

INFORMAÇÃO

Assunto: Guia de Boas Práticas sobre Acordos de Sustentabilidade da Autoridade da Concorrência – Divulgação de Consulta Pública

Comentários do Gabinete do Secretário de Estado da Economia

Há um consenso cada vez mais generalizado de que as **empresas devem internalizar questões ambientais, sociais e de boa governação para acrescentar valor, ser competitivas e garantir o seu sucesso empresarial a longo prazo**. Na prossecução destes objetivos, as empresas **não estarão**, porém, **isentas das suas obrigações relativas ao cumprimento das regras da concorrência**. Este é um entendimento que partilhamos inteiramente, e é consubstanciado pela Comissão europeia nas Novas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) aos Acordos de Cooperação Horizontal em junho passado, e que incentivamos a que seja devidamente comunicado.

Julgamos essencial reforçar o que resulta claro desta iniciativa da Comissão que defende que a **promoção da sustentabilidade e a defesa da concorrência não são dimensões opostas**, dando espaço a uma flexibilização na análise dos acordos de cooperação que contribuem para a sustentabilidade e cumprimento das metas ESG.

Em termos gerais, o documento que recebemos e agradecemos a oportunidade de comentar, parece-nos exaustivo, autoexplicativo, e da máxima relevância. Contudo, levantamos algumas questões que poderão merecer mais reflexão e propomos o reforço de mensagens que são essenciais sobretudo tendo em conta o universo alargado de PME do nosso tecido empresarial. Expõem-se em baixo.

I Enquadramento – Pressão do Pacto Ecológico Europeu para a sustentabilidade

A urgência de soluções que respondam aos desafios de sustentabilidade e a sua crescente priorização na agenda política global, e em particular da UE com o Pacto Ecológico Europeu (2019), a que acresce a pressão da opinião pública, não deixa dúvidas de que terá de existir uma mobilização de várias entidades e domínios políticos, jurídicos e económicos neste sentido (aqui incluíram-se as Autoridades Nacionais para a Concorrência).

Inspirado no Acordo de Paris sobre as Alterações Climáticas e na Agenda 2030 dos ODS das Nações Unidas (ambos de 2015), o Pacto Ecológico Europeu mobilizou a agenda europeia para atingir-se a neutralidade carbónica até 2050, rumo a um modelo económico ambientalmente mais sustentável, que cumpra também um conjunto de outras métricas de foro social e de boa governação.

Neste forte apelo (e imposição legal) à sustentabilidade, a UE concluiu que as iniciativas que promovam práticas sustentáveis não deverão ser desencorajadas por uma abordagem rígida do Direito da Concorrência.

II Acordos de Cooperação Horizontal e Direito da Concorrência

Demonstrando o reconhecimento por parte da Comissão da crescente importância dos acordos de cooperação horizontal em matérias que caíam nos âmbitos ESG, as novas Orientações passaram a incluir um capítulo exclusivamente dedicado aos acordos de sustentabilidade, trazendo clareza e sustentação jurídica quanto à abrangência dos mesmos no âmbito da aplicação do artigo 101.º, nrs 1 e 3, do TFUE.

Em termos práticos, as Orientações vêm analisar a compatibilidade dos acordos entre concorrentes que promovam objetivos de sustentabilidade com as regras da concorrência, dando exemplos das situações que suscitam preocupações (ie acordos com finalidades anticoncorrenciais como por exemplo fixar preços ou dividir mercados ou clientes) e outros que podem ser normalizadas mediante o cumprimento de determinadas características (*de minimis*, *soft safe harbour*, salvaguardas, transparência, etc) – aqui incluem-se por exemplo acordos que dizem respeito à conduta interna das empresas, campanhas de sensibilização a nível da indústria e outros que visam criar bases de dados contendo informações sobre fornecedores ou distribuidores sustentáveis.

Pela primeira vez, inclui-se a possibilidade de se considerar benefícios não só para os beneficiários diretos dos produtos em causa, mas também benefícios coletivos relacionados com externalidades positivas para a sociedade (ie abrandamento das alterações climáticas ou a redução da poluição em grande escala), bem assim como os efeitos pro-concorrenciais de um acordo que restringe a concorrência em mercados que não são diretamente afetados pelo mesmo.

