

Observações da Morais Leitão à Consulta Pública da AdC relativamente ao Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade

I. Introdução	2
II. Apreciação na Generalidade	3
III. Apreciação na Especialidade	7
A. Capítulo Introdutório.....	7
Concorrência e sustentabilidade.....	7
Acordos de sustentabilidade entre concorrentes	8
Objetivo do Guia de Sustentabilidade.....	8
B. Self-assessment pelas empresas	8
1. O acordo restringe algum parâmetro de concorrência?	9
2. O acordo pode violar o Direito da Concorrência?	10
3. O acordo pode beneficiar de normas que o salvagam da aplicação do Direito da Concorrência?	11
4. Quando é que um acordo restritivo da concorrência pode ser compatível com o Direito da Concorrência?	12
Quais as implicações da participação de autoridades públicas na celebração de acordos de sustentabilidade?	14
C. Contratação pública.....	15
D. Consequências da infração de acordos horizontais ao Direito da Concorrência.....	16
IV. Conclusão	17

I. Introdução

O presente documento contém as observações da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados S.P. R.L. (“**Morais Leitão**” ou “**ML**”) à consulta pública promovida e lançada pela Autoridade da Concorrência (“**Autoridade**” ou “**AdC**”), a 29 de maio de 2024, relativamente a um Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade (“**Guia**” ou “**Guia de Boas Práticas**”).

A Morais Leitão felicita a AdC pela adoção de uma posição nesta matéria, e pela promoção da consulta, permitindo às partes interessadas contribuir para a construção de um instrumento revelador do papel e da missão do Direito da Concorrência e das Autoridades Nacionais da Concorrência (“**ANCs**”) na prossecução da **Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável**, do **Acordo de Paris**, e, bem assim, das inúmeras iniciativas adotadas pela União Europeia e pelos Estados-Membros, no contexto do respetivo compromisso para com a referida Agenda e os seus 17 **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável** (“**ODS**”).

O crescente relevo dos fatores ESG (*Environmental, Social and Governance*) na atividade das empresas, e a juridificação das suas obrigações para a garantia dos direitos humanos e a preservação do ambiente, nomeadamente através da adoção da **Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade**¹ (doravante “**CSDDD**”), tornam crucial a adoção de enquadramentos seguros e não contraditórios quanto ao que é esperado, exigido e proibido às empresas, nomeadamente no contexto da colaboração com outras entidades tendo em vista a realização de objetivos de sustentabilidade.

Considera-se, pois, que a iniciativa da AdC é de louvar, pelo momento em que surge, e pela premência do envolvimento das empresas na definição de boas práticas que, além de conformes com

¹ Cf. Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859 - Texto assinado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, disponível aqui: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:PE_9_2024_REV_1.

a legislação aplicável, se afigurem compreensíveis e verdadeiramente úteis às empresas abrangidas e aos objetivos de sustentabilidade que são chamadas a prosseguir.

A premência do tópico não permite, porém, descurar as insuficiências do Guia, tal como levado a consulta pública. Em espírito de colaboração, a Morais Leitão exporá, adiante, os pontos que considera dignos de ponderação pela AdC.

II. Apreciação na Generalidade

Segundo a AdC, o Guia de Boas Práticas que ora apresenta a consulta pública visa informar sobre as isenções, salvaguardas e compatibilidades previstas para os acordos entre empresas que visam atingir objetivos de sustentabilidade económica, social ou ambiental, compreendendo-se no contexto da missão de *advocacy* da AdC e procurando, segundo esta, assegurar a conciliação entre a concorrência e a sustentabilidade.

O instrumento escolhido – um Guia de Boas Práticas –, o pendor adotado e o seu conteúdo na generalidade suscitam um conjunto de observações iniciais que a Morais Leitão gostaria, desde já, de deixar assinaladas, ciente de que existe espaço para melhorias da parte da AdC.

No que se refere ao **instrumento**, a AdC opta por um Guia de Boas Práticas, ao invés da forma tipicamente usada para concretizar o disposto na legislação aplicável sob a forma de indicações práticas a considerar no cumprimento da lei – as *Linhas de Orientação* ou *Orientações*. A AdC não seguiu, portanto, a via adotada pela Comissão Europeia nas suas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal² (“**Orientações Horizontais**”) – apesar de por elas alinhar e de internalizar o respetivo conteúdo no seu Guia.

