

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS

Direito da Concorrência: que papel para a sustentabilidade?

Isabel Sousa Chaves

M

2023

Dissertação conducente à
obtenção do grau de Mestre em Direito,
na área de especialização em Ciências
Jurídico-Económicas, realizada sob
orientação do Sr. Professor Doutor JOSÉ
ANTÓNIO DO CARMO DA SILVA SÁ DOS REIS.



Resumo

Esta dissertação tem como objetivo entender de que forma é que considerações de sustentabilidade podem ser integradas no âmbito da política de concorrência e na aplicação das regras concorrenciais da UE, facilitando soluções aos atuais desafios ambientais.

Com este intuito, esta investigação aborda os fundamentos que estão na base dos movimentos contra e a favor desta integração, aprecia a legitimidade da mesma à luz dos Tratados e analisa as oportunidades para uma interpretação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE mais favorável às iniciativas de sustentabilidade e menos favorável às práticas insustentáveis.

Conclui-se que as regras de concorrência permitem uma abordagem mais integrativa das considerações de sustentabilidade do que a que tem vindo a ser adotada pela Comissão, o que é respaldado em casos mais antigos da prática decisória da Comissão e na jurisprudência do TJUE. Está, porém, na discricionariedade das autoridades de concorrência flexibilizar as suas posições de forma a contribuir de forma significativa para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-Chave: Direito da concorrência; Sustentabilidade; Integração ambiental; acordos.

Abstract

This dissertation aims at understanding how sustainability considerations can be integrated into competition policy and in the enforcement of EU competition rules, facilitating solutions to current environmental challenges.

Thus, this research explores the foundations underlying the movements for and against this integration, examines its legitimacy in light of the Treaties, and analyzes opportunities for an interpretation of Articles 101 and 102 of the TFEU which is more favorable to sustainability initiatives and less favorable towards unsustainable practices.

It concludes that competition rules allow for an approach that better integrates sustainability considerations than the one currently held by the Commission, which is supported by older cases in the Commission's decision-making practice and the case-law of the CJEU. It is however within the enforcers' discretion to adjust their positions in order to significantly contribute to sustainable development.

Key-words: *Competition law; Sustainability; Environmental integration; agreements.*

Aos meus pais.

Lista de Siglas

ACM	Autoridade para os Consumidores e Mercados dos Países Baixos
AFCA	Autoridade Federal da Concorrência da Áustria
AG	Advogado-Geral
ANC	Autoridade nacional de concorrência
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
ICC	Câmara de Comércio Internacional

Sumário

Introdução	5
1. A integração de considerações de sustentabilidade no âmbito do Direito Europeu da Concorrência	6
1.1. A degradação ambiental enquanto consequência de falhas de mercado.....	7
1.2. O Direito da Concorrência como impulso ou obstáculo ao desenvolvimento sustentável e a premissa do “ <i>consumer’s willingness to pay</i> ”	9
1.3. Enquadramento da questão à luz dos Tratados da União Europeia	11
2. A análise de acordos de sustentabilidade ao abrigo do artigo 101.º do TFUE	14
2.1. Acordos abrangidos e não abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.....	14
2.2. Isenção de acordos de sustentabilidade ao abrigo do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.....	21
2.2.1. Ganhos de eficiência	22
2.2.2. Reserva aos consumidores de uma parte equitativa dos benefícios resultantes...23	
2.2.3. Indispensabilidade das restrições	28
2.2.4. Não eliminação da concorrência	29
2.3. Desenvolvimentos por parte das entidades reguladoras da concorrência	31
3. Considerações de sustentabilidade à luz do artigo 102.º do TFUE	39
3.1. O artigo 102.º do TFUE enquanto “arma” contra práticas insustentáveis.....	39
3.2. A sustentabilidade enquanto “escudo” face ao artigo 102.º do TFUE	47
Conclusão	52
Referências	53

Introdução

A procura por soluções à crise climática tem vindo a tornar-se uma preocupação central na sociedade contemporânea, refletindo-se em várias áreas de atuação. É neste contexto que emerge a discussão acerca da possibilidade de utilização do direito e política de concorrência para promover o desenvolvimento sustentável, assim como acerca do papel que as considerações de sustentabilidade, particularmente a nível ambiental, podem ter no âmbito da aplicação das normas concorrenciais. Esta dissertação propõe-se a explorar estas questões.

No primeiro capítulo, analisaremos a interseção entre o direito da concorrência e a sustentabilidade, com vista a perceber os fundamentos que estão na base dos movimentos a favor e contra a integração de questões ambientais neste ramo do direito. Começaremos por abordar a degradação ambiental enquanto consequência de falhas de mercado, como ponto de partida para a intervenção do direito da concorrência na sua mitigação, e questionar a premissa do “*consumer’s willingness to pay*” como argumento contra esta integração. Além disso, enquadraremos a questão à luz dos Tratados, identificando as bases jurídicas para abordar a relação entre sustentabilidade direito da concorrência.

No segundo capítulo, examinaremos as oportunidades para integrar considerações de sustentabilidade na aplicação do artigo 101.º do TFUE, nomeadamente a abrangência ou exclusão de acordos de sustentabilidade no âmbito desta proibição e a possibilidade da sua isenção ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo. Além disso, atentaremos aos desenvolvimentos recentes de algumas entidades reguladoras da concorrência neste domínio.

No terceiro capítulo, voltaremos a nossa atenção para as possibilidades que o artigo 102.º do TFUE apresenta para a integração de considerações de sustentabilidade. Veremos como este artigo pode ser utilizado como um instrumento para combater práticas empresariais insustentáveis e promover a sustentabilidade e examinaremos de que forma a sustentabilidade pode ser invocada como elemento de defesa face à proibição estabelecida neste artigo.

Por meio desta pesquisa, pretendemos entender se e de que forma o direito da concorrência pode desempenhar um papel na promoção da sustentabilidade através da integração destas considerações na sua aplicação, analisando as oportunidades e limitações existentes a esta abordagem e contribuindo, a final, para uma melhor compreensão desta discussão.

1. A integração de considerações de sustentabilidade no âmbito do Direito Europeu da Concorrência

A urgência de soluções aos desafios de sustentabilidade e a sua crescente priorização na agenda política global, e particularmente da União Europeia com o Pacto Ecológico Europeu¹, aliadas à pressão feita pela opinião pública, têm vindo a incitar o debate acerca do contributo que diversas entidades e domínios políticos, jurídicos e económicos podem dar com vista a mitigar os efeitos da crise climática e ambiental que coloca uma ameaça existencial à humanidade e prevenir o seu agravamento.

Assim, também no âmbito do direito e política de concorrência se verifica um acentuar da discussão relativamente ao papel que este ramo do direito deve ou não ter na persecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável e, por sua vez, de que forma as questões de sustentabilidade podem ou não ser consideradas aquando da aplicação destas normas.

Esta discussão vem pôr em causa a ‘abordagem mais económica’ adotada pela Comissão Europeia no início do presente século – no âmbito do movimento de modernização² do direito e política da concorrência –, que se foca no ‘bem-estar do consumidor’, entendido numa perspetiva económica neo-clássica³, como critério da aplicação das normas de concorrência. Não significa isto que, até então, o direito da concorrência comunitário assentava em postulados não económicos⁴. No entanto, a antecedente prática decisória da Comissão não tinha uma teoria conceitual interpretativa subjacente à sua análise e algumas considerações de outras políticas, incluindo a ambiental, podiam de certa forma ser ponderadas⁵.

Esta reforma ou modernização do direito e da política de concorrência da União apresenta, assim, influências da Escola de Chicago, segundo a qual o carácter instrumental da

¹ Vide COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão – Pacto Ecológico Europeu* COM/2019/640 final.

² COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE* (1999), pág. 1. COMISSÃO EUROPEIA, DG for Competition, *Modernização das regras comunitárias de aplicação dos artigos 81º e 82º do tratado: regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho e pacote de modernização* (2006), pág. 118.

³ FROUFE, SERAFIM (2009), pág. 845.

⁴ MOURA E SILVA, MIGUEL (2020), p.116.

⁵ “*Antes do ano 2000, (...) a Comissão também tomou em conta outros tipos de efeitos benéficos ao abrigo do Artigo 101(3) TFUE, incluindo os benefícios que tradicionalmente são objeto de um ramo de política distinto. A maioria destes casos envolvia vantagens industriais, sociais e ambientais.*” - WITT, ANNE (2014), pág. 4 (tradução nossa).

concorrência tem como objetivo exclusivo alcançar o bem-estar do consumidor⁶, maximizando a eficiência económica, sem deixar espaço à integração de objetivos não-económicos. Citando VEDDER, para esta doutrina “*a teoria da concorrência tinha embutida uma crença firme nas propriedades auto-regenerativas do mercado*”⁷.

Ainda que vários autores entendam que a União Europeia, na prática, não segue exatamente este paradigma⁸ – não negando a sua influência, particularmente na reforma mencionada, mas apontando a título exemplar a relevância do objetivo do funcionamento do mercado interno como incompatível com os preceitos da Escola de Chicago –, é aqui que parece radicar a base argumentativa dos opositores à integração das questões de sustentabilidade no plano da concorrência.

Por outro lado, mesmo atentando à teoria económica na base da modelação da concorrência, e reconhecendo-se que, permanecendo os mercados competitivos, os consumidores beneficiarão de preços baixos e produtos inovadores, os economistas tendem a concordar que a necessidade de intervenção das normas de concorrência surge quando existe uma falha de mercado⁹, i.e., quando a mão invisível do mecanismo de oferta e procura do mercado não resulta numa alocação ótima dos recursos.

1.1. A degradação ambiental enquanto consequência de falhas de mercado

Em 2007, o economista NICHOLAS STERN afirmou que “*as alterações climáticas são o resultado da maior falha de mercado que o mundo já viu*”¹⁰. De facto, há várias fontes de “*market failures*” que podem ser analisadas neste contexto. A mais evidente verifica-se pela circunstância de que, quando um consumidor adquire um produto, quase nunca o preço que paga se traduz no seu custo real. Isto porque há muitas vezes um custo ambiental – resultante, por exemplo, das emissões de gases, da poluição ou da sobre-exploração de recursos que a

⁶ “*O bem-estar do consumidor, como o termo é usado na concorrência, não tem nenhuma componente suntuária ou ética, mas permite que os consumidores definam pela sua expressão de desejos no mercado que coisas consideram como riqueza.*” – BORK, ROBERT H. (1978), pág. 90 (tradução nossa).

⁷ VEDDER, HANS (2003), pág. 35 (tradução nossa).

⁸ “*A atual política de concorrência da UE exhibe atributos de uma mistura de modelos teóricos, combinando influências ordo-liberais, da Escola de Harvard e da Escola de Chicago. (...) É notório que a ênfase de Chicago no bem-estar total não é seguida na UE, onde o foco continua a ser o bem-estar do consumidor, no sentido amplo, não-técnico (e bastante mal definido) dos interesses ou do bem-estar do consumidor. Como Budzinski coloca, a política de concorrência da UE não se baseia numa “monocultura”, mas sim numa diversidade em constante evolução na economia de concorrência.*” – KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 38 (tradução nossa).

⁹ Cfr. MONTI, GIORGIO (2007), pág. 55.

¹⁰ STERN, NICHOLAS (2007) (tradução nossa).

produção e distribuição daquele produto implicou – que não se reflete no preço de mercado, mas que é suportado pela sociedade como um todo¹¹, pelas gerações futuras e pelos contribuintes. Este custo ambiental (e social) traduz-se numa externalidade negativa cujas consequências não têm nenhum impacto direto para quem a produz e que, por essa razão, não tem necessidade de rever e alterar a sua conduta.

Uma outra causa apontada como origem desta falha de mercado é a existência de assimetrias de informação entre produtores e consumidores, relativas às condições ambientais ou de bem-estar animal envolvidas no processo de produção, o que dificulta a correta aceção, por parte do consumidor, do impacto ambiental de uma determinada compra. Por outro lado, mesmo quando toda a informação relevante é disponibilizada, é necessário ter em consideração outro fenómeno: a irracionalidade do comportamento dos consumidores¹².

Em primeiro lugar, porque tomam decisões preferindo recompensas menores e imediatas do que benefícios maiores a longo prazo (desconto hiperbólico). Ou seja, no contexto em análise, por terem a percepção de que não serão afetados diretamente pelos efeitos das alterações climáticas ou que apenas o serão de forma remota, os consumidores não optam por suportar hoje um custo individual superior de forma a contribuir para um benefício individual e coletivo no futuro. Em segundo lugar, porque usam métodos mais ou menos intuitivos na sua tomada de decisão, não considerando toda a informação disponível aquando da aquisição de produtos, mas apenas um ou dois parâmetros mais aparentes, como por exemplo o preço (heurística)¹³.

Tendo em conta estes fatores, a questão que se coloca é a de saber até que ponto a política de concorrência e a aplicação das suas normas podem ou devem intervir no sentido de colmatar esta falha de mercado que resulta na degradação do ambiente, tornando-se parte da solução. Apesar de alguns concorrencialistas entenderem não ser esse o papel do direito da concorrência (mas antes o de áreas como a regulação, a fiscalidade e outras iniciativas

¹¹ “Consumidores e outros podem pagar esses custos mais tarde, por exemplo, quando as alterações climáticas os afetarem na forma de secas e incêndios florestais, tempestades e inundações, doenças e problemas de saúde causados pela poluição, redução da produção de alimentos, esgotamento de recursos ou até mesmo agitação social.” – ICC, *Competition Policy and Environmental Sustainability* (2020), pág. 3 (tradução nossa).

¹² Vide GASSLER, MARTIN (2021), págs. 431-432.

¹³ VOLPIN, CRISTINA A. (2021), págs. 3-4.

interventivas estatais), outros autores¹⁴, reconhecendo a importância e até a primazia da utilização desses instrumentos, enfatizam a sua insuficiência perante a dimensão, gravidade e urgência do problema e a consequente necessidade de também o direito e política da concorrência desempenharem um papel com vista à sua mitigação.

1.2. O Direito da Concorrência como impulso ou obstáculo ao desenvolvimento sustentável e a premissa do “*consumer’s willingness to pay*”

Um dos argumentos utilizados pelos mais céticos em relação à integração que aqui se analisa, e os leva a defender que a regulação da concorrência não precisa de considerar particularmente as questões de sustentabilidade – para além do que é já consensualmente aceitável¹⁵ –, é a alegação de que o facto de as empresas concorrerem livremente entre si funciona, por si só, como impulso ao desenvolvimento sustentável, por via do fomento da inovação “verde”^{16 17}.

Isto manifesta-se, no seu entender, quer na busca de processos de produção mais eficientes, que permitam às empresas reduzir custos e as coloquem numa posição mais vantajosa que as rivais, o que poderá traduzir-se na adoção de práticas mais ecológicas (menores gastos de energia, redução ou reutilização de resíduos ou uso de materiais renováveis ou mais duradouros), quer na sua resposta à procura de produtos mais sustentáveis ou produzidos de forma mais sustentável por parte dos consumidores – fatores que estes tendem a valorizar cada vez mais.¹⁸

Efetivamente, em determinados mercados as empresas concorrem entre si com base na inovação, qualidade e reputação sustentável¹⁹, por terem não só o incentivo necessário, em

¹⁴ HOLMES vai ainda mais longe, arguindo um dever moral de tomada de ação por parte do direito da concorrência, não só pela necessidade de utilizar todas as vias possíveis contra as alterações climáticas, mas também pelo facto de este ramo do direito fazer parte do problema, na medida em que sustenta um sistema “*desenhado para usar cada vez mais os escassos recursos da Terra, produzindo cada vez mais coisas que não precisamos*”. – HOLMES, SIMON (2020), pág. 356 (tradução nossa).

¹⁵ Essencialmente no âmbito dos auxílios de Estado.

¹⁶ Vide, neste sentido, MATOS ROSA, MARGARIDA (2021).

¹⁷ “*Parece que a concorrência induz as empresas a produzir de forma mais sustentável, tão bem como se elas fossem, em parte, intrinsecamente motivadas a fazê-lo. (...) O raro acordo de sustentabilidade genuíno não pode justificar a flexibilização das regras gerais de concorrência. Parece adequado, portanto, encarar os aplausos corporativos à política de concorrência verde com algum ceticismo e suspeita.*” – SCHINKEL, MAARTEN PIETER e TREUREN, LEONARD (2021), p.73 (tradução nossa).

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cfr. ICC (2020), *Competition Policy and Environmental Sustainability*, pág. 2.

virtude da valorização daquelas características por parte dos consumidores, como a possibilidade de implementar estas estratégias de forma autónoma. Isto acontece quando as inovações adotadas não representam um custo adicional insuportável ou, caso contrário, quando os consumidores daquele mercado estão dispostos a pagar um preço superior pelo produto mais sustentável, que permite que a empresa financie o investimento feito.

Estas condições, porém, nem sempre se verificam, sendo que a já aqui referida irracionalidade dos consumidores no mercado se reflete no facto de que estes, embora reconheçam maior valor aos produtos mais sustentáveis, não estão, por via de regra, dispostos a pagar por essa sustentabilidade. Perante estas circunstâncias, as empresas, por sua vez, não estão dispostas a enfrentar o risco da ‘*desvantagem dos percussores*’ (“*first mover’s disadvantage*”)²⁰, i.e., serem as primeiras, senão mesmo as únicas, a adotar este tipo de iniciativas, arriscando investir substancialmente numa inovação que, pelos custos extra associados, acarretará uma subida do preço final do produto, o que poderá resultar na perda de consumidores que prefiram adquirir um produto mais barato, ainda que menos sustentável²¹.

