

ESG E CONCORRÊNCIA*

Rita Prates

As questões ambientais, sociais e de governação (*Environmental, Social and corporate Governance* – “ESG”) são uma oportunidade para as empresas demonstrarem aos seus clientes e investidores que têm um forte compromisso para melhorar a sua responsabilidade empresarial, através da implementação de políticas de sustentabilidade.

Para muitas empresas, este novo enquadramento, além da tal oportunidade de inovação e transformação, acaba por ser também uma derradeira forma de sobrevivência empresarial num mundo que se quer melhor.

A sustentabilidade passou a assunto da ordem do dia e critério relevante nas escolhas dos consumidores que, motivados por uma consciência cada vez mais responsável, optam por adquirir produtos a empresas que cumpram regras ESG, em detrimento de outras, mesmo que para isso tenham de pagar um preço mais elevado. O preço, como fator de escolha preferencial, vai perdendo a sua predominância, e a sustentabilidade torna-se cada vez mais num novo parâmetro onde as empresas têm de competir.

Sendo, por um lado, as empresas encorajadas a adotar uma conduta sustentável, nomeadamente pelo Pacto Ecológico Europeu, que tem como objetivo atingir a neutralidade climática até 2050, não faria sentido que meritórias iniciativas de sustentabilidade fossem, por outro lado, desencorajadas devido a uma abordagem antiquada e excessivamente rígida do direito da concorrência.

Nesta nova era da sustentabilidade, as empresas, para garantirem a sua vantagem competitiva, reconhecem a necessidade de abordar proactivamente estas questões ambientais, sociais e de governação. Algumas poderão progredir sozinhas, mas, para muitas, será necessária a colaboração dentro das

* Excertos deste artigo foram publicado no jornal ECO no dia 15 de novembro de 2022.

respetivas indústrias para conseguir provocar estas mudanças. É precisamente nesta colaboração entre empresas que entram as regras da concorrência.

Historicamente, a análise jusconcorrencial dos acordos entre empresas concorrentes (“acordos horizontais”) realizada pela Comissão Europeia (“Comissão”) e pela Autoridade da Concorrência, em especial no que respeita ao balanço entre os efeitos pro-concorrenciais e os efeitos restritivos da concorrência de um acordo, tem sido no sentido de excluir quaisquer fatores não económicos – tais como benefícios ambientais e outros benefícios de sustentabilidade –, focando-se numa análise estrita de eficiências económicas, o que implica a correlativa prova da quantificação dos benefícios económicos para os consumidores (em especial, o preço) em determinado mercado relevante.

E é aqui que se começa a escrever a nova história: farão ainda sentido estas regras estritas ou, ao invés, deverá haver uma maior flexibilização das regras de concorrência na cooperação entre concorrentes que visam alcançar objetivos de sustentabilidades?

Depois de um longo debate, a resposta começa a ser dada e o caminho segue o trilho da flexibilização, com as autoridades de concorrência nacionais e a Comissão a contribuir indiretamente para os objetivos do Pacto Ecológico Europeu, através de medidas que visam garantir maior segurança jurídica às empresas na criação e colaboração em projetos de sustentabilidade.

Paradigmático desta mudança são as novas Orientações Horizontais da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (“Orientações”), submetidas a consulta pública em março de 2022, conjuntamente com os Regulamentos de Isenção por Categoria de acordos I&D e de especialização, que entrarão em vigor na sua versão revista em 1 de janeiro de 2023.¹

As Orientações, reconhecendo a importância crescente que os acordos entre concorrentes podem ter na realização dos objetivos do Pacto Ecológico Europeu, visam proporcionar maior clareza sobre a forma de avaliar os acordos de sustentabilidade à luz das regras de concorrência, incluindo, para o efeito, toda uma nova secção dedicada à sustentabilidade.

De acordo com as Orientações, o termo “sustentabilidade” é interpretado de forma ampla, não se limitando a cooperação em matérias ambientais, mas abarcando também tipos de cooperação que visam respeitar os direitos humanos ou assegurar o bem-estar dos animais.

1 Cfr. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en.

Por sua vez, o termo “acordo de sustentabilidade” refere-se a qualquer tipo de acordo de cooperação horizontal que vise genuinamente um ou mais objetivos de sustentabilidade, independentemente da forma de cooperação, incluindo-se nesta definição, acordos de investigação e desenvolvimento ou de cooperação na compra para beneficiar o ambiente, entre outros.