Através do Guia, a AdC não parece, pois, pretender avançar esclarecimentos quanto à sua própria posição ou política relativamente aos acordos de sustentabilidade, nem sequer concretizar, adaptar ou flexibilizar o enquadramento normativo aplicável aos referidos acordos. Pelo contrário, o

² Cf. Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, C/2023/4752 final.

Guia parece resumir-se a um sumário das boas práticas que, à luz dos instrumentos já existentes, se impõem às empresas (sem mais, e sem qualquer tipo de adaptação às exigências da Agenda 2030).

Apesar de se compreender a opção por um Guia de Boas Práticas – e assumindo que a AdC se não pretenda demarcar das Orientações da Comissão Europeia a este propósito -, considera-se que o instrumento não é o mais adequado às exigências atuais (das empresas e dos *stakeholders*). Em particular, pese embora a bondade do alinhamento com a posição da Comissão Europeia, surge um problema a montante: é que as Orientações Horizontais, *per se*, não dão resposta a muitas das interrogações que poderão vir a surgir na prática empresarial, limitação esta que uma política de internalização agnóstica (pela AdC) apenas vem agravar. Em contrapartida, considera-se que, precisamente em razão da abertura e indeterminação das Orientações, uma posição mais consubstanciada da AdC não introduziria, sequer, qualquer lógica de conflito.

O Guia de Boas Práticas adotado pela AdC revela um **pendor** contrário ao que seria de esperar da Autoridade neste momento. Com efeito, e como o próprio título do Comunicado 12/2024, de 29 de maio de 2024 evidencia – “AdC alerta empresas para **conciliação** entre sustentabilidade e concorrência” – a AdC opta por fundamentar a sua intervenção na necessidade de resolver uma lógica *conflitual* entre o Direito da Concorrência e os objetivos de sustentabilidade, motivo por que imprime ao instrumento uma tónica restritiva da margem de atuação das empresas, mais do que permissora ou possibilitante de uma ação alinhada com as exigências da Agenda 2030.

Considera-se que, sem prejuízo da importância da concorrência e da atuação unilateral das empresas na prossecução dos ODS, a colaboração e as iniciativas multilaterais tendo em vista a prossecução de objetivos de sustentabilidade deveriam ser enquadradas em termos menos negativos ou céticos. Por outras palavras, crê-se que o objetivo do Guia deveria ser o de recordar as empresas da abertura das regras da concorrência à prossecução colaborativa de objetivos de sustentabilidade, ao invés de se reiterar uma leitura estrita -, e ademais ultrapassada pelas exigências de harmonização decorrentes, inclusive do Direito da União Europeia (cf. artigo 7.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) -, das regras proibitivas de acordos e práticas concertadas restritivos da concorrência no mercado.

Finalmente, e conforme se especificará adiante, considera-se que, ainda que de um Guia de Boas Práticas se trate, o seu **conteúdo** fica aquém do necessário para *guiar* as empresas interessadas neste contexto. Desde logo, à semelhança da crítica que também se pode dirigir à Comissão Europeia, o Guia de Boas Práticas circunscreve-se aos acordos e iniciativas envolvendo empresas concorrentes, deixando por concretizar qual a posição da AdC relativamente aos acordos e iniciativas verticais, cuja importância se não pode negligenciar. Com efeito, em razão da crescente importância votada à colaboração com parceiros comerciais (diretos e indiretos) ao longo da cadeia de valor e da cadeia de atividades da empresa, desde logo no contexto e para efeitos do cumprimento do respetivo dever de devida diligência, torna-se imperativa uma resposta suficientemente abrangente do Direito da Concorrência.

Acresce ao exposto o relativo esquecimento das associações de empresas (até por contraponto com a inclusão de outros domínios como a contratação pública). Com efeito, também elas – associações setoriais – assumirão neste domínio uma particular centralidade, tornando necessária (apesar da existência de um Guia da AdC genérico a esse propósito) uma concretização do enquadramento aplicável às respetivas decisões no contexto das exigências de sustentabilidade.

Além da exclusão de um conjunto importante de iniciativas, o conteúdo do Guia afigura-se, ainda, insuficiente, porquanto silente quanto a questões que se poderão suscitar, quer na avaliação da (in)existência de uma restrição da concorrência, por objeto ou por efeitos, associada a um acordo de sustentabilidade, quer na justificação de restrições e de acordos restritivos da concorrência, que se encontrem, ainda assim, associados a benefícios prevaletentes do prisma da sustentabilidade.