A potencial solução que tem vindo a ser avançada para resolver este impasse prende-se com a possibilidade de celebração de acordos de cooperação entre empresas concorrentes num mesmo mercado, que lhes permitam viabilizar essas estratégias e objetivos “verdes”, na medida em que todas partem de um “*level playing field*”²², reduzindo o risco subjacente à ação unilateral. Ora, sendo um princípio basilar do direito da concorrência o de que as empresas concorrentes devem atuar de forma independente no mercado, muitos destes acordos encontram no artigo 101.º do TFUE um potencial obstáculo à sua concretização.

²⁰ “Um bom exemplo da “*desvantagem dos percussores*” é a decisão do retalhista alemão, Lidl, de apenas vender bananas Fairtrade na Alemanha. Os concorrentes não seguiram esta prática e a Lidl perdeu vendas, resultando numa relutante reversão da decisão apenas 8 meses depois: <<https://bananalink.org.uk/news/Lidl-backs-away-from-fairtrade-bananas/>>” – HOLMES, SIMON (2020), pág. 367, nota de rodapé n.º 31 (tradução nossa).

²¹ Para além do preço há outros aspetos abrangidos pela ‘*desvantagem dos percussores*’, tais como a perceção do produto pelo consumidor. Veja-se o exemplo da Unilever que lançou em 2013 uma versão compacta de desodorizante numa embalagem mais sustentável e disponibilizou essa tecnologia aos seus concorrentes, que no entanto não a adotaram. A inovação não teve sucesso porque a embalagem aparentava aos consumidores ter menos quantidade de produto. – cfr. FOODDRINKEUROPE’S *contribution on “Competition Policy supporting the Green Deal”* (2020).

²² CLAASSEN, RUTGER, e ANNA GERBRANDY (2018), pág. 408.

Note-se ainda²³ que, apesar de algumas formas de acordos não levantarem qualquer tipo de conflito com as normas de concorrência²⁴, a falta de orientações sobre este tópico por parte das entidades reguladoras faz com que o mero risco de as empresas virem a sofrer repercussões por uma eventual infração à lei, as possa inibir de fazer parte de qualquer ação conjunta.

Além destes aspetos, que consubstanciam barreiras à persecução de iniciativas sustentáveis por parte das empresas, há outras vertentes do direito da concorrência, designadamente no que concerne à apreciação de eventuais abusos no sentido do artigo 102.º do TFUE²⁵, que, passando a ter estas matérias em conta, poderão eventualmente ser utilizadas para contribuir para o alcance de objetivos ecológicos. Importa então analisar esta abordagem ao abrigo do direito da União, com vista a apurar o seu acolhimento legal.

1.3. Enquadramento da questão à luz dos Tratados da União Europeia

Apesar de a aplicação das normas da concorrência da União não implicar, de forma usual ou *standard*, qualquer análise de interesse público do ponto de vista ambiental, facto é que, atentando ao direito europeu, designadamente à letra dos Tratados e à sua evolução, é possível encontrar indicações claras que legitimam uma abordagem nesse sentido.

Ao contrário das previsões relativas à concorrência²⁶, que desde os primórdios da conceção das comunidades europeias têm expressão nos Tratados, só em 1987, com o Ato Único Europeu, viria a consagrar-se expressamente – nos artigos 130.º R a T do TCE – uma base legal para a política ambiental²⁷, reconhecendo-se ainda, pela primeira vez, que “*as exigências em matéria de protecção do ambiente são uma componente das outras políticas da Comunidade*” (n.º 2 do artigo 130.º R). Em 1992, o Tratado de Maastricht veio reforçar o sentido deste preceito, passando o mesmo a prever que “*as exigências em matéria de protecção*

²³ Remetemos para o subcapítulo 2.2.2. a análise da possibilidade de os acordos de sustentabilidade poderem qualificar-se para efeitos da isenção prevista no n.º 3 do referido artigo.

²⁴ Para uma análise do tipo de acordos de sustentabilidade para os quais o art.101.º, n.º 1 do TFUE não representa um obstáculo, vide WOUTERS, DAVID (2021), págs. 257-270.

²⁵ Matéria analisada no capítulo 3 da presente dissertação.

²⁶ “*O Tratado de Paris de 1951, que instituiu a CECA, veio estabelecer as primeiras regras da concorrência a nível supranacional. (...) Também o Tratado de Roma de 1957, que instituiu a então CEE, veio estabelecer um conjunto de regras de concorrência.*” – MOURA E SILVA, MIGUEL (2020), págs. 109-110.

²⁷ A partir de 1973 surgiram os primeiros programas de ação ambiental, mas eram adotados ao abrigo dos artigos 100.º e 235.º do TCE, enquanto medidas que permitiam a realização de outras políticas da competência das Comunidades e não com objetivos ambientais como um fim em si mesmos.

*do ambiente devem ser integradas*²⁸ na definição e aplicação das demais políticas comunitárias”. Estavam, assim, lançadas as bases do que é, atualmente, o artigo 11.º do TFUE. Outra novidade trazida por este Tratado foi a introdução, no âmbito do artigo 2.º do TCE, respeitante à “missão” da Comunidade, de uma referência à promoção de “*um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente*”.

O passo seguinte foi dado com o Tratado de Amesterdão, em 1997, através do qual foi realçada a importância destas questões no âmbito dos objetivos da Comunidade que, adicionalmente, passaram a incluir um “*elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente*”, o que ainda hoje consta no atual n.º 3 do artigo 3.º do TUE.

Por outro lado, e com mais relevância, este Tratado veio tornar o requisito da consideração das exigências de proteção ambiental aplicável a todas as áreas do direito da UE²⁹, ao mover o preceituado no n.º 2 do art.º 130.º R do TCE para um novo artigo (art.º 6.º do TCE), inserido na parte inicial do diploma legal, na secção relativa aos “Princípios”. Ao fazer isto a Comunidade assumiu um compromisso constitucional com o princípio da integração, salientando não ser este apenas um princípio de direito ambiental comunitário, mas um princípio geral do direito comunitário³⁰. Esta norma passou ainda a referir que a integração ambiental deveria ser feita “*em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável*”, introduzindo-se uma correlação entre ambos.

As alterações mais recentes, advindas com o Tratado de Lisboa em 2007, não implicaram uma modificação substancial do princípio da integração ambiental, tendo a norma, renumerada como artigo 11.º TFUE, sido colocada sob o título “*Disposições de aplicação geral*”. Esta previsão é, também, expressa de forma idêntica no artigo 37.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, a qual se tornou vinculativa com este mesmo Tratado. Interessa, finalmente, notar o aditamento do artigo 7.º do TFUE, que requer que a União assegure “*a*

²⁸ “*Enquanto a versão anterior com seu ‘são uma componente das’ parecia expressar um facto (e possivelmente um desejo), o ‘devem ser integradas’ parece conter claramente uma obrigação legal. Assim, a mudança de redação pode ser vista como uma grande transformação*” – NOWAG, JULIEN (2014), pág. 20 (tradução nossa).

²⁹ Cfr. NOWAG, JULIAN (2016).

³⁰ CASEY, DONAL (2009), pág. 366.

*coerência entre as suas diferentes políticas e ações, tendo em conta o conjunto dos seus objetivos (...)*³¹.

Os sucessivos reforços legislativos³² que, como vimos, se foram adotando no que respeita aos desígnios de proteção ambiental e de desenvolvimento sustentável, não deixam dúvidas quanto à crescente importância dada a estas matérias no seio da União, não só legitimando, como exigindo que também as normas de direito comunitário, nas quais se incluem as regras relativas à concorrência, sejam interpretadas e aplicadas à luz destes objetivos. Em contrapartida, em lado algum dos Tratados é referido o bem-estar do consumidor, estritamente entendido num sentido financeiro, como critério base da interpretação das normas da concorrência, ainda que, essencialmente, seja este o caminho seguido pela Comissão e demais entidades reguladoras.³³

Quanto ao entendimento jurisprudencial relativamente à norma da integração ambiental, o TJUE já se pronunciou confirmando que o artigo 11.º do TFUE impõe “*que as exigências ligadas à proteção do ambiente devem ser integradas nas políticas comunitárias previstas no artigo 3.º CE, que inclui a política da concorrência*”³⁴. Especificou ainda, num acórdão posterior³⁵, que a integração requerida pelas “*policy-linking clauses*” não se limita à fase de formulação de políticas, mas estende-se à implementação de decisões adotadas pelas instituições competentes³⁶.

Note-se que não se pretende aqui afirmar que a implementação das políticas da concorrência ou a aplicação das normas concorrenciais devam ter como finalidade primária a promoção da sustentabilidade e da proteção do ambiente, nem que estas considerações devam

³¹ Um relatório parlamentar de 2018 enfatiza a significância desta norma, afirmando: “*as regras da concorrência baseiam-se nos tratados e, conforme consagrado no artigo 7.º do TFUE, devem ser consideradas à luz dos valores europeus mais abrangentes, subjacentes à legislação da União em matéria de assuntos sociais, economia social de mercado, normas ambientais, política climática e proteção do consumidor; (...) a aplicação do direito da concorrência da UE deve abordar todas as distorções do mercado, incluindo as criadas por externalidades sociais e ambientais negativas.*” – COMMITTEE ON ECONOMIC AND MONETARY AFFAIRS OF THE EUROPEAN PARLIAMENT, *Annual Report on Competition Policy* (2018), ponto E, n.º 7 (tradução nossa).

³² Para um desenvolvimento mais pormenorizado desta evolução até ao Tratado de Lisboa, vide KINGSTON, SUZANNE (2009) *The role of environmental protection in EC competition law and policy*.

³³ Cfr. HOLMES, SIMON (2020), págs. 362-365.

³⁴ Ac. Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 2008, *British Aggregates v. Commission*, C-487/06P, EU:C:2008:757, p. 73.

³⁵ Ac. Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2013, *Stim v. Commission*, T-451/08, EU:T:2013:189, parágrafo 103.

³⁶ Neste processo estava em causa a norma de integração cultural (art.º 151, n.º 4 do TCE, atual art.º 167.º, n.º 4 do TFUE), mas a mesma lógica aplicar-se-ia a outras ‘*policy linking clauses*’, como a norma de integração ambiental. Cfr. PEZZA, ANDREA (2020), pág. 145.

prevalecer sempre sobre outras políticas ou objetivos³⁷. Apenas que, no contexto da adoção de decisões a nível da concorrência, a lei exige, no mínimo, que seja feito um balanço entre os objetivos ambientais e concorrenciais da União³⁸. Alguns autores³⁹ vão mesmo mais longe, arguindo que as previsões do direito primário da UE impõem que a implementação das políticas da concorrência não só não pode ter fins incompatíveis com os objetivos ambientais, como deve positivamente perseguir estes últimos e integrá-los nos seus próprios objetivos.

Deste modo, partindo da legitimidade conferida pelas provisões dos Tratados, cabe agora analisar as possibilidades (assim como os eventuais e inerentes desafios) que as normas da concorrência da UE oferecem para, através da ponderação destes objetivos, serem fomentadas práticas empresariais sustentáveis e desincentivadas as que tenham um efeito prejudicial, não só no bem-estar financeiro do consumidor, mas também na sociedade e no ambiente.

2. A análise de acordos de sustentabilidade ao abrigo do artigo 101.º do TFUE

2.1. Acordos abrangidos e não abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE

A integração ambiental no âmbito do direito da concorrência da União pode ser perspetivada de várias formas. Ao nível dos acordos de cooperação é necessário, em primeiro lugar, fazer uma apreciação dos acordos que tenham objetivos de sustentabilidade, no sentido de identificar os que são abrangidos pelo art.º 101.º do TFUE e os que estão fora do seu alcance.

Proíbe o n.º 1 deste artigo “*todos os acordos entre empresas (...) que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*”. Fora do seu âmbito encontram-se,

³⁷ Em sentido contrário, vide KINGSTON, SUZANNE (2011), págs.113-114, que sugere que os “*requisitos de proteção ambiental devem ser aplicados sempre com prioridade sobre todos os outros objetivos potencialmente conflitantes*” (tradução nossa).

³⁸ Uma das primeiras referências a este entendimento no TJUE, foi expressa nas Conclusões do AG PHILIPPE LÉGER apresentadas em 7 de Março de 2000, no âmbito do caso C-371/98 R v *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte First Corporate Shipping Ltd.*, em que este observou que o desenvolvimento sustentável “*não significa que os interesses do ambiente devam necessária e sistematicamente prevalecer sobre os interesses defendidos no âmbito de outras políticas prosseguidas pela Comunidade (...) Ele coloca, ao contrário, o acento no necessário equilíbrio entre variados interesses, por vezes contraditórios, mas que convém conciliar*”, parágrafo 54.

³⁹ IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS (2020).

assim, desde logo, os acordos que promovam condutas sustentáveis quando as entidades envolvidas não se enquadrem na definição de ‘empresa’, por não exercerem uma atividade económica⁴⁰. Será este o caso, por exemplo, quando as entidades em causa assegurem a *compliance* com as regras de proteção ambiental determinadas pela regulação pública⁴¹. No mesmo sentido, o preceito também não alcança acordos entre empresas celebrados em função de uma imposição por parte de um Estado⁴², desde que não seja dada margem de manobra aos intervenientes para adoção de outras medidas.

Para além disto, nas novas *Orientações sobre acordos horizontais*⁴³ é (re)inserido um capítulo especificamente dedicado aos acordos de sustentabilidade – tópico que havia sido removido das Orientações Horizontais de 2011⁴⁴ –, no qual se esclarece que estão fora do âmbito de aplicação do artigo 101.º os acordos entre empresas que não afetem os parâmetros da concorrência tais como preço, quantidade, qualidade, escolha ou inovação, por não serem capazes de suscitar preocupações de direito da concorrência⁴⁵.

Já em relação aos acordos suscetíveis de ser abrangidos por esta proibição, a letra da norma remete-nos para uma distinção importante: entre as infrações por objeto ou objetivo e as infrações por efeito. Isto porque, convém clarificar desde já, um verdadeiro cartel que, por exemplo, pratique a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados, mas que seja disfarçado de acordo de sustentabilidade – consubstanciando uma prática de

⁴⁰ Cfr. NOWAG, JULIAN (2019), pág. 6.

⁴¹ Vide caso C- 343/ 95 *Diego Cali & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova* EU:C:1997:160, onde o TJUE afirmou que o serviço de vigilância antipoluição garantido por uma das entidades em causa, estava ligado “ao exercício de prerrogativas de proteção do ambiente, que são tipicamente prerrogativas de poder público”, não tendo “natureza económica que justifique a aplicação das regras de concorrência do Tratado.” – parágrafo 23.

⁴² “Quando a UE introduziu uma nova legislação ambiental para embalagens (a Diretiva Embalagens), os Estados membros foram obrigados a garantir sistemas de coleta para cumprir as suas obrigações ambientais. Como resultado, vários Estados membros obrigaram as empresas a cooperar num sistema de gestão de resíduos de embalagens, a fim de cumprir as suas obrigações individuais de gestão de resíduos de embalagens.” – GASSLER, MARTIN (2021), pág. 433 (tradução nossa).

⁴³ COMISSÃO EUROPEIA, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, doravante “Novas Orientações Horizontais”. A versão final foi publicada a 1 de junho de 2023.

⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal* (2011/C 11/01), doravante “Orientações Horizontais de 2011”.

⁴⁵ O documento refere, a título de exemplo, acordos quanto à implementação de condutas empresariais internas mais sustentáveis; acordos relativos à criação de bases de dados com informação sobre fornecedores que têm processos de produção sustentáveis; ou acordos respeitantes à organização de campanhas de sensibilização da pegada ambiental dos consumidores. Ibid, parágrafos 551-554.

‘greenwashing’⁴⁶ – terá por objeto a restrição da concorrência⁴⁷ e, como tal, será sempre abrangido e presumivelmente proibido à luz deste preceito legal. Por este motivo, não há aqui lugar a qualquer exercício de ponderação da sua permissibilidade no contexto da integração ambiental.

As novas Orientações Horizontais também abordam esta questão, referindo que quando as partes de determinado acordo aleguem que este persegue objetivos de sustentabilidade e quando tal suscitar dúvidas razoáveis sobre se o acordo prejudica a concorrência num grau suficiente para ser considerado uma restrição por objeto, analisar-se-á se o acordo se traduz numa infração por efeito. Tal não será o caso quando o acordo é usado para disfarçar uma restrição por objeto⁴⁸.

Quanto à apreciação de eventuais infrações por efeito, que pressupõe uma avaliação casuística dos efeitos de determinada prática no mercado, é possível reconhecer tipos de acordos de sustentabilidade com maior e menor grau de probabilidade de terem efeitos restritivos na mesma.

