando os acordos de sustentabilidade afetam negativamente um ou mais dos parâmetros da concorrência elencados na secção 1 do Guia, não escapam à proibição prevista no artigo 9.º da LdC (ou do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, se aplicável), devendo por isso ser analisados à luz daquela norma.

Seria aqui importante apresentar alguns exemplos de como os acordos de sustentabilidade podem afetar os parâmetros da concorrência, nomeadamente: se permitirem a fixação de preços, se impedirem a introdução de novos produtos, se impedirem a inovação ou se criarem barreiras à entrada no mercado.

O próximo passo lógico da análise é fazer uma distinção entre os acordos que restringem a concorrência por objeto ou por efeito. No primeiro caso, os acordos de sustentabilidade são tão nocivos para a concorrência que não será preciso avaliar os seus

efeitos. No segundo caso, deve apreciar-se os efeitos dos acordos de sustentabilidade sobre a concorrência, nos termos previstos no Guia de Boas Práticas.

Por último, a CVA é da opinião de que deve ser clarificado o seguinte: os acordos de sustentabilidade que restringirem a concorrência na aceção do artigo 9.º da LdC, seja por objeto seja por efeito, não são automaticamente proibidos, podendo beneficiar da exceção prevista no artigo 10.º da LdC se as partes puderem demonstrar as quatro condições cumulativas previstas neste último artigo (artigo 10.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) da LdC). A ligação entre esta e a secção 4 do Guia não está formulada de forma evidente.

Secção 3: Quando é que um Acordo de Normas de Sustentabilidade pode Beneficiar de uma Salvaguarda Não Vinculativa?

Nesta secção do Guia de Boas Práticas está em falta, desde logo, uma definição clara e precisa do conceito de “acordo de normas de sustentabilidade”. Apesar de serem apresentados alguns exemplos, a lista não é taxativa, pelo que definir este tipo de acordos gerará maior segurança jurídica para os destinatários.

Além disso, não se esclarece como é que os acordos de normas de sustentabilidade podem restringir a concorrência (por exemplo, através da coordenação dos preços, da exclusão de normas alternativas ou da exclusão ou discriminação de determinados concorrentes). Ora, na perspetiva de uma empresa, compreender como é que este tipo de normas poderá restringir a concorrência parece-nos ser da maior importância.

Secção 3: Que Acordos podem beneficiar de uma Isenção por Categoria?

De acordo com o Guia de Boas Práticas da AdC, “*Os acordos de investigação e desenvolvimento (I&D) e de especialização, com um objetivo de sustentabilidade, podem beneficiar dos Regulamentos de Isenção por Categoria (RIC) se cumprirem, entre outras, as seguintes condições cumulativas*” (sublinhado nosso). Em nossa opinião, há nesta secção falta de transparência quanto às condições que devem estar reunidas.

Sendo certo que a grande maioria das empresas não estão familiarizadas com os Regulamentos de Isenção por Categoria, julga-se necessário que o Guia seja mais claro e transparente quanto a esta secção, não bastando, nesse sentido, uma referência a “entre outras condições”, sem qualquer explicação adicional.

Secção 4: Quando é que um Acordo Restritivo da Concorrência pode ser compatível com o Direito da Concorrência?

Intimamente ligada à secção 2 está a secção 4. Contudo, a organização adotada pela AdC não permite compreender com clareza que, ainda que um acordo de sustentabilidade restrinja a concorrência, o mesmo pode ser justificado ao abrigo do artigo 10.º da LdC.

A secção 4 do Guia de Boas Práticas, tal como apresentada pela AdC, é bastante complexa. Desde logo, são utilizados conceitos como “ganhos de eficiência”, “carácter indispensável”, “benefícios do valor da utilização individual”, “benefícios individuais do valor da não utilização” e “benefícios coletivos para a sociedade em geral” sem ser apresentada qualquer definição ou esclarecimento dos mesmos. Bem exemplificativo disto é o facto de, na p. 20 do Guia, serem apresentados exemplos de ganhos de eficiência sem uma prévia definição do conceito.

Já no que diz respeito ao conceito de “carácter indispensável”, a CVA considera ser necessário esclarecer que, no âmbito do direito da concorrência, indispensabilidade implica que os acordos e as restrições que aqueles implicam sejam razoavelmente necessários para que os alegados benefícios de sustentabilidade se verifiquem e que não existem outros meios economicamente viáveis e menos restritivos. Por outras palavras, deve ficar claro que os acordos de sustentabilidade não devem exceder o necessário para alcançar o seu objetivo; se não for esse o caso, os acordos de sustentabilidade não terão um carácter indispensável.

Pelo exposto, a CVA considera que o Guia de Boas Práticas submetido pela AdC a consulta pública deve ser revisto, sendo conveniente sugerir as seguintes orientações:

1. Revisão da estrutura formal do Guia de Boas Práticas, de forma a que o mesmo seja de fácil apreensão pelos seus destinatários;
2. Revisão da redação, devendo todo o Guia de Boas Práticas ser redigido em linguagem simples, clara e acessível;
3. Definição de conceitos de direito da concorrência que são de difícil compreensão pelas empresas, como “acordos horizontais”, “práticas concertadas”, “mercados relevantes” e “carácter indispensável”;
4. Clarificação da secção 2 *“O Acordo pode violar o Direito da Concorrência?”*, nomeadamente através da apresentação de alguns exemplos de como os acordos de sustentabilidade podem afetar os parâmetros da concorrência. Além disso, deve ficar claro que os acordos de sustentabilidade que restringirem a concorrência na aceção do artigo 9.º da LdC, seja por objeto seja por efeito, não são automaticamente proibidos, podendo beneficiar da exceção prevista no artigo 10.º da LdC;
5. Clarificação da secção 3 *“Quando é que um Acordo de Normas de Sustentabilidade pode Beneficiar de uma Salvaguarda Não Vinculativa?”*, nomeadamente através da inclusão de uma definição do conceito de “acordo de normas de sustentabilidade”, da explicação de como podem os acordos de normas de sustentabilidade restringir a concorrência e de quais são as consequências da não verificação de uma das condições cumulativas elencadas no Guia de Boas Práticas;
6. Clarificação da secção 3 *“Que Acordos podem beneficiar de uma Isenção por Categoria?”*, uma vez que, tal como está apresentada pela AdC, não é capaz de garantir a transparência e segurança jurídica necessárias. Nesse sentido, deve remeter-se para as demais orientações;
7. Clarificação da secção 4 *“Quando é que um Acordo Restritivo da Concorrência pode ser compatível com o Direito da Concorrência?”*, nomeadamente através da definição de conceitos indeterminados e de uma melhor explicação do conceito “carácter indispensável”.

Lisboa, 20 de junho de 2024

Pela CVA,