Finalmente, considera-se que o Guia de Boas Práticas beneficiaria de um capítulo final dedicado à atuação da AdC a este propósito. Em particular, considera-se que a AdC poderia adotar uma **política de porta aberta**, como aliás adotaram ANCs congéneres, como a holandesa (*Autoriteit Consument & Markt* (“**ACM**”), grega (*Hellenic Competition Commission* (“**HCC**”), e britânica (*Competition and Markets Authority* (“**CMA**”).

Uma tal abordagem permitiria colmatar a incerteza subjacente à análise dos acordos de sustentabilidade, através da possibilidade de apresentação de questões e de dúvidas devidamente fundamentadas à AdC, que então estaria, perante as informações prestadas pelas empresas, em

condições de *i*) avançar um enquadramento e uma avaliação mais específica e, bem assim, perante um eventual risco anticoncorrencial associado, *ii*) auxiliar as partes a encontrar formas de acomodar o seu propósito, sem lesão das regras da concorrência.

Uma tal política, se acompanhada da garantia da não imposição de coimas às empresas que tenham procurado o auxílio da AdC e seguido as suas orientações em *boa-fé*, permitiria às empresas alcançar os seus objetivos de sustentabilidade num contexto de maior segurança jurídica, possibilitando, também, à própria AdC, colher elementos de experiência relevantes para a elaboração futura de verdadeiras Linhas de Orientação nesta matéria, podendo, ainda, ponderar-se a publicação dos resultados das avaliações *ad hoc* na página *web* da AdC, sob a forma de versões não confidenciais, que acautelem os segredos de negócio das empresas envolvidas. Desta forma, assegurar-se-ia a transparência do processo e a garantia de um *level playing field*, com aproveitamento dos atos praticados e a economização de recursos.

Finalmente, e ainda a propósito da política adotada a este propósito, cumpre recordar que, podendo a AdC exercer a sua discricionariedade para estabelecer prioridades quanto aos acordos e práticas a investigar, poderia neste Guia densificar qual a sua posição relativamente a categorias específicas de acordos (indo além do que já resulta das Orientações Horizontais).

Mais, portanto, do que um Guia-sumário das boas práticas esperadas das empresas, considera-se que a adoção de verdadeiras orientações práticas quanto ao desenho de iniciativas de sustentabilidade em linha com as exigências do Direito da Concorrência permitiria sanar as insuficiências acabadas de listar.

A Morais Leitão está convicta de que, com exceção do primeiro apontamento – mais estrutural, porquanto contendente com a natureza do instrumento escolhido -, a AdC poderá acomodar estes comentários na versão final do Guia que vier a adotar. Para efeitos de concretização e cooperação construtiva com a AdC, a Morais Leitão passará, de seguida, a sinalizar os pontos que, em seu ver, se afiguram passíveis de melhoria.

III. Apreciação na Especialidade

Precisamente pela sua natureza – um Guia de Boas Práticas –, o instrumento em consulta não apresenta uma estrutura clara, que se possa apreciar secção a secção, ou parágrafo a parágrafo. Ainda assim, é nele possível recortar algumas divisões.

Numa **divisão introdutória**, por seu turno subdividida em pequenos pontos, é apresentada uma nota inicial sobre a relação entre a concorrência e a sustentabilidade. Segue-se um ponto ulterior referente à delimitação do escopo do guia (empresas e acordos de sustentabilidade) e um outro subsequente, dirigido à delimitação dos objetivos de sustentabilidade abrangidos.

Numa **segunda divisão**, o Guia apresenta às empresas um **esquema de *self-assessment*** dos respetivos acordos de sustentabilidade, organizado em torno de um conjunto de questões de despiste, onde se incluem referências às exclusões, *safe harbours* e isenções potencialmente aplicáveis.

Numa **terceira divisão**, é incluída uma referência à **contratação pública**, encerrando o Guia com uma indicação das **consequências e do contexto do incumprimento** das regras do Direito da Concorrência.

Por facilidade de exposição, a apreciação na especialidade que se segue organizar-se-á em torno destas divisões.

A. Capítulo Introdutório

Concorrência e sustentabilidade

A propósito da relação entre concorrência e sustentabilidade, crê-se que seria útil uma densificação dos casos em que a colaboração entre empresas se afigura relevante e importante para impulsionar a sustentabilidade (nomeadamente, em razão da inadequação da concorrência como rivalidade e das ineficiências das decisões de produção e de consumo individuais).