Recorrendo às Orientações Horizontais de 2001⁴⁹, que continham uma secção sobre “acordos em matéria de ambiente”, é improvável que sejam proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE: i) acordos que não imponham qualquer obrigação individual às partes, ou em que estas se comprometam de forma flexível à realização de um objetivo ambiental estabelecido para o conjunto do setor; ii) acordos que definam o desempenho ecológico de produtos ou processos, mas que não afetem a diversidade do produto ou processo em si ou que só influenciem reduzidamente as decisões de compra; e iii) acordos que originem uma criação de mercado⁵⁰ que, de outro modo, não existiria – quer por impossibilidade de as partes realizarem

⁴⁶ “O ‘green washing’ pode manifestar-se de duas formas, i) o comportamento não tem realmente um efeito benéfico para a sustentabilidade, ou ii) a sustentabilidade serve apenas como uma cortina de fumo para o efeito anticoncorrencial subjacente a um acordo. Uma narrativa verde por si só não justifica o abuso anticoncorrencial.” – RÖHRIG, MARKUS e MALCOLM TIFFIN-RICHARD (2021), pág. 2 (tradução nossa).

⁴⁷ Vide WHISH, RICHARD e DAVID BAILEY (2021), pág. 641, que apresentam ainda, neste âmbito, exemplos de acordos com propósitos anti-sustentabilidade, que já foram sancionados pela Comissão por se traduzirem em infrações por objeto – nomeadamente o caso “*Consumer Detergents*”, em que as empresas envolvidas acordaram em não melhorar a performance ambiental dos seus produtos para ganhar uma vantagem competitiva sobre as outras (Decisão da Comissão de 13 de Abril de 2011).

⁴⁸ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.º 534.

⁴⁹ COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal*, JO C 003 de 6.1.2001, n.ºs 185-187, doravante “Orientações Horizontais de 2001”.

⁵⁰ Por exemplo acordos de reciclagem. Ibid, parágrafo 187.

as atividades em causa isoladamente, quer por não existir qualquer outra alternativa possível ou qualquer outro concorrente.

Apesar de esta secção ter sido removida aquando da revisão de 2011, a Comissão Europeia esclareceu⁵¹ que tal não implicava nenhuma desvalorização da consideração dos acordos de sustentabilidade, entendendo que a análise destes poderia ser feita no âmbito do capítulo relevante das Orientações de 2011, nomeadamente do capítulo sobre os acordos de normalização (“*standardization agreements*”)⁵².

Com efeito, as novas Orientações Horizontais mantêm a ênfase nesta última via⁵³, indicando que é improvável que os acordos de normalização para a sustentabilidade produzam efeitos negativos apreciáveis na concorrência e prevendo mesmo um “*soft safe harbour*”⁵⁴ sob o qual estes acordos não serão proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.

Tal acontecerá na medida em que sejam cumulativamente preenchidas as seguintes condições: i) o procedimento de adoção da norma de sustentabilidade seja transparente e todos os concorrentes interessados possam participar no seu processo de seleção; ii) o acordo não imponha às empresas que não queiram participar qualquer obrigação para cumprirem a norma; iii) as empresas intervenientes continuem livres para adotar uma norma de sustentabilidade mais elevada do que a combinada; iv) as partes no acordo não troquem informações comercialmente sensíveis que não sejam necessárias para o desenvolvimento, adoção, implementação ou modificação da norma; v) o acesso ao resultado do procedimento de normalização seja efetivo e não-discriminatório; e vi) a norma de sustentabilidade não leve a um aumento significativo do preço ou a uma redução significativa da escolha do produto (a menos que a quota de mercado combinada das empresas não exceda 20% em nenhum mercado

⁵¹ Vide MEMO/10/163 *Commission consults on new regime for assessment of horizontal co-operation agreements, FAQ*.

⁵² “Os acordos de normalização têm por objectivo principal a definição de requisitos técnicos ou de qualidade que os produtos, processos ou métodos de produção actuais ou futuros podem satisfazer.” – Orientações Horizontais de 2011 (44), n.º 257.

⁵³ Via esta que consideramos ser adicional às três anteriores, em conformidade com as Orientações sobre acordos de sustentabilidade emitidas pela autoridade da concorrência holandesa em 2020, que apresentam explicitamente estes quatro cenários – cfr. subcapítulo 3.3. da presente dissertação.

⁵⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Novas Orientações Horizontais* (43), n.ºs 549-553.

relevante afetado).⁵⁵ Na ausência da verificação de alguma destas condições, será então necessário avaliar se o acordo tem ou não efeitos negativos apreciáveis na concorrência.

Atentando agora nos acordos de sustentabilidade que, pelos seus efeitos na concorrência, têm maior probabilidade de serem considerados infrações ao artigo 101.º do TFUE, incluem-se aqui os que tenham como objeto a substituição de produtos não sustentáveis e que resultem numa subida de custos para os consumidores⁵⁶, numa redução da escolha entre produtos, ou que tenham qualquer outro efeito negativo apreciável.

Ainda que este tipo de acordos de cooperação possa restringir a concorrência, recorde-se que sempre será necessária uma análise casuística dos seus efeitos para averiguar a sua (i)legalidade. Assim, desde logo, quando celebrados entre empresas que, combinadamente, tenham um poder de mercado limitado, estes acordos não serão ilegais, na medida em que possam ser abrigados pela regra *de minimis*⁵⁷. Mas há outras vertentes que podem ser tidas em conta, como veremos de seguida.

Atentemos, em primeiro lugar, na via ‘*Albany*’. Em 1999, o Tribunal de Justiça decidiu, no caso *Albany*⁵⁸, que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir objetivos de política social, ainda que tenham efeitos restritivos da concorrência, “*devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objeto, como não abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1 do Tratado*”⁵⁹ (atual artigo 101.º do TFUE).

⁵⁵ Alguns autores apontam, porém, dificuldades na aplicação prática deste “*safe harbour*”, nomeadamente no que toca à condição vi), já que não é dada qualquer orientação quanto ao que constitui um “aumento significativo do preço”. Notam também a incerteza quanto ao verdadeiro impacto que esta presunção terá relativamente à aplicação que até agora tem vindo a ser feita do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, assim como a falta de clareza quanto às consequências que terá na atuação das autoridades nacionais de concorrência. *Vide* LITTLE, DAVID, WERNER BERGER, CLÉMENT PRADILLE e AXELLE AUBRY (2022), pág. 408.

Ainda relativamente à condição vi), na parte em que requer que a norma não leve a uma redução significativa da escolha do produto, INDERST e THOMAS defendem: “*é preciso ver, no entanto (...) que pode ser o próprio objetivo de um acordo de sustentabilidade alterar a gama de produtos oferecidos num mercado (para as variantes mais sustentáveis). Portanto, um acordo de sustentabilidade pode conter em si mesmo o objetivo de limitar a escolha do consumidor para que produza efeitos benéficos ao meio ambiente.*” - INDERST, ROMAN e STEFAN THOMAS (2022), pág. 4 (tradução nossa).

⁵⁶ *Vide* WOUTERS, DAVID (2021), pág. 264.

⁵⁷ COMISSÃO EUROPEIA, *Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)* (2014/C 291/01)

⁵⁸ Ac. Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie*, C-67/96, EU:C:1999:430.

⁵⁹ *Ibid*, n.º 60.

O Tribunal fundamentou a sua conclusão na conjugação das previsões ‘constitucionais’ do Tratado com as previsões referentes à regulação da concorrência, interpretando as normas do Tratado como um todo. Assim, fez notar que “*os objetivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho*”⁶⁰.

Apesar de, no caso em apreço, o acordo ter como objetivo políticas sociais referentes à melhoria das condições laborais, o mesmo raciocínio poderá ser aplicado – até de forma mais enfática – aos acordos de sustentabilidade⁶¹ que, de igual modo, em virtude da sua natureza e objeto, plausivelmente se poderão excluir do âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE.

Há algum ceticismo relativamente a esta hipótese uma vez que, tendo as iniciativas de sustentabilidade um âmbito bastante vasto, a aplicação da lógica de *Albany* (que envolve uma isenção total para determinados tipos de acordos), por si só, implicaria um risco elevado de os acordos de sustentabilidade serem erroneamente utilizados com o fim de desvirtuar a concorrência.⁶²

Por outro lado, em jurisprudência mais recente relativa a negociações coletivas entre empregadores e trabalhadores⁶³, o TJUE aplicou a mesma abordagem, delimitando-a, porém, de forma mais estrita. Assim, entendeu que para que um acordo coletivo de trabalho com efeitos anticoncorrenciais possa ser tolerado, tem de conter um elemento processual (o acordo deve resultar de um diálogo social entre empregadores e trabalhadores) e tem de ser feita uma avaliação do seu propósito (o objetivo deve ser relacionado com a melhoria das condições dos trabalhadores).⁶⁴

MONTI⁶⁵ nota que esta jurisprudência pode ser transposta para os acordos de sustentabilidade – fazendo uma interpretação do Tratado no sentido de que as políticas de

⁶⁰ Ibid, n.º 59.

⁶¹ “*De facto, é defensável que o argumento seja mais forte para acordos de sustentabilidade, dadas as referências expressas à "proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente" e ao "desenvolvimento sustentável" nas disposições "constitucionais" do TFUE*” – HOLMES, SIMON (2020), pág. 370 (tradução nossa). Vide Capítulo 2.3. da presente dissertação.

⁶² Vide GASSLER, MARTIN (2021), p.433.

⁶³ Ac. Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, C-413/13, EU:C:2014:2411.

⁶⁴ MONTI, GIORGIO (2020), pág. 129.

⁶⁵ Ibid, págs. 129-130.

concorrência devem ser desenvolvidas lado a lado com as políticas ambientais – criando-se, também aqui, salvaguardas processuais e substantivas para garantir que não haja abusos por parte de quem celebra este tipo de acordos. No que toca ao elemento processual, aponta como um possível requisito que o acordo resulte de uma discussão entre vários *stakeholders* afetados pela política em causa (e.g. produtores de um determinado produto poluente, os seus trabalhadores, consumidores e organizações não governamentais representantes dos interesses ambientais relevantes). Já o elemento substantivo avaliaria até que ponto o acordo pretende alcançar uma melhoria de sustentabilidade.⁶⁶

De forma idêntica à via *Albany*, o Tribunal de Justiça, no caso *Wouters*⁶⁷, aceitou excluir a aplicação do direito da concorrência a uma decisão de uma associação de empresas (a Ordem dos Advogados holandesa) com efeitos restritivos na concorrência, na medida em que a considerou necessária à persecução de um objetivo de interesse público – no caso, a boa administração da justiça. Aqui, porém, esta exclusão baseou-se num teste de proporcionalidade, analisando-se se as restrições em causa eram razoavelmente necessárias para salvaguardar o objetivo legítimo.

Assim, o Tribunal sublinhou que: *“qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos (...) que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça (...). Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos”*.⁶⁸

⁶⁶ “[Esta abordagem] adota a visão de que há questões que são mais importantes do que os mercados concorrenciais. Claramente, isso exigiria validação judicial (...)” – Ibid, pág.130 (tradução nossa).

⁶⁷ Ac. Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters e outros c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, EU:C:2002:98.

⁶⁸ Ibid, n.º 97.

Este raciocínio de *Wouters* foi posteriormente aplicado no caso *Meca-Medina*⁶⁹, no qual o Tribunal decidiu que uma regulamentação antidopagem emitida pelo Comitê Olímpico Internacional, ainda que tivesse efeitos restritivos na concorrência, não constituía uma restrição incompatível com o mercado comum na aceção do artigo 81.º do TCE, na medida em que era justificada por um objetivo legítimo⁷⁰ – no caso, a saúde pública e a integridade no desporto.

Quanto à aplicabilidade desta doutrina aos acordos de sustentabilidade⁷¹, submetendo-os ao mencionado teste de proporcionalidade, alguns autores defendem que tal é exequível na medida em que as restrições à concorrência implicadas nestes acordos sejam necessárias para levar a cabo um determinado fim regulatório de política ambiental⁷². Há ainda quem vá mais longe, sustentando a viabilidade da sua aplicação em relação a todos os acordos de sustentabilidade com restrições proporcionais inerentes, sem as quais o acordo não teria sido concluído, e com restrições necessárias à persecução de objetivos de sustentabilidade⁷³.

Tanto a jurisprudência *Albany* como a jurisprudência *Wouters* não foram ainda testadas pelo Tribunal no contexto dos acordos de sustentabilidade, permanecendo, assim, por concretizar a sua forma de aplicação⁷⁴. Porém – e sem se defender que a análise da legalidade destes acordos à luz das normas concorrenciais deva sempre ter em consideração todas e quaisquer justificações oferecidas pelas partes, nem que, no exercício de balanço, a concorrência deva sempre ser preterida⁷⁵ – certo é que ambas as vias se afiguram como oportunidades viáveis à minimização de barreiras de direito da concorrência com que acordos vitais para o ambiente se podem deparar.

2.2. Isenção de acordos de sustentabilidade ao abrigo do n.º 3 do art.º 101.º do TFUE

Quando não seja claro que determinado acordo possa escapar à proibição do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE por alguma das vias anteriores, uma outra possibilidade a ponderar e,

⁶⁹ Ac. Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Comissão das Comunidades Europeias*, C-519/04 P, EU:C:2006:492.

⁷⁰ *Ibid*, parágrafo 45.

⁷¹ *Vide* GASLER, MARTIN (2021), pág. 434.

⁷² HOLMES, SIMON (2020), pág. 371.

⁷³ HELLENIC COMPETITION COMMISSION, *Draft Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, parágrafo 58.

⁷⁴ “*Isto é porque o TJUE só se pronuncia sobre os casos que estão sob a sua atenção. Curiosamente, nas suas decisões, não há qualquer declaração geral sobre a necessidade de limitar a abordagem de balanço às áreas de negociação coletiva e autorregulação por associações profissionais.*” – PEZZA, ANDREA (2020), pág. 151.

⁷⁵ *Ibid*.

para muitos autores, a mais óbvia⁷⁶, é a eventual aplicação de uma isenção individual aos acordos de sustentabilidade ao abrigo do n.º 3 daquela norma.

Nestes termos, para que um acordo possa ser individualmente isento, devem verificar-se cumulativamente quatro condições: i) o acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico; ii) deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa do lucro daí resultante; iii) as restrições devem ser indispensáveis à consecução daqueles objetivos; e iv) do acordo não pode resultar a eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

2.2.1. Ganhos de eficiência

O primeiro requisito, relacionado com ganhos de eficiência, pode ser preenchido pelo acordo por uma de quatro formas. Assim, pode contribuir, alternativamente, para melhorar a produção, para melhorar a distribuição dos produtos, para promover o progresso técnico ou para promover o progresso económico. Ora, não sendo a promoção do progresso económico a única forma de se verificar a primeira condição – ainda que muitos acordos de sustentabilidade se possam enquadrar neste âmbito⁷⁷ – não há então necessidade de se traduzirem todas as formas de melhoria e progresso que o acordo visiona em termos económicos, nem de se reduzirem as mesmas a considerações estritamente financeiras⁷⁸.

Os acordos de sustentabilidade preenchem frequentemente esta condição ao promoverem o progresso técnico através da cooperação para desenvolver e implementar novas tecnologias sustentáveis, ou ao qualificarem-se quer como melhorias de produção (por exemplo, fazendo uma melhor alocação de recursos ao internalizar custos ambientais, ou introduzindo práticas de economia circular), quer como melhorias de distribuição (nomeadamente no caso dos acordos para minimizar a pegada ecológica do transporte).⁷⁹

Por outro lado, tendo em conta que, cada vez mais, os consumidores percecionam os produtos sustentáveis como produtos melhores, é defensável que a sustentabilidade em si

⁷⁶ Cfr. HOLMES, SIMON (2020), pág. 371.

⁷⁷ “*Não é progresso ‘económico’ se um acordo leva à produção de um motor que custa € 1.000 com metade das emissões do seu antecessor, que também custa € 1.000? A meu ver, sim (...) (em todo o caso, trata-se de um progresso claramente ‘técnico’*” – Ibid, pág. 372 (tradução nossa).

⁷⁸ Ibid. Cfr. Caso *Chicken of Tomorrow*, pág. 36 da presente dissertação.

⁷⁹ DOLMANS, MAURITS (2020b), pág. 15.

mesma venha a ser considerada pelas entidades reguladoras como um benefício qualitativo.⁸⁰ Note-se que, de acordo com a mesma lógica, já foi reconhecido pela autoridade da concorrência dos Países Baixos que se os consumidores atribuem valor a atributos como o bem-estar animal, a biodegradabilidade dos produtos ou o facto de estes não prejudicarem florestas tropicais, estes devem ser considerados benefícios económicos diretos.⁸¹

2.2.2. Reserva aos consumidores de uma parte equitativa dos benefícios resultantes

Quanto ao segundo requisito, que determina que seja reservado aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios resultantes do acordo, duas questões em particular têm vindo a ser suscitadas para efeitos da sua interpretação. A primeira respeita ao conceito de ‘consumidores’, a segunda ao conceito de ‘parte equitativa’ (ou “*fair share*”).