Também, fica claro das Orientações que o simples facto de um acordo prosseguir um objetivo de sustentabilidade, não significa que o direito da concorrência não lhe seja aplicável e que, não obstante a inserção de uma secção autónoma sobre sustentabilidade, a análise dos acordos entre concorrentes que prosseguem um ou mais objetivos de sustentabilidade sempre se fará em conformidade com o capítulo relevante das Orientações Horizontais que trata especificamente desse tipo de cooperação (troca de informações, produção, I&D, etc.). Ou seja, a Comissão não criou uma metodologia separada para examinar os acordos de sustentabilidade.

Nas referidas Orientações, a Comissão identifica, pela primeira vez, as iniciativas de cooperação para a sustentabilidade que não levantam preocupações de concorrência, destacando acordos que dizem respeito à conduta interna das empresas, campanhas de sensibilização a nível da indústria e acordos que visam criar bases de dados contendo informações sobre fornecedores ou distribuidores sustentáveis.

Contudo, e uma nota de cautela para as empresas, esta permissão não deverá ser interpretada de forma absoluta, devendo as empresas continuar a avaliar cuidadosamente o tipo de informação recolhida sobre fornecedores e distribuidores, bem como as modalidades precisas de acesso a base de dados.

Outro tipo de cooperação que merece a atenção das Orientações diz respeito ao estabelecimento de normas de sustentabilidade numa dada indústria. Serão exemplos deste tipo de acordos quaisquer iniciativas entre concorrentes que procurem, por exemplo, eliminar gradualmente produtos e processos não sustentáveis, harmonizar tamanhos de embalagens para reduzir resíduos, ou acordos de compra de produtos que tenham sido produzidos de forma sustentável.

Tais acordos poderão conduzir a custos de produção ou de aquisição mais elevados que se repercutem nos preços, ou ter efeitos de exclusão de outros concorrentes. Para mitigar potenciais efeitos negativos, as Orientações enumeram várias condições que, se cumpridas, dão a devida segurança jurídica às empresas, certificando que é pouco provável que o acordo seja proibido (um *soft safe harbour*). Neste tipo de condições incluem-se a transparência, a

abertura a todos os concorrentes interessados ou a não oposição à inclusão de normas mais exigentes.

Outros acordos de sustentabilidade que restrinjam a concorrência só poderão beneficiar de uma isenção se as restrições forem indispensáveis à concretização do acordo e se os consumidores obtiverem uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes. A novidade nesta análise é que é alargado o tipo de benefícios que serão considerados relevantes.

Serão assim valorados benefícios diretos, que refletem considerações tradicionais de eficiências, através da quantificação dos benefícios diretos relacionados com as características intrínsecas de um produto, tais como melhoria da qualidade ou diminuição do preço; mas também serão valorados benefícios qualitativos indiretos, ou seja, os benefícios resultantes da perceção da utilização sustentável de um produto pelo consumidor.

As Orientações abrem também a possibilidade de as empresas argumentarem que existem benefícios não só para os beneficiários dos produtos em causa, mas também benefícios coletivos relacionados com externalidades positivas para a sociedade, tais como acordos que promovam o abrandamento das alterações climáticas ou a redução da poluição em grande escala.

Abre-se, assim, a possibilidade de se considerar benefícios na análise dos efeitos pro-concorrenciais de um acordo que restringe a concorrência também noutros mercados além daquele afetado pelo acordo, o que, mesmo com as limitações constantes das Orientações, é uma evolução na aplicação do direito da concorrência.

As diversas autoridades, incluindo a Autoridade da Concorrência², dão claros sinais de que a promoção da sustentabilidade e a defesa da concorrência não são dimensões opostas, e abrem caminho para uma flexibilização na análise dos acordos que contribuem para a sustentabilidade e cumprimento das metas ESG.

Esta flexibilização está, contudo, longe de significar um sacrifício do direito da concorrência. As autoridades de concorrência não deixarão de averiguar se o acordo é de facto necessário e também não deixarão de fazer uma avaliação sólida dos alegados benefícios, nem tão-pouco perderão de

2 Cfr. Intervenções da Presidente da Autoridade da Concorrência <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/intervencoes/Margarida%20Matos%20Rosa%20-%20Pros%20Cons%20of%20Sustainability%20Agreements.pdf> e New Challenges to Competition Enforcement in a Much More Online and Greener World - Margarida Matos Rosa | Autoridade da Concorrência (concorrenca.pt).

vista o risco de cartéis disfarçados de pactos de promoção da sustentabilidade (*greenwashing*).³

As políticas de ESG são cada vez mais percebidas como essenciais, mas na sua prossecução as empresas não estarão isentas das suas obrigações relativas cumprimento das regras da concorrência.

A promoção da sustentabilidade não significa a despromoção da concorrência.

³ *Ibid.*