Em particular, uma referência aos problemas contententes com a *first-mover disadvantage*, o *free-riding*, a necessidade de economias de escala e de escopo para alcançar os objetivos de sustentabilidade e com as deficiências de informação dos consumidores no mercado relevante enriqueceria esta nota introdutória com um pano de fundo densificador das vantagens da cooperação (por contraponto com a iniciativa unilateral).

Considera-se, assim, que, ao invés de perspetivar os acordos de sustentabilidade como um cenário subsidiário ou excecional, a AdC poderia aproveitar para densificar as suas oportunidades e respetivo contributo para uma sociedade sustentável.

Acordos de sustentabilidade entre concorrentes

A definição de “acordos de sustentabilidade” para efeitos do Guia de Boas Práticas encontra-se alinhada com o seu escopo, circunscrito aos acordos horizontais, e já aqui criticado.

Na inviabilidade de um alargamento do Guia, por forma a enquadrar, também, as iniciativas verticais, dois pontos são dignos de menção.

Do prisma negativo, considera-se que, inclusive pela relevância do conceito na prática decisória mais recente da AdC, seria de incluir alguma densificação adicional, relativamente à noção de concorrência potencial, porventura com recurso a exemplos adaptados ao contexto dos acordos em questão.

Do prisma positivo, deve assinalar-se a latitude votada ao conceito de sustentabilidade, não a balizando às exigências da transição verde, e permitindo, assim, mobilizar o Guia para o enquadramento de iniciativas que vão além da dimensão ambiental da sustentabilidade.

Objetivo do Guia de Sustentabilidade

Não obstante a AdC sinalize ser seu objetivo o de informar as empresas sobre quais os acordos não abrangidos, isentos ou potencialmente beneficiários de salvaguardas, considera-se que o Guia ganharia na densificação dessas isenções e salvaguardas, em termos que não se bastam com uma referência breve aos requisitos ou critérios impostos para a respetiva aplicação, carecendo, antes, de uma explicação *business-oriented* quanto ao enquadramento no caso concreto.

B. Self-assessment pelas empresas

A AdC apresenta, na p. 5 do seu Guia, um esquema que, segundo decorre do título, visa ajudar as empresas a determinar se o respetivo acordo é ou não compatível com o Direito da Concorrência.

Nas páginas seguintes, os diferentes passos da análise são densificados pela AdC, através de perguntas sucessivas, de que – apesar do caráter transversal de alguns dos comentários - trataremos *infra* de forma atomizada.

Finalmente, na p. 25, a AdC apresenta uma *checklist* que, apesar de apelativa numa ótica visual, se revela imprestável na ausência de um esclarecimento sobre o sentido e sobre o alcance dos pontos a verificar pelas empresas.

1. O acordo restringe algum parâmetro de concorrência?

O primeiro passo da autoapreciação exigida às empresas consiste em avaliar se o respetivo acordo se vê abrangido pelas regras da concorrência. Para o efeito, é importante apreciar se o mesmo restringe algum parâmetro da concorrência.

No que se refere aos acordos não abrangidos pelo Direito da Concorrência, a AdC socorre-se de *i)* uma alusão genérica aos parâmetros competitivos relevantes para aferir da existência de uma restrição da concorrência, acompanhada de *ii)* exemplos retirados das Orientações Horizontais da Comissão Europeia, no que se refere aos acordos em princípio excluídos da análise jusconcorrencial.

Nesta sede, o Guia da AdC em nada ajuda as empresas. Desde logo, a abrangência dos parâmetros da concorrência (sobretudo em matéria de qualidade, escolha e inovação) leva a que sejam poucos ou nenhuns os cenários em que não há uma restrição, ainda que mínima ou acessória, de um parâmetro da concorrência.

Por seu turno, tendo em conta que os exemplos que avança constam já das Orientações da Comissão Europeia, considera-se que a AdC poderia ter ido mais longe.

A título de exemplo, cumpre notar que as Orientações da Comissão Europeia se referem ao cumprimento de requisitos ou proibições vinculativas **constantes do Direito internacional**. Pergunta-se: não deverá a mesma lógica (de exclusão) aplicar-se ao cumprimento de imposições ou proibições vinculativas constantes de normas de Direito da União Europeia ou de Direito nacional? Como conjugar esta exclusão com o alcance restritivo da *defesa da ação do Estado* (cf. participação de autoridades públicas na celebração de acordos)? Em que medida se poderá afirmar que se está perante um requisito ou proibição vinculativos? Apenas quando o enquadramento normativo algo

imponha, de forma incondicional? Ou também quando o exija como *medida adequada*, com base numa apreciação das circunstâncias do caso concreto?