As Orientações da Comissão relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.^º⁸² (doravante “Orientações sobre o artigo 101.^º, n.º 3”) estabelecem que “o conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais”⁸³. De forma idêntica, as Orientações Horizontais de 2011 preveem que “o conceito de consumidores» abrange os clientes, potenciais e/ou efetivos, das partes no acordo”⁸⁴ e, nas novas Orientações Horizontais, é referido, no âmbito dos acordos de sustentabilidade que este conceito “engloba todos os clientes diretos e indiretos dos produtos cobertos pelo acordo”⁸⁵. A Comissão considera, portanto, ‘consumidores’ os clientes das partes no acordo e os compradores subsequentes, ou seja, apenas consumidores do mercado relevante.

Assim, tradicionalmente, para efeitos da aplicação desta exceção, a parte equitativa dos benefícios resultantes é determinada com referência aos custos e benefícios que o acordo implica para os clientes das partes, excluindo-se os benefícios que surjam em outros mercados que não o do produto em causa. Esta interpretação estrita do conceito de consumidores coloca

⁸⁰ WOUTERS, DAVID (2021), pág. 266.

⁸¹ Ibid.

⁸² Estas Orientações, que contêm diretrizes de carácter geral relativamente à interpretação do artigo 101.^º do TFUE, fizeram parte do pacote de modernização do direito da concorrência de 2004 e adotam uma interpretação mais restrita do artigo 101.^º, n.º 3 do TFUE: “Elas limitam a natureza dos benefícios, prescrevendo que os benefícios não económicos só podem ser tidos em consideração se forem “objetivos perseguidos por outras disposições do Tratado”. Além disso, limitam os beneficiários relevantes, afirmando que, em princípio, apenas benefícios económicos diretos poderiam ser levados em consideração.” – BROOK, OR (2019), pág. 17.

⁸³ COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado* (2004/C 101/08), n.º 84. *Vide*, também, n.º 42 do mesmo documento.

⁸⁴ COMISSÃO EUROPEIA, *Orientações Horizontais de 2011* (44), n.º 49.

⁸⁵ COMISSÃO EUROPEIA, *Novas Orientações Horizontais* (43), n.º 569 (tradução nossa).

em causa a viabilização de acordos de sustentabilidade cujos benefícios se façam sentir, por exemplo, na sociedade como um todo, por apenas serem contabilizados aqueles que são sentidos pelos consumidores do mercado relevante.

É possível, contudo, verificar alguma abertura para um entendimento mais abrangente nas Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3, já que nas mesmas se reconhece que “*a sociedade em geral é beneficiada onde os ganhos de eficiência conduzem à utilização de menos recursos para produzir o bem consumido ou à produção de bens de maior valor e, portanto, a uma afectação mais eficiente dos recursos*”⁸⁶.

As mesmas Orientações admitem também a possibilidade de ter em conta os benefícios que venham a refletir-se na esfera dos consumidores futuros, prevendo que “[o] *facto de a repercussão nos consumidores ser algo desfasada no tempo não exclui, por si só, a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º*”⁸⁷. Ainda que as Orientações valorizem menos os benefícios futuros do que os imediatos⁸⁸, a sua consideração não deixa de ter especial relevância para os acordos de sustentabilidade, já que os benefícios ambientais deles resultantes fazem-se usualmente sentir num momento posterior.

Uma abordagem abrangente do conceito de consumidor encontra apoio na própria prática decisória⁸⁹ da Comissão – anterior, é certo, à emissão das referidas Orientações e à interpretação estrita aí adotada. Tem aqui particular relevância o caso CECED⁹⁰, relativo a um acordo em que dois produtores de máquinas de lavar roupa se comprometiam a cessar a produção das máquinas menos eficientes do ponto de vista energético.

Na decisão alcançada neste processo, e não obstante ter concluído que o acordo permitiria aos consumidores do mercado relevante obterem benefícios económicos individuais

⁸⁶ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3 (83), n.º 85, *in fine*.

“*Não é claro como essa declaração poderia ter algum significado se devesse ser entendida como ainda exigindo uma compensação total, apesar dos benefícios para a sociedade como um todo. Se devesse ser entendida como ainda exigindo uma compensação total, qual seria então o propósito de avaliar e quantificar os benefícios coletivos para a sociedade como um todo em primeiro lugar?*” - GASSLER, MARTIN (2021), pág. 439 (trad. nossa).

⁸⁷ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3 (83), n.º 86.

⁸⁸ *Ibid*, n.º 87.

⁸⁹ Em 1998, no caso EACEM, a Comissão invocou pela primeira vez benefícios ambientais como justificação para a isenção de um acordo entre uma associação de empresas e os seus membros, com vista a reduzir o consumo de energia de equipamentos eletrónicos. Apesar de a decisão ter sido tomada através de uma “*comfort letter*” que não se encontra publicada, o caso é descrito no *Relatório da Comissão sobre política de concorrência de 1998*, pág.56.

⁹⁰ Decisão da Comissão de 24 de Janeiro de 1999 relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo IV.F.1/36.718 — CECED).

que compensariam os custos acrescidos por via do acordo⁹¹, a Comissão entendeu necessário analisar os benefícios coletivos a nível do ambiente que dele resultariam.

Nessa análise, a Comissão considerou que “*os benefícios para a sociedade desencadeados pelo acordo CECED afiguram-se ser sete vezes superiores aos custos de aquisição acrescidos das máquinas de lavar, mais eficientes do ponto de vista do consumo de energia. Estas consequências ambientais para a sociedade permitiriam reservar para os consumidores uma parcela suficientemente equitativa dos benefícios, mesmo levando em conta que os compradores de máquinas de lavar a roupa não obteriam vantagens individuais.*”⁹²

A Comissão adotou, assim, uma abordagem abrangente do conceito de consumidor, tendo em consideração na sua análise os benefícios ambientais coletivos sentidos pela sociedade como um todo e não apenas os benefícios surgidos na esfera dos consumidores do produto em causa. Destaca-se, particularmente, a clarificação expressa de que tais benefícios coletivos permitiriam considerar preenchido o requisito da reserva de uma parte equitativa dos benefícios para o consumidor, ainda que os consumidores do mercado relevante, i.e., os compradores das máquinas de lavar, não obtivessem vantagens económicas individuais.

A mesma interpretação abrangente relativamente a este conceito resulta já de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça da União Europeia. No caso *Compagnie Générale Maritime* o Tribunal afirmou de forma clara que, ao analisar um acordo à luz do atual artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, “*é necessário tomar em conta as vantagens que resultam do acordo em causa não só para o mercado em causa, (...) mas também, eventualmente, para qualquer outro mercado onde o acordo em causa possa produzir efeitos benéficos, ou até, de uma forma mais geral, para qualquer serviço cuja qualidade ou eficácia seja susceptível de ser melhorada através da existência do referido acordo*”⁹³. O Tribunal acrescenta ainda que a norma em análise prevê “*a possibilidade de uma isenção a favor, nomeadamente, dos acordos que contribuem para promover o progresso técnico ou económico, sem necessidade de uma ligação específica com o mercado em causa*”⁹⁴.

⁹¹ Ibid, parágrafo 52.

⁹² Ibid, parágrafo 56.

⁹³ Ac. Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 28 de Fevereiro de 2002, *Compagnie générale maritime e outros c. Comissão das Comunidades Europeias*, T-86/95, EU:T:2002:50, n.º 342.

⁹⁴ Ibid.

Observamos, assim, que está efetivamente ao alcance da Comissão Europeia e demais entidades reguladoras da concorrência uma interpretação que tenha em conta benefícios ambientais sentidos por consumidores noutros mercados que não apenas o do produto em causa⁹⁵⁹⁶, interpretação que encontra mesmo apoio na jurisprudência do TJUE e na prática decisória da Comissão.

Atentando agora ao conceito de ‘parte equitativa’, as Orientações da Comissão indicam que a repercussão dos benefícios deve compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo que sofreram por via da restrição da concorrência⁹⁷. A abordagem tradicional à determinação deste critério é no sentido de requerer que os consumidores recebam uma compensação total pelas desvantagens decorrentes do carácter restritivo do acordo. Este entendimento, porém, não é de forma alguma sugerido pela letra da norma. Pelo contrário, a determinação do que é “equitativo” é, por natureza, algo específico ao contexto, não podendo ser definido por uma regra rígida e aplicável em todas as circunstâncias⁹⁸.

Por outro lado, esta compensação também não significa que os consumidores tenham de beneficiar de um preço mais baixo, nem que os benefícios tenham de ter carácter económico. Com efeito, as Orientações esclarecem que a repercussão nos consumidores pode “*assumir a forma de ganhos de eficiência de natureza qualitativa (...) que tenham, para os clientes, valor suficiente para compensar os efeitos anticoncorrenciais do acordo, incluindo um eventual aumento do preço*”⁹⁹, o que requer necessariamente um julgamento de valor.

Assim, é possível assumir que os consumidores podem ser compensados por via de benefícios de sustentabilidade¹⁰⁰ enquanto benefícios de natureza qualitativa – entendimento

⁹⁵ É, aliás, este entendimento que está a ser explorado pela autoridade da concorrência dos Países Baixos, como melhor veremos no subcapítulo 3.3. desta dissertação.

⁹⁶ Para uma argumentação contrária a esta interpretação, vide PEEPERKORN, LUC, “European Union”, in *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (2021), pags.405-414. PEEPERKORN defende que a aplicação de um “total welfare test”, que leve em conta benefícios sentidos por cidadãos não consumidores do produto em causa ou pela sociedade como um todo, politizam a política de concorrência da União Europeia e enfraquecem o rigor e uniformidade da aplicação das suas regras.

⁹⁷ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3 (83), n.º 85.

⁹⁸ ACM Legal Memo, 27 September 2021 “What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?”.

⁹⁹ Ibid, parágrafo 102

¹⁰⁰ “*Se os consumidores são adequadamente compensados não deve ser avaliado apenas com base no consumo de bens de mercado – bens que têm um valor monetário observável. (...) Sustentabilidade é mais do que apenas um atributo para um produto de mercado. Os consumidores também obtêm utilidade de bens não mercantis, incluindo ar puro, água, um ambiente natural e biodiverso agradável, saúde e a perspectiva de um futuro*

que já foi confirmado pela prática decisória da Comissão. Com efeito, no caso DSD, a Comissão, depois de “*partir do princípio de que a redução de custos obtida durante o período de vigência do contrato pode ser canalizada para o consumidor que beneficiará não só de uma melhoria da qualidade do ambiente mas ainda da redução da quantidade de embalagens*”¹⁰¹, concluiu que o consumidor veria reservada para si uma parte equitativa das vantagens resultantes do acordo.

Já no caso *Exxon/Shell* a Comissão tinha tomado em conta a percepção dos consumidores em relação às melhorias ambientais, notando que “*a redução da utilização de matérias-primas e de resíduos plásticos e a prevenção dos riscos ambientais inerentes ao transporte do etileno serão sentidas por muitos consumidores como benéficas, numa conjuntura em que a limitação dos recursos naturais e as ameaças ao ambiente causam crescente apreensão no público*”¹⁰².

Pelo exposto, é notório que a determinação da ‘parte equitativa’ dos benefícios resultantes se trata de um elemento subjetivo, que não se coaduna com uma abordagem demasiado rígida e baseada em aspetos económicos¹⁰³. Assim, existe aqui margem suficiente para que o requisito possa ser considerado preenchido pelas vantagens de ordem ambiental que se venham a verificar por via do acordo e que se repercutirão, também, na esfera dos consumidores.

Olhando para o requisito no seu todo – isto é, que seja reservado aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios resultantes do acordo – as interpretações propostas para ambos os conceitos são compatíveis com o princípio do poluidor-pagador, expresso no artigo 191.º, n.º 2 do TFUE, e que é um dos principais pilares da política da União no domínio do ambiente. Como advoga DOLMANS, a equidade a que o requisito se refere deve refletir este princípio, já

sustentável e justo para seus filhos e concidadãos. Modelos baseados em consumidores puramente racionais, egoístas e maximizadores do consumo (homines economici) não refletem, assim, a realidade humana. Os humanos atribuem um valor real aos recursos não mercantis, mesmo que não (ou ainda não) os consumam – e esse valor aumenta quanto mais escassos forem esses bens. Os modelos económicos informativos devem ter em consideração esses benefícios não mercantis (...).” - DOLMANS, MAURITS (2020b), pág.10 (tradução nossa).

¹⁰¹ Decisão da Comissão de 17 de Setembro de 2001 relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Casos DSD). JO L 319 de 4.12.2001, p. 1—29, parágrafos 148 e 149.

¹⁰² Decisão da Comissão de 18 de Maio de 1994 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/33.640 — Exxon/Shell). JO L 144 de 9.6.1994, p. 20—36, parágrafo 71.

¹⁰³ KINGSTON, SUZANNE (2011), p.280.

que “não é «justo»¹⁰⁴ que os consumidores obtenham os benefícios do consumo enquanto impõem os custos (as externalidades) a outros”¹⁰⁵.

2.2.3. Indispensabilidade das restrições

Atentando agora à terceira condição para isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, relativa ao carácter indispensável das restrições, o TJUE esclareceu no caso *Grundig/Consten*, em 1966, dois aspetos a considerar na sua aplicação. Por um lado, as restrições inerentes ao acordo devem ser eficazes para atingir os objetivos em vista¹⁰⁶. Por outro lado, devem ser indispensáveis à obtenção dos mesmos, devendo ser feito um exercício de balanço no sentido de analisar se os benefícios resultantes bastam para se considerar como indispensáveis as correspondentes restrições – a melhoria em causa deve “*apresentar vantagens objectivas sensíveis, susceptíveis de compensar os inconvenientes que desse acordo resultam no plano da concorrência*”¹⁰⁷. É esta a metodologia de análise que tem vindo a ser seguida pela Comissão relativamente a acordos com objetivos ambientais¹⁰⁸.

Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade¹⁰⁹, que constitui um princípio geral do direito da União Europeia: as restrições serão indispensáveis à obtenção dos objetivos na medida em que estes não possam ser obtidos através de uma via menos restritiva da concorrência.

A título de exemplo, no caso VOTOB a Comissão apresentou objeções à decisão de uma associação de empresas através da qual seriam aumentados os preços cobrados por estas aos seus clientes. Este aumento funcionaria como um «encargo ambiental» fixo e uniforme, com vista a cobrir os custos do investimento necessário para reduzir as emissões de vapores dos

¹⁰⁴ Traduzido de “*fair*”, com referência a “*fair share*” (parte equitativa).

¹⁰⁵ Esta abordagem “é “*justa*” porque as emissões e a poluição impõem um custo à sociedade como um todo, relacionado com a produção e o consumo de alguns.” - DOLMANS, MAURITS (2020b), pág. 19 (tradução nossa).

¹⁰⁶ Com referência aos objetivos identificados no primeiro requisito do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE: melhorar a produção ou distribuição ou promover o progresso técnico ou económico.

¹⁰⁷ Ac. Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e outros c. Comissão da Comunidade Económica Europeia*, processos apensos 56 e 58-64, ECLI:EU:C:1966:41.

¹⁰⁸ “[A] Comissão examinará cuidadosamente todos os acordos entre empresas, no sentido de determinar se são indispensáveis para atingir objetivos de carácter ambiental. (...) Com efeito, na sua análise de processos individuais, a Comissão terá de ponderar a relação entre as restrições à concorrência, decorrentes de um determinado acordo, e os objetivos ambientais que esse acordo permitirá atingir, no sentido de determinar se, com base nesta análise, pode aprovar o acordo.” – COMISSÃO EUROPEIA, *XXIII Relatório sobre a política de concorrência* (1993), parágrafo 170.

¹⁰⁹ Previsto no artigo 5.º, n.º 4 do TUE.

tanques de armazenamento. Posto isto, a Comissão verificou que a concorrência relativa a esse elemento do preço estava excluída e notou que *“caso não tivesse existido qualquer fixação horizontal deste elemento específico de custo, os membros individuais podiam ter calculado o custo do investimento necessário, decidido se deveriam retirá-lo dos seus próprios lucros ou repercuti-lo nos seus clientes e, caso optassem por esta última solução, determinado o montante do aumento dos seus preços”*¹¹⁰. Assim, o objetivo em causa poderia ser obtido de uma forma menos restritiva, não estando verificado o requisito da indispensabilidade das restrições.

Quanto a este requisito, as Orientações Horizontais de 2001, esclareciam que *“[u]ma avaliação objectiva de disposições que à primeira vista não sejam consideradas indispensáveis deverá ser apoiada por uma análise custo/eficácia que demonstre que os outros meios que permitem obter as vantagens ambientais previstas seriam mais dispendiosos, económica ou financeiramente, com base em hipóteses razoáveis”*¹¹¹.

Como nota KINGSTON, ainda que esta análise custo-eficácia seja um requisito justo, é importante lembrar que, na prática, será muitas vezes impossível provar com certeza científica que os mesmos benefícios ambientais não poderiam ser alcançados através de meios alternativos, pelo que este princípio deverá ser aplicado com alguma flexibilidade no caso de benefícios ambientais¹¹².

2.2.4. Não eliminação da concorrência

Finalmente, no que diz respeito ao significado do requisito segundo o qual o acordo não pode eliminar substancialmente a concorrência no mercado, a Comissão entende que deve ser dada prioridade à rivalidade e ao processo concorrencial sobre os benefícios que possam resultar de acordos restritivos¹¹³. A Comissão especifica ainda que esta condição não estará satisfeita *“se o acordo eliminar a concorrência sob uma das suas expressões mais importantes”*, como por exemplo ao nível de preços ou em matéria de inovação¹¹⁴.