III Questões que podem ser levantadas

1. Porque é que o Guia é necessário?

O Guia de Boas Práticas apresentado, sendo uma síntese clara do constante na legislação europeia e reflexo das novas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE, poderá ganhar robustez e facilitar a compreensão dos temas em análise se **incluir informação contextual e uma justificação para a relevância do assunto**.

2. O que entendemos por **objetivos e normas de sustentabilidade** (são os definidos no Pacto Ecológico Europeu, por sua vez inspirados nos Acordos de Paris e ODS das Nações Unidas?) Talvez incluir para efeitos de conhecimento geral e pela utilidade que terá neste exercício, uma inventariação do que está contemplado dentro destes conceitos e onde estão identificados. Sobretudo se considerarmos que estes acordos de sustentabilidade têm maior incidência em setores específicos (ver pergunta 6).

3. Como foram transpostas as novas Orientações para o direito nacional?

Tendo em conta que a legitimidade conferida pelo TFUE quanto à integração de considerações de sustentabilidade na aplicação do Direito da Concorrência, está na “discricionariedade das autoridades nacionais fazer uma interpretação da lei que permita às suas empresas, dentro de limites razoáveis, avançar com iniciativas que contribuam de forma significativa para o desenvolvimento sustentável nos diferentes Estados-membros”, seria útil perceber-se **quão conservador ou flexível é o posicionamento de Portugal em relação à aplicação das novas Orientações** e o que já está em marcha noutros países. O exercício de benchmarking permitir-nos-ia seguir modelos que estão a funcionar melhor (assim existam semelhanças que permitam a comparabilidade).

Nos casos das autoridades reguladoras que tenham uma posição mais favorável, têm-se verificado a adoção de iniciativas concretas em prol de uma política concorrencial mais verde e sustentável (ie AdC Alemanha). **Qual é a posição da AdC nacional em relação a esta matéria?**

4. É possível pensar-se num modelo que seja promotor de mais concorrência nos acordos de sustentabilidade? O objetivo último seria o de se incrementarem práticas e iniciativas conjuntas alinhadas com os princípios ESG¹ mediante uma **concorrência coletiva positiva**, assim estimulando-se mais colaboração e maiores ganhos para o conjunto da sociedade, sem se comprometer regras concorrenciais.

5. As partes dos acordos podem incluir empresas ou organizações de Estados-membro que não sejam do mercado interno? É correto assumir-se que sim caso os efeitos desses acordos se produzam dentro das fronteiras da UE, e, portanto, as regras aplicam-se ao objeto ou objetivo do acordo e não aos seus atores de execução?

6. Quais são os setores afetados?

As Orientações são transversais a todos os setores económicos, mas a evolução regulatória nestas matérias tem tido uma **maior incidência nos setores industrial e energético, sector agrícola, setor têxtil, e setor da mobilidade sustentável** por exemplo. São também estes os setores mais propensos à colaboração empresarial para alcançar objetivos de sustentabilidade e merecerão especial destaque?

7. Seria importante perceber-se melhor as condições dos acordos que os fazem a) não estar abrangidos pelo Direito da Concorrência, b) que os tornam isentos, c) que os salvaguardam da aplicação das regras concorrenciais, d) e que os tornam compatíveis. **Talvez disponibilizando mais exemplos que ilustrem cada um dos casos.**

8. O que consta nas Orientações é que para além dos acordos que não afetam negativamente parâmetros da concorrência (ie preço, qualidade, inovação, quantidade, escola ou diversidade) e que como tal ficam excluídos do âmbito da aplicação do Direito da concorrência, é improvável que os acordos de normalização para a sustentabilidade produzam efeitos negativos apreciáveis na concorrência nos casos de pequena importância (ou *de minimis*), nos acordos que beneficiem de 'salvaguarda não vinculativa', acordos que beneficiem de isenção por categoria dos RIC I&D e RIC especialização, e acordos de produtores agrícolas (os últimos podendo beneficiar de exclusão total pelo Regulamento OCM). **Poderá fazer sentido incluir mais exemplos de casos em que se observem estas condições.**