Finalmente, qual a bitola utilizada pela AdC para qualificar um acordo à luz das exclusões constantes das Orientações Horizontais? Apenas ficarão abrangidos os acordos que visem direta, expressamente e a título principal, o cumprimento dos referidos requisitos ou proibições vinculativas? Ou será possível abranger relações de causalidade mais ténues?

2. O acordo pode violar o Direito da Concorrência?

As incertezas que se registam em resultado da latitude dos parâmetros competitivos não se veem resolvidas ou compensadas por uma clarificação da destrição entre restrições da concorrência por objeto e por efeitos.

A AdC limita-se, na p. 8 do seu Guia, a avançar noções sumárias de restrição por objeto e por efeitos, sem *i*) uma palavra quanto à jurisprudência *Wouters*³ e ao relevo da prossecução dos objetivos de sustentabilidade *vis-à-vis* efeitos restritivos da concorrência que lhes possam ser inerentes ou acessórios; e, em todo o caso, *ii*) sem densificar o impacto concreto da prossecução de um objetivo de sustentabilidade, devidamente alegado e consubstanciado pelas partes, no surgimento de uma dúvida razoável quanto ao respetivo grau de nocividade.

Os exemplos avançados pela AdC neste mesmo ponto não ajudam na densificação do *distinguo*, visando apenas suportar uma reserva – desnecessária – quanto ao facto de os acordos de sustentabilidade não poderem dissimular um cartel.

Considera-se que, além da articulação do enquadramento normativo aplicável com o contexto vertente, este ponto do Guia ganharia com a exemplificação de acordos restritivos por objeto e por efeitos, no âmbito específico da prossecução de objetivos de sustentabilidade. A título de exemplo, e novamente, se é certo que os acordos que visam o cumprimento de normas vinculativas do Direito internacional se veem excluídos do escrutínio da AdC, o que dizer dos acordos pelos quais as empresas, voluntariamente, procuram alcançar um objetivo de sustentabilidade que implica a descontinuação de um produto menos sustentável, em ordem a garantir um incremento da qualidade?

³ Cf. Acórdão do Tribunal de 19 de fevereiro de 2002, *Wouters e o.*, Processo C-309/99.

E de que forma valorará a AdC um acordo restritivo da concorrência, que é, porém, necessário para criar novos produtos ou novos mercados? A ser admitido, qual o tempo que a AdC considerará razoável para permitir às empresas adquirir escala e escopo suficiente(s)?

Finalmente, seria pertinente compreender de que forma e que cautelas deverão as partes adotar para, nomeadamente no contexto da construção de iniciativas de sustentabilidade, poderem trocar as informações relevantes para o efeito, sem os riscos associados ao intercâmbio de informações comercialmente sensíveis.

3. O acordo pode beneficiar de normas que o salvagam da aplicação do Direito da Concorrência?

Na p. 11 do Guia, a AdC limita-se a recordar, de forma sumária, a existência de um conjunto de exclusões, salvaguardas e *safe harbours* potencialmente aplicáveis aos acordos de sustentabilidade (e, convenha-se, a qualquer acordo que preencha os seus critérios).

A AdC faz referência *i*) ao porto seguro aplicável aos acordos *de minimis*; ao *ii*) *soft safe harbour* introduzido pela Comissão Europeia nas suas Orientações Horizontais relativamente aos *acordos de normalização para a sustentabilidade* (uma vez mais acompanhado de exemplos retirados das Orientações da Comissão Europeia); *iii*) às isenções por categoria aplicáveis aos acordos de investigação e desenvolvimento (I&D) e especialização, e *iv*) às condições de exclusão de um acordo de produtores agrícolas, nos termos do artigo 210.º-A do Regulamento OCM e das aplicáveis Orientações da Comissão Europeia⁴.

O enquadramento avançado pela AdC é o enquadramento aplicável, em geral, a qualquer acordo entre empresas. Não há, pois, qualquer explicitação da especialidade dos acordos de sustentabilidade e, mais do que isso, não há qualquer concretização, ainda que sob a forma de Boas Práticas, do que é esperado das empresas.