¹¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *XXII Relatório sobre a política de concorrência*, 1992, Parágrafo 183.

¹¹¹ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações Horizontais de 2001 (49), n.º 196.

¹¹² KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 281. Quanto a esta análise, KINGSTON nota ainda que a Comissão já reconheceu que alternativas meramente hipotéticas ou teóricas não necessitam de ser consideradas para efeitos desta análise: cfr. o parágrafo 125 das Orientações relativas a Restrições Verticais.

¹¹³ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre o artigo 101.º, n.º 3 (83), n.º 105.

¹¹⁴ *Ibid*, n.º 110.

No que toca aos acordos ambientais, particularmente, as Orientações Horizontais de 2001, indicavam que “*independentemente dos ganhos ambientais e económicos (...) o acordo não deve eliminar a concorrência em termos de diferenciação dos produtos ou processos, da inovação tecnológica ou da entrada no mercado a curto ou, se for caso disso, a médio prazo*”¹¹⁵.

Assim, qualquer cooperação entre os concorrentes deverá limitar-se apenas à componente afetada pelo compromisso de sustentabilidade, sendo que os restantes elementos fonte de pressão concorrencial, incluindo os supramencionados, deverão manter-se sem quaisquer restrições¹¹⁶.

Em todo o caso, ainda que este requisito possa ser um meio importante para verificar um eventual uso inapropriado da isenção do art.º 101.º, n.º 3, é difícil que impeça um acordo de sustentabilidade de ser abrangido pela mesma¹¹⁷ já que dificilmente será indispensável a eliminação substancial da concorrência num dos parâmetros concorrenciais mais importantes para alcançar um objetivo ambiental de um acordo¹¹⁸.

Em geral, a análise de um acordo de sustentabilidade à luz do artigo 101.º, n.º 3, dependerá sempre de um exercício de balanço entre os benefícios ecológicos a alcançar e as restrições à concorrência que o mesmo implica. Ainda que as quatro condições previstas na norma estabeleçam um enquadramento substantivo para este exercício de balanço, não preveem de forma detalhada a forma como ele deve ser feito, estando redigidas em termos amplos que deixam uma larga margem de discricção ao aplicador das regras¹¹⁹.

Assim, nos casos em que tal se justifique, caberá ao aplicador – Comissão Europeia e autoridades de concorrência nacionais – repensar a interpretação que têm vindo a adotar de forma a proceder a uma análise dos acordos de sustentabilidade adequada às necessidades e

¹¹⁵ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações Horizontais de 2001 (49), n.º 197. A título de exemplo, as Orientações acrescentavam que, “*no caso de direitos de recolha exclusivos concedidos a uma empresa de recolha/reciclagem que tenha concorrentes potenciais, o período durante o qual os direitos são concedidos deverá ter em conta o aparecimento eventual de um operador alternativo*”.

¹¹⁶ COATES, KEVIN e DIRK MIDDELSCHULTE (2019), pág. 325.

¹¹⁷ HOLMES, SIMON (2020), pág. 382.

¹¹⁸ KINGSTON, SUZANNE (2009), pág. 200.

¹¹⁹ BROOK, OR (2022), pág. 45.

desafios ambientais que se impõem, na medida em que as normas de concorrência da União assim o permitam.

2.3. Desenvolvimentos por parte das entidades reguladoras da concorrência

À medida que se desenvolve o debate sobre a integração de considerações de sustentabilidade na aplicação do direito da concorrência, em especial no que toca à análise dos acordos horizontais, as autoridades reguladoras da concorrência da União Europeia têm vindo a demonstrar, de forma mais discreta ou mais expressiva, o seu acolhimento ou ceticismo em relação ao mesmo. No caso das autoridades com uma posição mais favorável neste debate, temos verificado a adoção de iniciativas concretas em prol de uma política concorrencial mais verde e sustentável.

Como vimos até agora, a abordagem da Comissão Europeia às questões de cariz ambiental no âmbito da análise de acordos de cooperação tem vindo a sofrer oscilações ao longo do tempo, passando de um reconhecimento expresso destas considerações no relatório sobre política de concorrência em 1992¹²⁰ e da inclusão de uma secção dedicada a acordos em matéria de ambiente nas Orientações sobre acordos horizontais de 2001, para a adoção de uma abordagem mais económica no início do século XXI¹²¹, tendo mesmo acabado por excluir o capítulo sobre acordos ambientais na revisão das Orientações em 2011¹²².

Em setembro de 2020, a Vice-Presidente Executiva da Comissão, Margrethe Vestager, lançou o debate sobre como a política de concorrência da União pode apoiar o Plano Ecológico Europeu¹²³. O desenvolvimento mais significativo desta iniciativa materializou-se nas novas

¹²⁰ Neste relatório a Comissão insere uma secção sobre “Ambiente”, referindo relativamente a este domínio: “*Não se pode (...) excluir que o n.º 3 do artigo 85.º seja, em princípio, aplicável. É, obviamente, necessário que as condições desta disposição sejam preenchidas, em particular, a manutenção de um grau de concorrência suficiente e sobretudo o carácter indispensável das restrições a respeito dos benefícios ecológicos alegados. (...) A Comissão entende que a questão do contributo das regras de concorrência para a protecção do ambiente assumirá uma importância cada vez maior.*” - COMISSÃO EUROPEIA, XXII Relatório sobre a política de concorrência, 1992, parágrafo 77.

¹²¹ Vide página 6 e 7 e nota de rodapé n.º 80 da presente dissertação.

¹²² Vide página 16 da presente dissertação.

¹²³ “*A política de concorrência não vai substituir as leis ambientais ou o investimento verde. A questão é se podemos fazer mais, para aplicar as nossas regras de forma a apoiar melhor o Green Deal. [...] Para ter sucesso, todos na Europa terão de desempenhar o seu papel – cada indivíduo, cada autoridade pública. E isso inclui as autoridades da concorrência.*” – MARGRETHE VESTAGER, Webinar no Parlamento Europeu com a deputada europeia Stephanie Yon-Courtin, 22 de setembro de 2020 (tradução nossa). Este plano veio a concretizar-se com a realização da conferência “*Competition policy contributing to the European Green Deal*”, em 4 de fevereiro de 2021. Cfr. https://competition-policy.ec.europa.eu/consumers/green-gazette/conference-2021_en

Orientações Horizontais¹²⁴, publicadas em junho de 2023, nas quais foi (re)inserido um capítulo dedicado aos acordos de sustentabilidade, demonstrando o reconhecimento por parte da Comissão da crescente importância destes acordos e da necessidade de orientação relativamente aos mesmos por parte das empresas¹²⁵.

Este capítulo das novas Orientações vem providenciar alguma clareza e segurança jurídica quanto à abrangência de acordos de sustentabilidade¹²⁶ no âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE, nomeadamente através da clarificação dos acordos que não suscitam preocupações em matéria de concorrência¹²⁷ e também da introdução de um “*soft safe harbor*”¹²⁸ para acordos de normalização que cumpram determinadas características – o que é, sem dúvida, bem-vindo.

Porém, a Comissão adotou uma abordagem algo conservadora, especialmente em relação à apreciação dos acordos de sustentabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, onde, como vimos, haveria oportunidades para tomar uma posição significativamente mais a favor destas iniciativas de cooperação. Isto é particularmente notório no que toca ao segundo requisito desta norma – a reserva de uma parte equitativa dos benefícios ao consumidor –, mas atentemos primeiro às restantes condições.

Quanto à primeira é elencado, a título exemplificativo, um conjunto de ganhos de eficiência relacionados com sustentabilidade, esclarecendo a Comissão que estes terão de ser fundamentados (e não simplesmente presumidos), assim como objetivos, concretos e verificáveis¹²⁹. Relativamente à não eliminação da concorrência são avançadas algumas clarificações e exemplos úteis, nomeadamente o facto de esta condição poder ser satisfeita

¹²⁴ Vide páginas 16 a 18 da presente dissertação.

¹²⁵ Uma outra iniciativa importante é o novo projeto de orientações para acordos de sustentabilidade no domínio da agricultura. Cfr. o comunicado de imprensa da Comissão de 10 de janeiro de 2023, disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_102.

¹²⁶ Ao contrário do capítulo sobre “acordos em matéria de ambiente” constante nas Orientações de 2001 (49), o capítulo relativo a acordos de sustentabilidade das novas Orientações (43) adota uma definição ampla do conceito de sustentabilidade que não se limita a questões ambientais, mas inclui também referências a matéria laboral, de direitos humanos e de bem-estar animal. Vide n.º 517 das novas Orientações Horizontais (43). Quanto a isto, Inderst e Thomas notam que, ainda que o conceito de ‘sustentabilidade’ possa ser concebido de forma ampla, indo além da proteção do ambiente, para efeitos de consideração do conceito na aplicação do direito da concorrência poderá ser necessário concretizá-lo, de forma a garantir a sua transparência. Inderst, Roman e Stefan Thomas (2022), págs. 2 e 8.

¹²⁷ Subcapítulo 9.2 das novas Orientações Horizontais (43). Vide, também, página 16 da presente dissertação.

¹²⁸ Vide página 18 da presente dissertação.

¹²⁹ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.º 559.

“mesmo que o acordo que restringe a concorrência abranja todo o setor, desde que as partes no acordo continuem a concorrer vigorosamente em pelo menos um aspeto importante da concorrência”¹³⁰.

Outro ponto que vale a pena mencionar prende-se com a condição da indispensabilidade das restrições, segundo a qual não devem existir outros meios viáveis e menos restritivos para alcançar os benefícios de sustentabilidade perseguidos pelo acordo. Aqui, as novas Orientações Horizontais reconhecem a necessidade de acordos de cooperação, por exemplo, para ultrapassar as ‘desvantagens dos percursos’ (ou “*first mover’s disadvantage*”), para obter economias de escala¹³¹ ou para ultrapassar a falta de conhecimentos ou informações por parte dos consumidores de determinado mercado que os impedem de fazer as escolhas mais racionais¹³².

Por outro lado, as Orientações preveem que as restrições não serão consideradas indispensáveis, não sendo cumprida esta condição, quando legislação da UE ou nacional exija que as empresas cumpram objetivos concretos em matéria de sustentabilidade (a menos que a regulação não cubra todos os aspetos de uma falha de mercado, caso em que haverá espaço residual para acordos), nem quando exista procura de produtos sustentáveis¹³³. Em ambos os casos, porém, as restrições continuarão a poder ser consideradas indispensáveis para obter um objetivo de sustentabilidade de forma mais rápida ou mais eficiente em termos de custos¹³⁴.

Relativamente ao último caso, alguns autores apontam uma contradição nas Orientações¹³⁵. Note-se que haverá procura de produtos sustentáveis quando os consumidores

¹³⁰ “Por exemplo, se o acordo eliminar a concorrência em termos de qualidade ou variedade, mas o preço for também um parâmetro importante para a concorrência no setor em causa e não for restringido, esta condição pode continuar a estar satisfeita. (...) De igual modo, se os concorrentes decidirem não utilizar uma determinada tecnologia poluente ou um determinado ingrediente não sustentável na produção dos seus produtos, a concorrência não será eliminada se continuarem a concorrer em termos de preços e/ou qualidade do produto final.” – Ibid, n.º s 593 e 596 (tradução nossa).

¹³¹ “[E]m especial para atingir uma escala suficiente para cobrir os custos fixos de criação, exploração e monitorização do rótulo ou norma de sustentabilidade” – Ibid, n.º 567.

¹³² Vide páginas 8 a 10 da presente dissertação e n.ºs 565-566 das novas Orientações Horizontais (43).

¹³³ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.ºs 564 e 562, respetivamente. “[As Orientações] distinguem entre o caso de o acordo ser de facto indispensável para a obtenção dos respetivos benefícios de sustentabilidade, ou de apenas permitir atingir o respetivo objetivo de forma mais económica. Como o último se refere apenas a eficiências de custos (de produção), a sua consideração pode seguir procedimentos estabelecidos. De maior novidade e potencial importância parece ser o caso em que o acordo é necessário para a obtenção dos respetivos benefícios.” – Inderst, Roman e Stefan Thomas (2022), pág. 5 (tradução nossa).

¹³⁴ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.º 563, *in fine* e 565, *in fine*.

¹³⁵ Little, David, Werner Berg, Clément Pradille e Axelle Aubry (2022), pág. 409. Apesar de estas observações terem sido feitas relativamente ao projeto de revisão das Orientações, continuam a aplicar-se perante a versão final do documento.

de determinado mercado tiverem ‘disponibilidade para pagar’ por essa sustentabilidade (“*willingness to pay*”). Ora, não sendo possível nestes casos a celebração de acordos por incumprimento da condição da indispensabilidade, não faz sentido que, aquando da análise do cumprimento da condição da reserva de uma parte equitativa dos benefícios para os consumidores, seja requerido que as empresas avaliem a disponibilidade dos consumidores para pagar de forma a demonstrar que estes valorizam os benefícios de sustentabilidade que advêm do consumo de produtos sustentáveis¹³⁶.

Por fim, especificamente quanto à terceira condição, apesar de as novas Orientações dedicarem uma secção aos benefícios coletivos¹³⁷, onde é reconhecida a eventual necessidade de acordos de cooperação entre concorrentes “*para internalizar as externalidades negativas e proporcionar benefícios de sustentabilidade a uma porção mais vasta da sociedade*”¹³⁸, não é feita uma delineação mais abrangente do conceito de consumidor, continuando a Comissão a não tomar em conta benefícios coletivos surgidos fora do mercado relevante que não sejam sentidos pelos consumidores deste mercado¹³⁹.

Por outro lado, a Comissão continua também a exigir uma compensação total dos consumidores afetados pelas restrições concorrenciais do acordo de sustentabilidade: “*Os consumidores recebem uma parte equitativa dos benefícios quando os benefícios decorrentes do acordo compensam o prejuízo causado pelo mesmo, de modo a que o efeito global sobre os consumidores no mercado relevante seja pelo menos neutro. Por conseguinte, os benefícios de sustentabilidade que resultam de um acordo têm de reverter para os consumidores dos produtos abrangidos por esse acordo*”¹⁴⁰.

¹³⁶ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.ºs 575 a 581.

¹³⁷ Ibid, n.ºs 582 a 589.

¹³⁸ A título de exemplo, a Comissão refere o seguinte: “*os consumidores podem não estar dispostos a pagar um preço mais elevado por um produto fabricado com uma tecnologia verde, mas dispendiosa. Para garantir a concretização dos benefícios relacionados com a utilização dessa tecnologia verde, pode ser necessário um acordo para eliminar progressivamente a tecnologia poluente. Estes benefícios são designados «benefícios coletivos» (...)*” – Ibid, n.º 502 (tradução nossa).

¹³⁹ Com exceção dos ganhos de eficiência alcançados em mercados distintos do mercado relevante, desde que relacionados com este e desde que o grupo de consumidores afetados pela restrição e que beneficiam dos ganhos de eficiência seja substancialmente o mesmo. A Comissão admite ainda que possam ter-se em conta benefícios coletivos sentidos pelos consumidores do mercado relevante que ocorram fora desse mercado, “*se forem suficientemente significativos para compensar os consumidores no mercado relevante pelo prejuízo sofrido*”. – Ibid, n.ºs 583 e 584, respetivamente (tradução nossa).

¹⁴⁰ Ibid, n.º 569 (tradução nossa).

No que diz respeito à aplicação desta isenção a acordos de sustentabilidade, particularmente no que toca a esta terceira condição, algumas autoridades nacionais de concorrência têm-se revelado mais ousadas nas suas abordagens interpretativas recentemente adotadas: é o caso da autoridade da concorrência dos Países Baixos.

A Autoridade para os Consumidores e Mercados dos Países Baixos (doravante ACM) tem sido uma das precursoras na discussão sobre a integração de considerações de sustentabilidade (em sentido lato) na aplicação das regras de concorrência¹⁴¹. Em 2015, no caso *Chicken of Tomorrow*¹⁴², a ACM, no âmbito da análise das condições de isenção, entendeu ser necessário quantificar monetariamente os benefícios de sustentabilidade¹⁴³ que adviriam do acordo, pelo que conduziu um estudo para avaliar a disponibilidade dos consumidores para pagar por esses benefícios, através de uma análise custo-benefício. Uma vez que o estudo demonstrou que o preço que os consumidores estariam dispostos a pagar pelos benefícios de sustentabilidade era inferior ao custo adicional que o acordo envolvia, a ACM concluiu pela não aplicação da isenção, considerando o acordo contrário às normas de concorrência.

Esta quantificação dos benefícios veio a ser alvo de várias críticas, nomeadamente o facto de a análise se focar apenas na valorização dos benefícios por parte dos consumidores daquele mercado¹⁴⁴, a suscetibilidade de variação dos resultados consoante a metodologia utilizada¹⁴⁵, ou o facto de se reduzirem interesses sociais a uma dimensão meramente monetária¹⁴⁶. Note-se ainda que esta abordagem, que requer que haja disponibilidade para pagar por parte dos consumidores para que o acordo possa beneficiar da isenção, é contrária à posição

¹⁴¹ Já em 2014 a ACM havia publicado um “*Vision Document*” sobre concorrência e sustentabilidade, no qual esclarecia até que ponto as iniciativas de sustentabilidade eram compatíveis com as regras de concorrência. Cfr. AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, *Press Release, Vision document on Competition and Sustainability*, 09.05.2014.