9. Os acordos de sustentabilidade que restrinjam a concorrência podem ser justificados e declarados compatíveis com o Direito da Concorrência quando exista um **equilíbrio entre as restrições à concorrência e os benefícios ecológicos que se antecipa alcançar**. Apesar de nomear quatro condições cumulativas necessárias à justificação da compatibilidade (identificadas na p. 19), as novas Orientações da Comissão não detalham a forma como este equilíbrio deve ser feito, e as condições redigidas em termos amplos deixam margem de discricção ao aplicador das regras. **O que está previsto pela AdC na sua aplicação?**

¹ Começou a ser aplicado a 1 de janeiro deste ano, o primeiro conjunto de normas europeias para reporte ESG das empresas, previstas pela Diretiva 2022/2464, relativa ao Reporte Corporativo de Sustentabilidade (CSRD) da União Europeia, que vem alterar a Diretiva 2014/95/UE (Diretiva NFRD), relativa ao reporte de informação não financeira. As normas foram adotadas pela Comissão Europeia no final de julho de 2023 e publicadas formalmente a 22 de dezembro (Regulamento Delegado (UE) 2023/2772 da Comissão, de 31 de julho de 2023.



10. O que está previsto nos casos em que se elimina a concorrência, mas há um reconhecimento do benefício para os consumidores e conjunto da sociedade (beneficiando por exemplo da norma da “demonstração de ganhos de eficiência”)? **Existirão outros exemplos de “benefícios coletivos” que não podem ser aceites?** O exemplo apresentado na p. 21 deixa espaço a dúvidas, podendo argumentar-se que **há um benefício coletivo pela melhor gestão de água que afeta todos.**

11. O que se entende por aumento ‘significativo’ de preço? Esta leitura pressupõe uma métrica que se deve indicar (mesmo sendo uma que já conste em atos legislativos anteriores). E como se delimitam os mercados afetados pelas normas (p.12 e p.13)?

12. **Participação de Autoridades Públicas.** Na página 24 não é claro quem será responsabilizado pela irregularidade, partindo do pressuposto que as Autoridades Públicas poderão ser imputadas de infração às regras da concorrência, ou não?

Em que medida estão contempladas, caso existam intersecções, algumas das disposições incluídas na RCM 132/2023 que define os critérios ecológicos aplicáveis à celebração de contratos por parte das entidades da administração direta e indireta do Estado?

13. Nos casos em que identificam irregularidades, pode a AdC propor alternativas/apresentar recomendações?

14. As empresas que desejem celebrar um acordo de sustentabilidade podem solicitar orientações, de maneira informal, junto da Comissão, ou da AdC nacional, de modo a garantir a conformidade com as regras de concorrência nacionais e da UE?

IV Síntese das principais mensagens

As novas Orientações implicam que o princípio do desenvolvimento sustentável seja tido em consideração na aplicação do artigo 101.º do TFUE dedicado à prática concorrencial. Este é um princípio e objetivo prioritário da UE alinhado com os compromissos da Comissão quanto ao cumprimento dos ODS e dos direitos humanos, tendo as empresas um papel fundamental na sua consecução. Esta mensagem deve ser perentória – **as boas práticas que se apresentam contribuem para os esforços regulatórios da UE no sentido da conduta empresarial responsável, permitindo que as empresas colaborem com outras entidades e partilhem recursos no exercício de diligência pelos direitos humanos e pelo ambiente.**

Também será importante acrescentar que não obstante a inserção de uma secção autónoma sobre sustentabilidade nas Orientações, a Comissão determinou que a análise dos acordos entre concorrentes que prosseguem um ou mais objetivos de sustentabilidade será sempre feita em conformidade com o capítulo relevante que trata especificamente desse tipo de cooperação.

Finalmente, as novas Orientações da Comissão e boas práticas sobre acordos de sustentabilidade colocam as **regras da concorrência enquanto medidor da compatibilidade e legitimidade de determinadas ações coletivas**, o que vemos como um aspeto muito relevante – encorajam-se ações coletivas que persigam propósitos sustentáveis e fins de responsabilidade empresarial, ao mesmo tempo que as leis de mercado são salvaguardadas e não se comprometem parâmetros concorrenciais. **O Direito da Concorrência desempenha assim um papel relevante na promoção da sustentabilidade e é visto como um instrumento útil no combate a práticas empresariais insustentáveis.** Estas mensagem devem ser reforçadas.