⁴ Cf. Comunicação da Comissão - Orientações da Comissão sobre a exclusão do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia no caso dos acordos de sustentabilidade dos produtores agrícolas nos termos do artigo 210.º-A do Regulamento (UE) n.º 1308/2013, C/2023/1446.

Pelo contrário, a AdC limita-se a recordar os pressupostos de aplicação de salvaguardas que, pelo seu caráter limitado, serão de pouco efeito útil neste domínio e poderão deixar de fora um número muito considerável de acordos de sustentabilidade e de empresas participantes.

Ora, sendo certo que à AdC não cabe alterar as condições legalmente previstas para que um acordo beneficie das referidas salvaguardas, sempre poderia ter mobilizado o Guia para imprimir aos referidos critérios uma maior proximidade e adesão à realidade dos acordos de sustentabilidade, seja quando *i*) se refere aos acordos que, em razão do seu objeto, ficam excluídos do porto seguro *de minimis*; seja quando *ii*) replica, sem mais, o que já resulta das Orientações da Comissão relativamente aos acordos de normalização para a sustentabilidade (podendo aproveitar o fórum, ora para clarificar a noção de “*aumento significativo do preço*” e “*redução significativa da qualidade*”, ora para se pronunciar sobre acordos que, preenchendo essas condições, sejam celebrados por empresas com uma quota de mercado combinada superior).

Por seu turno, e pela sua potencial relevância em matéria de sustentabilidade, considera-se que o ponto dedicado aos acordos de investigação e desenvolvimento (I&D) e especialização mereceria a inclusão de um elenco de exemplos aplicáveis à matéria vertente.

Finalmente, quanto aos acordos de produtores agrícolas, o Guia volta a replicar o que já consta das Orientações da Comissão Europeia a este propósito.

4. Quando é que um acordo restritivo da concorrência pode ser compatível com o Direito da Concorrência?

A quarta questão do processo de *self-assessment* assumirá centralidade na aplicação prática do Direito da Concorrência a acordos de sustentabilidade. Com efeito, ainda que alguma restrição da concorrência possa existir numa iniciativa colaborativa em prol da realização de objetivos de sustentabilidade, será elevado o potencial da sua qualificação para uma justificação ao abrigo do artigo 10.º da Lei da Concorrência.

A AdC, porém, volta a não aproveitar o potencial de clarificação dos pressupostos legais, optando, ao invés, por uma repetição textual dos requisitos cuja prova se exige às empresas a este propósito.

Em particular, a AdC não se pronuncia *i*) sobre o alcance dos “*ganhos de eficiência*” que aceitará ter em consideração para efeitos desta análise (e, em particular, sobre a subsunção de benefícios coletivos e sociais às noções de melhoria da produção/distribuição de bens ou promoção do progresso

técnico); *ii*) sobre o tipo e meios de prova que as empresas poderão ou deverão avançar para demonstrar esses ganhos (sobretudo quando se lhes exige que os ganhos sejam, do prisma qualitativo, “*comprovados, objetivos, concretos e verificáveis*”, e que, do prisma quantitativo, superem os danos à concorrência); *iii*) sobre o alcance da noção de indispensabilidade (que a AdC concretiza apenas de forma sumária, com um exemplo que deixa a dúvida quanto a saber se bastam as dificuldades de investimento individuais ou se se exige, já, a inviabilidade absoluta do investimento individual, e como prová-la); e, finalmente, *iv*) sobre a repercussão dos ganhos de eficiência nos consumidores afetados e, em particular, como medi-la. Uma vez mais, os exemplos de enquadramento mobilizados pela AdC nada acrescentam às Orientações da Comissão Europeia.

A este propósito, considera-se que, à semelhança do caminho seguido pela ACM, e pela sua inerente especialidade face aos demais, a AdC poderia ponderar autonomizar os acordos em matéria ambiental. Com efeito, tendo em conta o facto de se estar perante um interesse difuso, respeitante a todos os membros de uma determinada coletividade, a preservação e a proteção do ambiente é, em contraste com os demais, um objetivo associado a ganhos de eficiência que se estendem à sociedade em geral, sem que qualquer prova qualificada seja necessário avançar a este propósito. Pergunta-se: perante esta evidência, qual a posição da AdC a seu respeito? Qual o *standard* de prova aplicável e que abordagem terá relativamente à hegemonia do consumidor no mercado relevante?