¹⁴² Estava aqui em causa um acordo entre produtores de carne de galinha, com vista a melhorar as condições de bem-estar desses animais. Cfr. AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, *ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’*.

¹⁴³ Aqui entendidos em sentido lato, incluindo bem-estar animal, ambiente e saúde pública.

¹⁴⁴ Vide GASSLER, MARTIN (2021), pág. 440. Também DOLMANS nota: “*Ainda que a ACM deva ser elogiada por reconhecer que os benefícios não económicos contam, o que importa não é apenas a posição dos consumidores de pagar, mas os custos ou benefícios sociais totais*” - DOLMANS, MAURITS (2020a), pág.19 (tradução nossa).

¹⁴⁵ “*As preferências reveladas nos inquéritos aos consumidores precisam de ser usadas com extrema cautela (...) elas são muito suscetíveis a quais perguntas são feitas (e como são formuladas)*” - HOLMES, SIMON (2020), págs. 379-380 (tradução nossa). Vide, também, VAN DER ZEE, EVA, ‘Quantifying Benefits of Sustainability Agreements Under Article 101 TFEU in terms of Human Well-Being’ (2020), que explora diferentes métodos de quantificação, propondo uma análise baseada no bem-estar humano que vai além das considerações meramente monetárias que estão na base da análise custo-benefício.

¹⁴⁶ GASSLER, MARTIN (2021), pág. 438.

agora adotada nas Novas Orientações Horizontais da Comissão, segundo a qual quando haja disponibilidade para pagar por parte dos consumidores não há necessidade de acordos de cooperação para a sustentabilidade, não sendo os mesmos permitidos¹⁴⁷.

Atualmente, porém, é de notar que a ACM, nas suas novas Orientações sobre acordos de sustentabilidade¹⁴⁸, reconhecendo as dificuldades inerentes à quantificação de benefícios não económicos, prevê duas situações em que é dispensada esta análise para efeitos da verificação da segunda condição para a isenção do acordo: (i) quando a quota de mercado combinada das empresas envolvidas é limitada ou (ii) quando, com base numa estimativa aproximada, o prejuízo que o acordo causa na concorrência é claramente inferior aos benefícios esperados¹⁴⁹.

Ainda no âmbito da averiguação da segunda condição de isenção, estas Orientações dão um outro passo que é importante destacar. Tal como as Orientações da Comissão, o documento da ACM refere-se ao conceito de sustentabilidade de forma abrangente. Todavia, para efeitos da análise da referida condição, a ACM distingue a abordagem a adotar para ‘acordos de dano ambiental’¹⁵⁰ *versus* ‘outros acordos de sustentabilidade’¹⁵¹, requerendo uma compensação total dos consumidores no último caso, mas não no primeiro¹⁵².

A ACM esclarece expressamente que, no caso de acordos de dano ambiental, deverão ser tidos em conta os benefícios sentidos por outros que não apenas os consumidores dos produtos em causa, podendo ser considerado justo que estes não recebam uma compensação total pelo prejuízo causado pelo acordo, já que é a procura por esses produtos que cria o problema para o qual a sociedade precisa de encontrar soluções¹⁵³. A ACM coloca, assim, em prática o princípio o poluidor-pagador, desviando-se da abordagem mais conservadora da Comissão.

¹⁴⁷ “A cooperação está predestinada a falhar no cálculo de custo/benefício porque, se os consumidores estiverem dispostos a pagar pela sustentabilidade, a concorrência geralmente a entregará” – COSTA-CABRAL, FRANCISCO (2021), pág. 5 (tradução nossa).

¹⁴⁸ Primeira versão publicada em julho de 2020 e segunda versão publicada em janeiro de 2021. *Vide* ACM, *Guidelines on Sustainability Agreements: opportunities within competition law (second draft version)*, 26.01.2021.

¹⁴⁹ *Ibid*, parágrafos 53-56.

¹⁵⁰ “[A]cordos de danos ambientais dizem respeito à redução de externalidades negativas e, como resultado disso, a um uso mais eficiente dos recursos naturais.” – *Ibid*, parágrafo 46 (tradução nossa).

¹⁵¹ “Outros acordos de sustentabilidade podem dizer respeito a preocupações sociais ou outras formas de sustentabilidade, como a imposição de certos padrões mínimos nos processos de produção.” – *Ibid*, parágrafo 47 (tradução nossa).

¹⁵² *Ibid*, parágrafos 45-52.

¹⁵³ *Ibid*, parágrafo 48.

Similarmente, outras jurisdições têm tido desenvolvimentos no campo desta isenção. Em setembro de 2022, a Autoridade Federal de Concorrência da Áustria (doravante AFCA) publicou a versão final das suas Orientações sobre acordos de sustentabilidade para empresas¹⁵⁴ com vista a clarificar a norma especial para os acordos de sustentabilidade introduzida na lei da concorrência austríaca¹⁵⁵.

A nova versão da secção 2 (1) da lei austríaca vem expandir o âmbito de aplicação da isenção conferida à proibição de acordos horizontais, passando a presumir de forma inilidível que se os benefícios resultantes de um acordo contribuirão substancialmente para uma economia ecologicamente sustentável ou climaticamente neutra, uma parte equitativa desses benefícios é reservada aos consumidores¹⁵⁶.

Quanto à aplicação da isenção a este tipo de acordos, as Orientações de sustentabilidade austríacas preveem um conjunto de benefícios ambientais que podem ser visados pelo acordo, esclarecendo expressamente que estes serão tidos em conta independentemente de ocorrerem ou não no mercado relevante¹⁵⁷ – também aqui divergindo do entendimento adotado nas novas Orientações Horizontais da Comissão.

Ademais, relativamente à necessidade de os benefícios contribuirão ‘substancialmente’ para uma economia ecologicamente sustentável ou climaticamente neutra, as Orientações austríacas explicam que deverá ser feita uma análise dos efeitos positivos e negativos do acordo¹⁵⁸ que considere os benefícios ecológicos na sua totalidade, ou seja, na perspetiva do público em geral¹⁵⁹. Esta análise, acrescentam, poderá ser feita qualitativamente, caso a proporcionalidade entre os efeitos positivos e negativos seja desde logo clara¹⁶⁰. Caso contrário,

¹⁵⁴ AUSTRIAN FEDERAL COMPETITION AUTHORITY (2022) *Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations (Sustainability Guidelines)*, 28.09.2022.

¹⁵⁵ A reforma na lei austríaca entrou em vigor em 10 de setembro de 2021, passando a lei a incluir explicitamente, pela primeira vez, critérios de sustentabilidade.

¹⁵⁶ *Federal Cartel Act 2005, as amended effective 10 September 2021 (complete version)*, Secção 2 (1), capítulo 1, Parte I. Note-se que, na medida em que visam clarificar esta norma, as Orientações para a sustentabilidade austríacas referem-se a um conceito de sustentabilidade que se restringe a uma vertente ecológica/ambiental (ao contrário das Orientações quer da Comissão, quer da ACM).

¹⁵⁷ AUSTRIAN FEDERAL COMPETITION AUTHORITY (2022) *Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations (Sustainability Guidelines)*, 28.09.2022, pág. 31, nota de rodapé n.º 60.

¹⁵⁸ “*Caso os ganhos de eficiência dos benefícios ecológicos sejam menores do que os impactos negativos na concorrência no mercado em questão, eles não contribuem substancialmente para uma economia ecologicamente sustentável ou neutra para o clima, e não é possível justificar a cooperação citando a isenção de sustentabilidade*” – Ibid, parágrafo 90 (tradução nossa).

¹⁵⁹ Ibid, parágrafo 85.

¹⁶⁰ Ibid, parágrafo 93.

será necessária uma análise quantitativa que poderá envolver – tal como nas Orientações holandesas – uma quantificação monetária aproximada dos benefícios¹⁶¹.

Já no que toca ao critério da indispensabilidade, a AFCA entende que este só se verificará quando seja demonstrado que as restrições à concorrência são indispensáveis à obtenção dos ganhos de eficiência visados, e não quando apenas se demonstre que são indispensáveis à obtenção destes ganhos de forma mais eficiente em termos de custos¹⁶². Trata-se de um entendimento mais restrito do que o adotado nas novas Orientações da Comissão¹⁶³.

Apesar de, em geral, os desenvolvimentos das orientações austríacas serem mais promissores em termos de incentivo às iniciativas de cooperação ecológicas do que as Orientações da Comissão, alguns autores notam o seu âmbito de aplicação limitado, já que apenas se aplicam a casos que se restringem à aplicação da jurisdição nacional, ao contrário das Orientações dos Países Baixos, por exemplo¹⁶⁴.

Independentemente das diferenças apontadas, os três casos analisados – que, aliás, não são únicos¹⁶⁵, especialmente considerando também jurisdições fora da UE¹⁶⁶ – permitem-nos perceber que há efetivamente espaço no direito e política de concorrência para promover a sustentabilidade e a ecologia através de acordos de cooperação entre empresas. Caberá agora a estas fazer uso das oportunidades que têm à sua disposição nestas jurisdições para que numa fase posterior se possa analisar o real impacto de cada uma das Orientações emitidas.

¹⁶¹ Ibid, parágrafo 91.

¹⁶² Ibid, parágrafos 71-73.

¹⁶³ COMISSÃO EUROPEIA, Novas Orientações Horizontais (43), n.º 563, *in fine* e 565, *in fine*.

¹⁶⁴ “*Isso levanta imediatamente a questão da relevância destas Orientações, pois as situações em que apenas a lei de concorrência austríaca se aplica podem ser bastante limitadas, dada a interpretação ampla e extensa do critério de comércio interestadual que desencadeia a aplicação da lei de concorrência da UE.*” – GASSLER, MARTIN (2022) (tradução nossa).

¹⁶⁵ Veja-se, por exemplo, o caso da autoridade de concorrência da Grécia que, apesar de não ter emitido orientações para acordos de sustentabilidade, optou por implementar uma “*Sustainability Sandbox*”, incentivando as empresas a apresentar propostas de iniciativas nesta área, particularmente acordos multilaterais, para que sejam avaliadas ex-ante, permitindo-lhe obter segurança jurídica para avançar com as mesmas, sem colocar em risco a concorrência. Cfr. HELLENIC COMPETITION COMMISSION, *Sustainability Sandbox*. Disponível em <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html>.

¹⁶⁶ Veja-se a autoridade de concorrência do Reino Unido (CMA) que, para além de ter criado uma “*Sustainability Taskforce*” em 2022, emitiu também um projeto de Orientações sobre acordos de sustentabilidade ambiental. Neste projeto – notavelmente – a CMA cria uma isenção especial para acordos que contribuem para mitigar as alterações climáticas, adotando para estes uma interpretação abrangente do conceito de consumidor (para efeitos da averiguação da reserva aos consumidores de uma parte equitativa dos benefícios) que engloba a totalidade dos consumidores do Reino Unido e não apenas os do mercado relevante. Cfr. COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements* (fevereiro 2023).

3. Considerações de sustentabilidade à luz do artigo 102.º do TFUE

Ainda que o debate sobre a integração de considerações de sustentabilidade no direito da concorrência se centre atualmente na análise de acordos de cooperação, não se esgotam aqui as oportunidades para enfrentar os desafios ecológicos através deste ramo do direito. Também o artigo 102.º do TFUE, que proíbe o abuso de posição dominante, tem vindo a ser explorado neste debate, apesar de em menor medida.

Segundo esta norma, é proibido “*o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste*”, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados membros¹⁶⁷. Doutrina recente¹⁶⁸ aponta duas vias possíveis para a interação entre o art.º 102.º e as considerações de sustentabilidade: i) aplicando a norma como uma “arma”, atacando práticas abusivas que prejudicam o ambiente; ou ii) utilizando a sustentabilidade como um “escudo” contra a aplicação do artigo, legitimando práticas que, numa primeira análise, possam parecer abusivas. Atentemos a cada uma delas.

3.1. O artigo 102.º do TFUE enquanto “arma” contra práticas insustentáveis

A possibilidade da utilização do artigo 102.º como “arma” para atacar práticas comerciais não sustentáveis suscita, em particular, a análise de dois conceitos e a respetiva interligação com práticas que prejudicam a sustentabilidade: o conceito de ‘posição dominante’ e o conceito de ‘abuso’.

De acordo com a conceção clássica definida na jurisprudência do TJUE desde o Ac. *Hoffman-La Roche*, a posição dominante consiste numa “*situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores*”.¹⁶⁹ Uma empresa nestas circunstâncias poderá atuar sem tomar em consideração a concorrência que possa existir, “*sem que esta atitude a prejudique*”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Artigo 102.º do TFUE.

¹⁶⁸ HOLMES, SIMON (2020), págs. 383-389.

¹⁶⁹ Ac. Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, n.º 38.

¹⁷⁰ *Ibid*, n.º 39.

A conexão entre a detenção de um significativo poder de mercado por parte das empresas e a probabilidade de estas adotarem práticas comerciais insustentáveis do ponto de vista ambiental não foi ainda substancialmente explorada na literatura. Contudo, alguns argumentos têm vindo a ser avançados quanto esta relação.

Por um lado, há quem defenda que empresas com excesso de lucro devido ao seu poder de monopólio têm mais capacidade para alocar essas rendas para fins de sustentabilidade, ao contrário de empresas em ambientes concorrenciais que não se podem desviar do objetivo de maximização do lucro, exceto nas circunstâncias restritas em que fazer o bem facilita a performance financeira¹⁷¹.

Por outro lado, há quem aponte a detenção de um significativo poder de mercado como um elemento facilitador da adoção de práticas comerciais social e ecologicamente insustentáveis¹⁷². IACOVIDES e VRETTOS indicam duas vertentes para esta conexão. Desde logo, o facto de, devido às atuais pressões no sentido da responsabilidade social corporativa, não ser apelativo a empresas não dominantes enveredar por condutas insustentáveis, sendo expectável que apenas empresas com algum nível de poder de mercado consigam ter ganhos e sustentar os custos associados à adoção destas práticas (custos reputacionais, multas, litigância), em desconsideração por concorrentes e consumidores. Depois, o facto de a concentração de mercados ter levado à existência de mega-empresas que controlam funções críticas da biosfera e que conseguem ter influência política no desenho de regulamentos que visam proteger o ambiente, ou pelo contrário contorná-los¹⁷³.

Quanto ao primeiro argumento, é certo que o facto de as empresas terem maior capacidade financeira para investir em práticas sustentáveis não significa necessariamente que o façam. Já quanto à primeira vertente do segundo argumento, como já vimos no âmbito do primeiro capítulo, as eventuais pressões concorrenciais no sentido da sustentabilidade nem sempre se revelam eficazes.

¹⁷¹ Vide “Corporate Purpose and Corporate Competition” de MARK J. ROE (2021), cit. por HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág.16.

¹⁷² Vide IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS (2022). Neste artigo, IACOVIDES e VRETTOS conduzem um estudo empírico no sentido de provar esta conexão, analisando os casos que resultaram em condenações por abuso de posição dominante e a adoção de práticas prejudiciais à sustentabilidade por parte das empresas sancionadas.

¹⁷³ Ibid, págs. 14-15.

Aliás, como reconhecido pelos autores supramencionados, sendo evidente que a maioria das empresas, independentemente do seu tamanho ou poder de mercado, procura aumentar o seu lucro em benefício dos seus sócios e acionistas, entende-se que todas têm, nalguma medida, incentivos para a adoção de procedimentos ou práticas insustentáveis que lhes permitem reduzir custos de produção¹⁷⁴. Para além disto, estas condutas estão à disposição e alcance de qualquer empresa, seja pequena ou grande e tenha maior ou menor poder de mercado, pelo que não é claro que haja uma especial relação entre estes fatores.

Em todo o caso, a existência ou não de uma conexão entre a detenção de uma posição dominante e a adoção de práticas insustentáveis não tem qualquer impacto na possibilidade da aplicação do artigo 102.º neste contexto, já que o mesmo não requer uma relação causal entre a posição dominante e a prática abusiva cometida¹⁷⁵.

Não deixa de ser evidente, porém, que a adoção deste tipo de práticas por parte de uma empresa em posição dominante ou com grande poder de mercado terá um impacto maior – quer no mercado, quer no ambiente – do que a sua adoção por empresas com um poder de mercado mais limitado¹⁷⁶, pelo que pode assumir-se que a resolução deste problema terá também um impacto positivo significativo¹⁷⁷. Note-se mesmo que, de acordo com jurisprudência assente do TJUE, “*as empresas dominantes têm uma responsabilidade particular de não prejudicarem com o seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum*”¹⁷⁸.

Sendo certo que o artigo 102.º proíbe a distorção da concorrência através de abusos de posição dominante, interessa agora averiguar até que ponto é que o envolvimento das empresas

¹⁷⁴ “Práticas insustentáveis resultam em custos de produção mais baixos para as empresas que as praticam através de padrões inferiores, por ex. pagando salários baixos, criando externalidades ambientais e não as compensando, não fornecendo condições seguras de trabalho aos trabalhadores, etc.” – Ibid, pág.19 (tradução nossa).