Concretizando algumas das insuficiências listadas acima, importa avançar, desde logo, que a AdC pouco refere a propósito do critério da *necessidade*. Serão considerações económicas (inviabilizantes da escala suficiente) bastantes para justificar uma colaboração entre empresas? E a ausência de *know-how* específico num determinado segmento? Que fatores deverão as empresas ter em conta para avaliar o preenchimento da necessidade de uma colaboração *vis-à-vis* a atuação unilateral?

A propósito dos ganhos de eficiência, considera-se que fica por esclarecer o horizonte temporal que a AdC terá em conta, esclarecimento que é, como se sabe, particularmente relevante no caso em apreço, tendo em conta que as eficiências se poderão apenas vir a verificar no futuro. Com efeito, pese embora uma alusão à admissibilidade de “*benefícios futuros devidamente descontados*”, o horizonte temporal concretamente aceite pela AdC (ainda que em termos indicativos) fica por compreender.

Por seu turno, quanto aos *consumidores afetados*, seria pertinente esclarecer se, além dos consumidores diretos (e atuais), a AdC aceitará argumentos referentes a repercussões nos consumidores indiretos e futuros.

No que se refere aos meios de prova a convocar, quer pelas empresas, quer pela AdC, considera-se pertinente que a AdC forneça indicações mais precisas quanto aos instrumentos empíricos relevantes nesta sede e, bem assim, quanto às respectivas condições de admissibilidade e exigibilidade (por exemplo, perante a hipótese de recurso a estudos já existentes). Para avançar um exemplo, pese embora a AdC não o afirme, estima-se que venha a mobilizar o teste *Willingness to Pay* (WTP) na aferição dos benefícios a relevar para estimar a repercussão dos ganhos de eficiência nos consumidores. Podendo isso ser depreendido da sua adesão às Orientações Horizontais, pergunta-se: que concretos métodos poderão ser mobilizados para o aferir?

Quais as implicações da participação de autoridades públicas na celebração de acordos de sustentabilidade?

Na p. 24 do seu Guia, a AdC reforça a leitura restritiva da *defesa da ação do Estado*, recordando que a responsabilidade das empresas não se vê afastada em cenários nos quais as autoridades públicas se limitam a incentivar ou a facilitar a celebração de acordos restritivos da concorrência, devendo – para efeitos dessa isenção de responsabilidade – obrigar ou forçar as partes a fazê-lo.

A crescente vinculação das empresas ao cumprimento e adesão a obrigações de devida diligência em matéria de direitos humanos e sustentabilidade, a que acrescem, em todo o caso, as exigências que se lhes colocam ao seu grau de responsabilidade social corporativa, tornam este capítulo particularmente relevante. Por outro lado, a intervenção pública cria uma expectativa de legalidade que não pode deixar de ser tida em conta, na medida em que elimina ou mitiga substancialmente a censurabilidade da conduta em causa, o que não pode deixar de ser considerado.

Uma vez mais, porém, a AdC perde a oportunidade de articular o enquadramento aplicável em geral aos acordos entre concorrentes (e à atuação das autoridades públicas a este propósito), com a especialidade do contexto vertente.

Uma tal articulação é, porém, particularmente urgente a este nível. Com efeito, a destrição entre o que é um *incentivo* e o que é já uma *obrigação* vê-se, hoje, e no momento presente, envolta em grande dúvida, em razão do movimento e da tendência de juridificação do que antes se afirmavam

meros princípios não vinculativos, e que são hoje convertidos em verdadeiras obrigações jurídicas, cujo incumprimento se encontra potencialmente associado a sanções e a responsabilidade civil, designadamente invocada em ações coletivas.

Acresce – como igual agravante da diluição de fronteiras – a crescente relevância votada à devida diligência das empresas, cujo enquadramento normativo se encontra construído numa lógica de *obrigações de meios*, bitola que se não enquadra bem em nenhum dos extremos ou polos opostos a que a AdC faz referência: *conhecimento ou simples incentivo pelas autoridades públicas vs. obrigatoriedade, sem margem para atuação diferente*.

C. Contratação pública

A AdC principia a sua referência breve à contratação pública por uma alusão à Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas 2030. Uma vez mais, porém, ao invés de procurar densificar e explorar as oportunidades dos consórcios quanto à prossecução de objetivos de sustentabilidade, e de alinhar o Direito da Concorrência com o contexto de cumprimento de critérios ecológicos, cada vez mais exigidos nos procedimentos de contratação pública, a AdC retoma a lógica que já atrás se criticou, dedicando o ponto aos riscos do conluio na contratação pública e esquecendo os aspetos positivos decorrentes da cooperação.