¹⁷⁵ “A verdade é que entre os métodos vedados às empresas em posição dominante se encontram práticas que podem ser adotadas por empresas com reduzidas quotas de mercado (...) Uma das dificuldades enfrentadas na aplicação do art. 102.º TFUE resulta, por isso, da necessidade de critérios suplementares que permitam qualificar uma prática como abusiva, quando a sua autora é uma empresa em posição dominante, enquanto o mesmo tipo de conduta escapa ao escrutínio das regras de concorrência ao ser empregue por empresas não dominantes.” – MOURA E SILVA, MIGUEL (2020), pág. 922.

¹⁷⁶ “No entanto, não precisamos de concordar com isto para reconhecer que, se temos ferramentas para mitigar o impacto dessas empresas nas alterações climáticas (ou outras práticas insustentáveis), temos o dever de usá-las.” – HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 20 (tradução nossa).

¹⁷⁷ “[A]fetar a conduta de um punhado de corporações poderosas (...) pode ter um impacto desproporcional e significativo em setores inteiros.” - IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS (2022), pág. 20 (tradução nossa).

¹⁷⁸ Ac. Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 14 de Outubro de 2010, *Comissão Europeia c. República da Áustria*, C-535/07, n.º 83; e Ac. Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 322/81, Recueil, n.º 57.

em práticas que prejudicam a sustentabilidade pode ser considerado um “abuso” e, enquanto tal, combatido com a aplicação desta norma.

A noção de abuso não se encontra definida nos Tratados. O artigo 102.º apenas elenca um conjunto exemplificativo, não taxativo¹⁷⁹, de práticas consideradas abusivas, sendo que temos verificado o surgimento de novas teorias de dano¹⁸⁰. O conceito, porém, tem vindo a ser desenvolvido jurisprudencial e doutrinariamente.

Segundo a definição clássica de “abuso”, também ela proveniente do acórdão *Hoffman-La Roche*, este conceito “*abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência*”¹⁸¹.

O sentido e alcance desta definição não é totalmente claro. No entanto, é possível identificar aqui pelo menos dois critérios que relevam para a nossa análise: a utilização de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal e a suscetibilidade de a prática influenciar a estrutura de um mercado pelos seus efeitos anticoncorrenciais.

Sabemos que, em geral, ‘competição normal’ é a que se desenvolve com base no mérito, nomeadamente a nível de preços, qualidade ou inovação¹⁸². Porém, não é claro apontar o que faz com que uma prática não seja considerada competição normal. Como notam HOLMES e MEAGHER, a perceção do que é “normal” não é imutável, devendo refletir os valores da sociedade no tempo em que o abuso é averiguado. Estes autores notam ainda que a definição apresentada em *Hoffmann-La Roche* pode ser considerada algo circular, na medida em que,

¹⁷⁹ Tal como reconhecido na jurisprudência da União. *Vide*, por ex., Ac. Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Comissão Europeia*, Processo C-457/10 P, n.º 164.

¹⁸⁰ E.g. a prática de *self-preferencing*. Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

¹⁸¹ Ac. Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, n.º 91.

¹⁸² Ac. Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 12 de maio de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e outros c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e o.*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, n.º 85.

após ser decidido que uma prática constitui um abuso, passa a considerar-se que a mesma não é considerada ‘competição normal’¹⁸³.

Devemos questionar-nos, então, até que ponto é que deveremos continuar a encarar práticas de empresas que prejudicam o ambiente para ganhar uma vantagem em relação às concorrentes como apenas mais um método concorrencial equiparado, na prática, à inovação ou à qualidade dos produtos. Pelo menos no que toca a este primeiro critério, não nos parece que possa ser visto como um método de concorrência “normal”¹⁸⁴.

Em conformidade com a adotada ‘abordagem mais económica’, a prática da Comissão na análise de potenciais condutas abusivas tem-se focado, no segundo critério mencionado, ou seja, na averiguação dos efeitos da conduta no mercado¹⁸⁵. Atentando aos efeitos, surge uma distinção entre dois tipos de abuso: abusos por exclusão, quando o comportamento afasta potenciais concorrentes ou impede o seu desenvolvimento, e abusos por exploração, quando a empresa obtém vantagens através da exploração do seu poder em detrimento de outros agentes económicos.

A Comissão tem dado uma atenção superior a práticas de exclusão do que a práticas de exploração¹⁸⁶, incidindo as suas Orientações de 2009¹⁸⁷ apenas sobre as primeiras. Neste documento, a Comissão adota um teste para identificação de um abuso de exclusão baseado em dois critérios: o encerramento anticoncorrencial do mercado aos rivais e a existência de um impacto adverso no bem-estar dos consumidores.

Nas mais recentes alterações a estas Orientações, a explicitação da expressão ‘encerramento anticoncorrencial do mercado’, que na redação anterior se referia a um comportamento “*que restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados (...)*”, passou a fazer referência a um

¹⁸³ HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 22, nota de rodapé n.º 78.

¹⁸⁴ “*Não pode haver nada de 'normal' e 'meritório' na concorrência tóxica por meio de suborno, extorsão, violações de direitos humanos, destruição de habitats e meios de subsistência, salários e condições de trabalho predatórias; o direito da concorrência da UE não pode fingir que tal concorrência é justa e feita em termos que reflitam condições equitativas, ainda que seja consistente com a lei da UE.*” - IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS (2021), pág. 10 (tradução nossa).

¹⁸⁵ KINGSTON, SUZANNE (2011), Págs. 300-301.

¹⁸⁶ “*Isto é importante no contexto atual, pois a maioria das instâncias de atividades insustentáveis será de natureza exploradora, e não excludente.*” - HOLMES, SIMON e MEAGHER, MICHELLE (2022), pág. 23 (tradução nossa).

¹⁸⁷ COMISSÃO EUROPEIA, Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), doravante “Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos”.

comportamento que “*tem efeitos negativos numa estrutura concorrencial efetiva*”¹⁸⁸. Com efeito, o artigo 102.º não contém qualquer requisito de que a prática tenha de provocar efeitos adversos nos concorrentes para ser considerada abusiva e, tal como reconhecido nas mencionadas Orientações, “*o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes*”¹⁸⁹. Deste modo, há um âmbito mais alargado para que práticas não sustentáveis possam ser abrangidas por esta proibição, desde que afetem a estrutura comercial do mercado¹⁹⁰.

Também o impacto adverso no bem-estar dos consumidores¹⁹¹ não só não é requerido pelo artigo 102.º, como não tem consagração na jurisprudência, da qual decorre que este artigo se refere “*não apenas às práticas que causam um prejuízo imediato aos consumidores mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsearem o jogo da concorrência*”¹⁹². De acordo com HOLMES e MEAGHER, isto sugere que o prejuízo que a prática cause a outros *stakeholders*, tais como fornecedores, trabalhadores e até mesmo o ambiente, poderá ser suficiente para que a mesma seja considerada abusiva¹⁹³.

Em todo o caso, como notam estes autores, muitas práticas comerciais insustentáveis¹⁹⁴ não só têm impacto no processo concorrencial, como afetam concorrentes e/ou prejudicam consumidores, já que permitem à empresa obter uma vantagem concorrencial injusta face às

¹⁸⁸ COMISSÃO EUROPEIA, Alterações à Comunicação da Comissão intitulada — «Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante» (2023/C 116/01), ponto 1 do anexo.

¹⁸⁹ Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos (187), n.º 6.

¹⁹⁰ Neste sentido, HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 24.

¹⁹¹ “*O conceito de «consumidores» engloba todos os utilizadores directos e indirectos dos produtos afectados pelo comportamento, incluindo os produtores intermédios que utilizam os bens como meios de produção, assim como os distribuidores e os consumidores finais tanto do produto imediato como dos produtos disponibilizados pelos produtores intermédios.*” – Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos (187), n.º 19, nota n.º 2.

¹⁹² Ac. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 27 de março de 2012. *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, n.º 20.

¹⁹³ “*No mínimo, sugere que o Artigo 102.º não se refere apenas aos interesses diretos ou de curto prazo dos consumidores, mas que o abuso pode consistir em danos aos interesses de longo prazo dos consumidores - seja pelo enfraquecimento da estrutura da concorrência ou (...) em termos do impacto das práticas no planeta e no ambiente em que esses consumidores vivem e respiram*” – HOLMES, SIMON e MEAGHER, MICHELLE (2022), págs. 24-25 (tradução nossa).

¹⁹⁴ “*Por exemplo, aquelas empresas dominantes que evitam pagar o preço real dos insumos ou descarregam os custos sobre terceiros e sobre a sociedade, seja pagando preços injustos aos fornecedores, despejando resíduos nos rios, evitando obrigações fiscais ou poluindo a atmosfera, ou que retardam a introdução de produtos mais sustentáveis ou falham em abrir os seus ecossistemas de produtos a alternativas ou componentes mais sustentáveis, ou se recusam a licenciar novas tecnologias verdes em termos justos*” – Ibid (tradução nossa).

concorrentes que não as adotam e podem reduzir incentivos à concorrência pelo mérito, incluindo ao nível da inovação¹⁹⁵.

Já quanto aos abusos de exploração, i.e, quando as empresas dominantes obtêm vantagens através da exploração do seu poder junto de outros agentes económicos, esta atuação pode consubstanciar formas típicas de abuso, tais como a imposição de preços excessivos, mas abrange igualmente a “*a simples aptidão para lhes impor um encargo, obstáculo, ou ónus injustificado*”¹⁹⁶. MOURA E SILVA nota que, nesta aceção, “*uma atuação que impede os consumidores de beneficiar das vantagens do mercado interno pode traduzir-se numa vantagem (...): a mera possibilidade de atuar de forma arbitrária contra os fins do Tratado, por exemplo, discriminando os consumidores em função da respetiva nacionalidade*”¹⁹⁷.

Com efeito, a própria Comissão inclui no seu Memorando de 1966 um critério teleológico para a definição de ‘abuso’, expressando que “*existe exploração abusiva quando o comportamento da empresa constitui objetivamente um comportamento contrário aos objetivos fixados pelo Tratado*”¹⁹⁸. Ora, tendo em conta todas as considerações do segundo capítulo desta dissertação, é evidente que práticas comerciais prejudiciais à sustentabilidade ambiental são contrárias aos objetivos dos Tratados, preenchendo facilmente este critério.

Por fim, não obstante a possibilidade da consideração de práticas insustentáveis enquanto abusos *de per se*, nos termos até agora analisados, muitas vezes estas podem subsumir-se numa das típicas categorias de práticas abusivas previstas nas alíneas do artigo 102.º do TFUE.

¹⁹⁵ “*Porquê preocupar-se em inovar para reduzir custos quando se pode enganar o sistema?*” - Ibid (trad. nossa).

¹⁹⁶ MOURA E SILVA, MIGUEL (2020), pág. 919. O autor referencia uma investigação do Bundeskartellamt à Facebook, que inclui “*um possível abuso de exploração dos consumidores que consiste na imposição de condições não equitativas em matéria de privacidade de dados*”. O TJUE já se pronunciou sobre a decisão em que esta investigação veio a resultar, indicando que “*uma autoridade nacional da concorrência pode constatar, no âmbito do exame de um abuso de posição dominante, uma violação do RGPD*” – Ac. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 4 de julho de 2023, C-252/21.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ COMMISSION DE LA COMMUNAUTÉ ECONOMIQUE EUROPÉENNE, *Le problème de la concentration dans le marché commun, Collection Études, Série concurrence n° 3. Bruxelles 1966, n.º 25* (tradução nossa). Vide, também, as Conclusões do AG HENRI MAYRAS (1975) no caso *Suiker Unie e o. c. Comissão*, que expressam, no mesmo sentido: “*Logo que existe posição dominante e que a concorrência não pode desempenhar o seu papel corrector, basta, para que haja abuso, como já referia o n.º 7 do artigo 66.º do Tratado CECA, que a empresa que detém essa posição «a utilize para fins contrários aos objectivos do presente Tratado»*”, pág. 746.

No âmbito da al. a), por exemplo, que classifica como prática abusiva a imposição de preços ou outras condições de transação não equitativas, poderemos eventualmente enquadrar práticas não sustentáveis tais como os preços demasiado baixos pagos por empresas dominantes a produtores de determinados bens alimentares (e.g. de cacau, café ou bananas), que encorajam o uso excessivo de recursos escassos¹⁹⁹. HOLMES sugere que estes preços deverão ser considerados não equitativos e, como tal, abrangidos pelo mencionado preceito legal²⁰⁰, quando não cobrem o verdadeiro custo de produção ou quando não permitem aos produtores obter uma margem de lucro razoável, nomeadamente para que possam produzir os bens de forma sustentável. Por outro lado, o facto de, por exemplo, uma empresa dominante requerer a um produtor que o bem seja produzido de uma determinada forma menos sustentável²⁰¹ poderá igualmente ser incluído no âmbito desta alínea, na medida em que se possa considerar uma imposição de condições de transação não equitativas.

Também no âmbito da alínea b) do art.º 102.º, que classifica como abuso limitar a produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, é possível enquadrar práticas insustentáveis. Como indicado por KINGSTON, uma abordagem à interpretação deste preceito que integre considerações de sustentabilidade implica que se possa considerar abusivo para uma empresa dominante “*limitar a capacidade de terceiros de desenvolver métodos de produção ou produtos mais ecológicos*”, “*deixar de satisfazer uma procura clara por um serviço ambiental*” ou “*ser extremamente ineficiente, ao recusar utilizar tecnologias mais ecológicas, aumentando assim os custos ambientais*”²⁰².

Por tudo o exposto neste subcapítulo, percebemos que uma leitura do artigo 102.º do TFUE em conformidade com o princípio da integração ambiental, com os fins do Tratado e da política de concorrência²⁰³, permite abranger nesta proibição abusos de cariz ecológico, desde que essas práticas afetem o processo concorrencial. Como colocado por IACOVIDES e VRETTOS,

¹⁹⁹ HOLMES, SIMON (2020), págs. 384-386.

²⁰⁰ “[Onde] por uma variedade de razões, a regulamentação não fornece uma solução suficiente, não há razão, em princípio, para que o Artigo 102.º não possa ser invocado”. - Ibid, págs. 384-386 (Tradução nossa).

²⁰¹ Por ex., na agricultura industrial: “os fornecedores de sementes insistem em sementes GM que têm um rendimento muito maior, mas que requerem muito mais água e também fertilizantes químicos que degradam o solo”. - HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 27, nota de rodapé n.º 99 (tradução nossa).

²⁰² KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 325 (tradução nossa).

²⁰³ Tal como identificados na investigação de STYLIANOU e IACOVIDES: “*eficiência, bem-estar, liberdade económica e proteção dos concorrentes, estrutura da concorrência, equidade, integração do mercado único e processo de concorrência*” – STYLIANOU, KONSTANTINOS e MARIOS IACOVIDES (2022), pág.623 (tradução nossa).

esta abordagem “é sobre mais concorrência, apenas não do tipo tóxico. É um apelo para reorientar a política de concorrência e reconectar conceitos como “abuso” com os objetivos do sistema de direito da concorrência da UE”²⁰⁴. Contudo, a efetiva aplicação da norma a práticas insustentáveis requer que as autoridades estejam disponíveis para olhar para o preceito com novos olhos, não havendo até agora indícios de qualquer desenvolvimento nesse sentido.

3.2. A sustentabilidade enquanto “escudo” face ao artigo 102.º do TFUE

Ao contrário do art.º 101.º do TFUE, o artigo 102.º do mesmo Tratado não contém uma isenção à proibição aí prevista (equivalente à expressa no art.º 101.º, n.º 3). Apesar disto, aquando da qualificação de uma conduta como abusiva, é possível “*ter em conta o contexto em que o comportamento é tomado ou mesmo a intenção que lhe subjaz*”²⁰⁵, admitindo a jurisprudência que a conduta não mereça essa qualificação por ter uma ‘justificação objetiva’.

É no âmbito desta análise que se propõe serem tidas em conta considerações de cariz ecológico no sentido de legitimar práticas que permitam a uma empresa dominante atingir genuinamente um objetivo em prol da sustentabilidade, ainda que as mesmas possam, *prima facie*, parecer constituir um abuso. HOLMES apresenta um conjunto de exemplos ilustrativos²⁰⁶:

- i. cobrar um preço mais alto para cobrir os custos ambientais ou reinvestir na proteção ambiental: ou seja, como defesa contra alegações de ‘preços excessivos’;
- ii. cobrar de clientes diferentes preços diferentes de acordo com o uso que é feito do produto – por exemplo, quanto ao meio ambiente (e.g., a eficiência energética do processo de produção a jusante): ou seja, como defesa contra alegações de ‘preços discriminatórios’;
- iii. condicionar a compra de um produto da empresa dominante à compra de outro produto ecológico (e.g., venda de uma impressora condicionada à compra de tinteiros recicláveis): ou seja, como defesa contra uma alegação de vendas subordinadas;
- iv. oferecer preços excepcionalmente baixos para testar um novo produto ecológico: ou seja, como defesa contra uma alegação de ‘preço predatório’; ou

²⁰⁴ IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS (2021), pág. 12 (tradução nossa).

²⁰⁵ MOURA E SILVA, MIGUEL, Direito da Concorrência (2020), pág. 1141.