Reconhece-se que esta seja uma preocupação no contexto das relações horizontais. Ainda assim, compreende-se mal o pendor e, em particular, a utilidade da *checklist* de aspetos que a AdC considera deverem ser tidos em conta pelas empresas (e que não é sequer, de maneira alguma, esclarecedora).

Em primeiro lugar, porque nada se diz quanto aos fatores que as empresas poderão e deverão considerar para aferir a capacidade de concurso independente e a necessidade da participação conjunta. Em segundo lugar, na medida em que nem o princípio da estrita necessidade que capeia as trocas de informação, nem os ganhos de eficiência que deverão resultar do consórcio, são objeto de qualquer densificação, mais não seja através de exemplos. Finalmente, não se compreende qual seja o alcance ou o sentido da última aferição da *checklist* “*Valorar o exercício de autoavaliação da compatibilidade desse consórcio com o Direito da Concorrência, a nível nacional e da UE.*”

D. Consequências da infração de acordos horizontais ao Direito da Concorrência

A AdC fecha o seu Guia com uma referência à potencial sujeição a coimas e a responsabilidade civil, a que as empresas, as associações de empresas e os respetivos administradores e gestores, e titulares dos órgãos dirigentes e de fiscalização, deverão atentar.

Na p. 29 do Guia, a AdC avança, ainda, a possibilidade de denúncias anónimas, fazendo, a final, alusão ao regime especial de dispensa ou redução de coima.

Compreende-se que a AdC opte por terminar o Guia com esta mensagem. Afinal, trata-se de consequências e de possibilidades associadas ao incumprimento das regras da concorrência. Ainda assim, e uma vez mais, a mensagem que fica para as empresas é bastante desalinhada com as exigências da Agenda 2030 bem como com as expectativas que daí fluem para as empresas (não apenas individualmente consideradas, mas também em cooperação entre si).

A mensagem que a AdC aqui perpassa é de intolerância para com os acordos de sustentabilidade ou, e sempre, uma indicação desajustada, no sentido de que nenhuma particularidade terão - para a política da AdC -, os objetivos de sustentabilidade ínsitos num acordo ou iniciativa entre empresas.

Numa matéria em que se antecipa que as empresas verão a sua atividade escrutinada (veja-se, a título de exemplo, a obrigação consagrada no artigo 13.º da CSDDD, impondo a colaboração construtiva com as partes interessadas, e, bem assim, o disposto no artigo 14.º da CSDDD, quanto à consagração de um mecanismo de notificação e de um procedimento de reclamação a instituir pelas empresas), a inclusão no Guia de mais um canal de denúncia sujeitará as empresas a um controlo que poderá, na prática, impedi-las de tudo fazer.

Ora por receio de incumprirem a **obrigação de colaboração** consagrada na CSDDD como *medida adequada* para prevenir ou fazer cessar os efeitos negativos potenciais e reais das respetivas atividades (cf. artigos 10.º, n.º 2, al. f) e n.º 3, e 11.º, n.º 3, al. g) e n.º 4, e considerandos 46, 49 e 54 da CSDDD). Ora por receio de incumprirem as regras da concorrência em resultado dessa colaboração.

Espera-se que a AdC contribua para um enquadramento mais amigável nesta sede.

IV. Conclusão

A Morais Leitão pretende, com esta pronúncia, dar o seu contributo para a melhoria do Guia, procurando nele introduzir maior clareza, transparência e objetividade, quanto ao contexto de apreciação e, bem assim, quanto à política da Autoridade relativamente aos acordos de sustentabilidade.

O objetivo final que se partilha com a AdC é o de assegurar o cumprimento das metas da Agenda 2030, a realização dos seus objetivos, e a efetivação da sustentabilidade como princípio e valor transversal do ordenamento jurídico e das diferentes políticas em que se concretiza (incluindo a concorrência).

Pese embora a meritória iniciativa da AdC, procuram estas Observações sinalizar os pontos cuja correção ou densificação permitirão ao Guia de Boas Práticas funcionar como um instrumento verdadeiramente demonstrativo do papel do Direito da Concorrência e da AdC na garantia de um presente de segurança para as empresas e de um futuro sustentável para a sociedade em geral.

20 de junho de 2024

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, S.P. R.L.