²⁰⁶ HOLMES, SIMON (2020), págs. 388-389.

- v. recusar conceder acesso a uma instalação essencial a um usuário que a pretenda usar para fins prejudiciais ao meio ambiente (e.g., negar o acesso a veículos a diesel), desde que isso seja feito de forma não discriminatória: ou seja, como defesa para uma alegação de 'recusa de fornecimento'.

Relativamente à forma de enquadramento legal destas considerações como defesa a acusações de abuso de posição dominante, KINGSTON identifica três tipos de ‘justificação objetiva’²⁰⁷. O primeiro consiste na possibilidade de uma empresa tomar “passos razoáveis” para proteger os seus interesses comerciais quando sejam atacados, desde que o objetivo não seja ‘reforçar a sua posição dominante e abusar dela’, e desde que as ações sejam proporcionais à ameaça enfrentada²⁰⁸. Face a isto, HOLMES e MEAGHER consideram que, *a fortiori*, os mesmos “passos razoáveis” deveriam ser admissíveis quando a finalidade da empresa dominante não seja um interesse comercial²⁰⁹. No que toca a considerações de sustentabilidade ambiental, será mais adequada a sua integração no âmbito das duas outras categorias de justificação objetiva (previstas expressamente nas Orientações da Comissão sobre comportamentos de exclusão abusivos).

Uma delas traduz-se na invocação de “*ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores*”²¹⁰. Esta justificação objetiva está sujeita a quatro condições²¹¹ semelhantes às previstas no artigo 101.º, n.º 3, no âmbito dos acordos de cooperação, pelo que os argumentos em prol de uma abordagem mais sustentável desenvolvidos no capítulo anterior se aplicam, *mutatis mutandis*, no âmbito desta justificação. Vejamos mais concretamente.

Como primeira condição, os ganhos de eficiência devem ter-se concretizado, ou deve ser provável a sua concretização, em consequência do comportamento adotado. Apesar de as Orientações indicarem que estas eficiências incluem “*melhorias técnicas na qualidade dos bens ou a redução do custo de produção ou distribuição*” – numa formulação mais restrita do que a

²⁰⁷ KINGSTON, SUZANNE (2011), págs. 304-307.

²⁰⁸ Por exemplo, Ac. Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, n.º 189.

²⁰⁹ HOLMES, SIMON E MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 30.

²¹⁰ Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos (187), parágrafo 28.

²¹¹ *Ibid*, parágrafo 30.

prevista na condição equivalente no contexto dos acordos de cooperação²¹² –, trata-se de uma indicação exemplificativa, pelo que não exclui a admissibilidade de outros tipos de ganhos de eficiência. Em todo o caso, também aqui podem ser abrangidos benefícios de sustentabilidade ambiental que sejam suscetíveis de valorização²¹³.

A segunda condição não nos merece especial atenção, exigindo, de forma equivalente à prevista no art.º 101.º, n.º 3, que o comportamento seja indispensável e proporcionado à obtenção dos ganhos de eficiência pretendidos, não podendo existir uma alternativa menos restritiva da concorrência que permita produzir os mesmos resultados.

Quanto à terceira condição, e ao contrário da isenção relativa à proibição de acordos, não é aqui exigido que seja reservado aos consumidores qualquer parte equitativa dos benefícios resultantes, requerendo-se antes que os prováveis ganhos de eficiência gerados compensem “qualquer eventual efeito negativo sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores nos mercados afetados”²¹⁴. É adotado aqui, novamente, um conceito restrito de consumidores²¹⁵, relativamente ao qual – pela mesma lógica aplicada aquando da sua análise a propósito do art.º 101.º, n.º 3 – se defende uma reconsideração da sua amplitude no sentido de abranger os benefícios que o comportamento produz, também, na esfera de consumidores fora do mercado relevante, para que o balanço efetuado possa ter em conta os benefícios ambientais que advenham para a sociedade como um todo. Por outro lado, aplicando a mesma lógica, pode defender-se que quando uma prática abusiva resulte em quaisquer ganhos de eficiência mas também tenha efeitos prejudiciais no ambiente, estes efeitos devem ser tidos em conta aquando da análise da verificação da referida condição, resultando numa desvalorização dos benefícios atingidos pela conduta²¹⁶.

Por fim, a quarta e última condição, que requer a não eliminação da concorrência através da supressão de todas ou parte das fontes atuais ou potenciais de concorrência, não suscita qualquer particularidade no que diz respeito a considerações de sustentabilidade. Em todo o

²¹² O artigo 101.º, n.º 3 do TFUE prevê como ganhos de eficiência quer melhorias na produção ou distribuição dos produtos, quer a promoção do progresso técnico ou económico. KINGSTON nota, porém, que este entendimento mais restrito dos ganhos de eficiência admitidos no contexto de práticas abusivas não encontra uma fundamentação na letra do artigo 102.º. Cfr. KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 309.

²¹³ Ibid, pág. 309.

²¹⁴ Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos (187), parágrafo 30.

²¹⁵ Cfr. Nota de rodapé n.º 189.

²¹⁶ KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 309.

caso, vale a pena notar que, apesar de esta condição ser idêntica à prevista no artigo 101.º, n.º 3, será sempre mais difícil de ser verificada no contexto do artigo 102.º devido ao próprio carácter dominante da empresa em causa, o que também se verifica quando estejam em causa ganhos de eficiência de cariz ambiental.

Atentemos agora à última categoria de justificação objetiva, conhecida como “necessidade objetiva”, e que parece ser a mais indicada à utilização da sustentabilidade como escudo face à aplicação do artigo 102.º. Com efeito, trata-se aqui da possibilidade de justificar uma alegada conduta abusiva quando esta seja objetivamente necessária e proporcional à persecução de um objetivo legítimo de interesse público.

Quanto a isto a Comissão refere a título de exemplo, nas Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos, que o comportamento pode ser considerado objetivamente necessário “*por razões de saúde ou de segurança relacionadas com a natureza do produto em questão*”²¹⁷. Assim, por identidade de razão, o mesmo deve valer relativamente a razões ambientais que, sem dúvida, se consideram de interesse público.

Estas Orientações acrescentam, porém, que nestes casos deve ter-se em consideração que “*compete normalmente às autoridades públicas definir e aplicar as normas de saúde e de segurança*”, não sendo tarefa da empresa dominante “*tomar medidas por sua própria iniciativa para excluir produtos que considera, com razão ou não, perigosos ou inferiores ao seu próprio produto*”²¹⁸. Segundo MOURA E SILVA, isto significa que a empresa terá de demonstrar a objetiva necessidade daquela conduta “*no sentido de que a atuação geral das autoridades públicas não acautela de forma adequada e suficiente aquelas preocupações quanto aos seus produtos*”²¹⁹. Já no contexto de comportamentos que tenham justificações ambientais, KINGSTON alerta que esta observação da Comissão deve ser aplicada com cautela, não sendo adequada quando as funções de proteção ambiental tenham sido delegadas nos agentes económicos através de instrumentos de mercado, o que tem vindo a verificar-se cada vez mais em muitas áreas de política ambiental.²²⁰ Também HOLMES e MEAGHER criticam este argumento da

²¹⁷ Orientações sobre comportamentos de exclusão abusivos (187), parágrafo 30.

²¹⁸ Ibid, par. 30. Cfr. Ac. TG de 12 dezembro 1991, T-30/89, *Hilti v. Comissão*, EU:T:1991:70, n.ºs 115-119.

²¹⁹ MOURA E SILVA, MIGUEL, *Direito da Concorrência* (2020), pág. 1142.

²²⁰ KINGSTON, SUZANNE (2011), pág. 309. Para uma análise desenvolvida sobre o uso de instrumentos de mercado no âmbito da política ambiental e as suas implicações na política de concorrência, *vide* capítulo 2 da mesma obra.

Comissão, considerando incompreensível a sua utilização nos dias que correm tendo em conta a gravidade da emergência climática que o planeta enfrenta²²¹.

Este enquadramento de uma justificação enquanto ‘necessidade objetiva’ é certamente mais simples e menos sofisticado do que o enquadramento de uma justificação fundada em ganhos de eficiência. Por isto mesmo, o teste de proporcionalidade em que se baseia pode ser visto como preferencial quando esteja em causa a obtenção de objetivos ambientais que se sobrepõem de forma evidente aos efeitos anticoncorrenciais sentidos pelos concorrentes e menos adequado para analisar práticas com objetivos ambientais e efeitos restritivos mais complexos – em que a abordagem baseada nos efeitos inerente ao enquadramento de uma justificação enquanto eficiência poderá ser mais indicada.²²² Por outro lado, vimos que o enquadramento das eficiências tem vindo a ser entendido e aplicado de forma demasiado restrita e desadequada à justificação de práticas com base em ganhos de eficiência ecológicos.

Por fim, vale notar que em ambos os enquadramentos o ónus da prova incumbe às empresas, o que sendo uma dificuldade acrescida para as empresas (particularmente no caso de justificações ambientais que, pela sua natureza, podem ser mais difíceis de demonstrar) é mais uma razão a favor de uma abertura interpretativa das questões analisadas no contexto ambiental.

Assim, parece-nos que só havendo disponibilidade por parte dos aplicadores da lei para reformular as vias existentes num sentido mais favorável à integração das considerações ambientais²²³ é que será possível obter resultados significativos no que diz respeito à utilização da sustentabilidade como escudo e à promoção de iniciativas em prol do ambiente por parte das empresas com poder para fazer a diferença.

²²¹ HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER (2022), pág. 30.

²²² IACOVIDES, MARIOS e VALENTIN MAUBOUSSIN (2023), pág.19 e MAUBOUSSIN, VALENTIN (2022), pág.39.

²²³ Fontes da Comissão já revelaram que a sustentabilidade vai ser incluída nas novas Orientações sobre abusos de exclusão, pelo que aguardaremos com expectativa os desenvolvimentos que daí advenham. Cfr: Green Gazette: <https://globalcompetitionreview.com/article/sustainability-will-be-included-in-exclusionary-abuse-guidelines-dg-comp-official-says>

Conclusão

Esta dissertação abordou a integração de considerações de sustentabilidade ambiental no âmbito do direito e política de concorrência, evidenciando o papel que estas áreas de atuação podem desempenhar na mitigação das falhas de mercado que resultam na degradação do ambiente, tornando-se parte da solução, em linha com os desígnios previstos nos Tratados.

Embora em alguns mercados a pressão concorrencial possa funcionar a favor da inovação “verde”, nem sempre as condições para que tal aconteça estão presentes. Embora os consumidores valorizem a sustentabilidade, em regra não estão dispostos a pagar pela mesma. Além disso, o risco da desvantagem dos percursores resulta na relutância das empresas em adotar autonomamente iniciativas sustentáveis.

Para superar esses obstáculos, analisámos a viabilidade de acordos de sustentabilidade à luz do art.º 101.º do TFUE. Identificámos jurisprudência que legitima a não aplicação desta norma em face dos objetivos ecológicos do acordo, sob determinadas condições e com base num teste de proporcionalidade e encontrámos flexibilidade nas condições do n.º 3 do artigo para a sua isenção quando recaiam no âmbito da proibição. Observámos oscilações na abordagem da Comissão ao longo do tempo, havendo na sua prática decisória e jurisprudência abertura para uma interpretação mais favorável a estes acordos do que a que tem vindo a ser adotada – que é, aliás, também mais conservadora do que a de algumas ANC’s.

Quanto à integração da sustentabilidade no âmbito do art.º 102.º do TFUE, vimos que esta norma pode ser usada para combater práticas insustentáveis quando estas afetem o processo concorrencial e que há vários enquadramentos possíveis para justificar, com fundamento em objetivos ambientais, práticas que podem *prima facie* ser consideradas abusivas.

Em suma, tendo em conta a legitimidade – e exigência – conferida pelos Tratados quanto à integração de considerações de sustentabilidade na aplicação do direito da concorrência e as oportunidades que as regras proporcionam para este efeito, está na discricionariedade dos aplicadores destas regras fazer uma interpretação da lei que permita às empresas, dentro de limites razoáveis, avançar com iniciativas que contribuam de forma significativa para o desenvolvimento sustentável. Caberá, por sua vez, às empresas aproveitar as oportunidades existentes e avançar com iniciativas que demonstrem a importância prática dessa abordagem, sem se isentarem do escrutínio devido quanto à licitude e intenção das mesmas.

Referências

Bibliográficas

- **BORK, ROBERT H.** (1978) *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, Inc.
- **BROOK, OR** (2022) *Non-Competition Interests in EU Antitrust Law, An Empirical Study of Article 101 TFEU*, Cambridge, Cambridge University Press.
- **BROOK, OR** (2019) “Struggling With Article 101(3) Tfeu: Diverging Approaches Of The Commission, Eu Courts, And Five Competition Authorities”, in *Common Market Law Review*, n.º 56 (1), fevereiro de 2019, pp. 121-156.
Disponível em <https://eprints.whiterose.ac.uk/141418/> [Consult. 30 jun. 2023]
- **CASEY, DONAL** (2009) “Disintegration: Environmental Protection and Article 81 EC”, in *European Law Journal*, n.º 15 (3), maio de 2009, pp. 362-381.
Disponível em <http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-0386.2009.00465.x> [Consult. 30 jun. 2023]
- **CLAASSEN, RUTGER e ANNA GERBRANDY** (2018) “Good Together: Competition Law and the Political Legitimacy of Interfirm Cooperation”, in *Business Ethics Quarterly*, n.º 28 (4), outubro de 2018, pp. 401-425.
Disponível em <https://doi.org/10.1017/beq.2018.2> [Consult. 30 jun. 2023] 2023]
- **COATES, KEVIN e DIRK MIDDELSCHULTE** (2019) “Getting Consumer Welfare Right : the competition law implications of market-driven sustainability initiatives”, in *European Competition Journal*, n.º 15 (2–3), setembro de 2019, pp. 318–326.
Disponível em <https://doi.org/10.1080/17441056.2019.1665940> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COSTA-CABRAL, FRANCISCO** (2021) *Reply to European Commission Call on ‘Competition Policy Supporting the European Green Deal’*.
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3778154> [Consult. 30 jun. 2023]
- **DOLMANS, MAURITS** (2020a) “Sustainable Competition Policy”, in *Competition Law and Policy Debate CLPD*, n.º 5 (4) n.º 6 (1), draft de fevereiro de 2020.
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608023> [Consult. 30 jun. 2023]
- **DOLMANS, MAURITS** (2020b) The 'polluter Pays' Principle as a Basis for Sustainable Competition Policy, in HOLMES, SNOEP e MIDDELSCHULTE (Eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, draft de outubro de 2020, Concurrences.
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3735561> [Consult. 30 jun. 2023]
- **FROUFE, SERAFIM** (2009) *A reforma do direito comunitário da concorrência: o sentido descentralizador e/ou recentralizador do Regulamento CE n.º 1/2003*, Braga, Universidade do Minho. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/11261> [Consult. 30 jun. 2023]
- **GASSLER, MARTIN** (2021) “Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n.º 12 (6), junho de 2021, pp. 430-442.
Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab030> [Consult. 30 jun. 2023]

- **WHISH, RICHARD e DAVID BAILEY** (2021) *Competition Law*, 10ª ed., Londres, Oxford University Press.
- **HOLMES, SIMON** (2020) “Climate change, sustainability, and competition law”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, n.º 8 (2), julho de 2020, pp. 354–405.
Disponível em <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006> [Consult. 30 jun. 2023]
- **HOLMES, SIMON e MICHELLE MEAGHER** (2022) “A Sustainable Future: How can control of monopoly power play a part?”, in *European Competition Law Review*, n.º 44 (2), maio de 2022, pp. 16-69.
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=4319866> [Consult. 30 jun. 2023]
- **IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS** (2020) “Falling Through the Cracks no More? Article 102 TFEU and Sustainability I – the Nexus Between Dominance, Environmental Degradation, and Social”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, n.º 10 (1), pre-publicação, setembro de 2020, pp.32-62. (*Stockholm University Research Paper n.º 79*).
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3699416> [Consult. 30 jun. 2023]
- **IACOVIDES, MARIOS e CHRIS VRETTOS** (2021) “Radical for whom? Unsustainable business practices as abuses of dominance” in HOLMES, SNOEP e MIDDELSCHULTE (Eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, draft de jan. de 2021, Concurrences. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3815630> [Consult. 30 jun. 2023]
- **IACOVIDES, MARIOS e VALENTIN MAUBOUSSIN** (2023) “Sustainability Considerations in the Application of Article 102 TFEU: State of the Art and Proposals for a More Sustainable Competition Law”, in NOWAG (ed.), *Research Handbook on Competition Law and Sustainability*; Edward Elgar, Forthcoming.
- **INDERST, ROMAN e STEFAN THOMAS** (2022) *Sustainability Agreements in the European Commission’s Draft Horizontal Guidelines*.
Disponível em <https://ssrn.com/abstract=4069374> [Consult. 30 jun. 2023]
- **KINGSTON, SUZANNE** (2009) *The role of environmental protection in EC competition law and policy* (Universiteit Leiden). Disponível em <https://hdl.handle.net/1887/13497> [Consult. 30 jun. 2023]
- **KINGSTON, SUZANNE** (2011) *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press. Disponível em <https://doi.org/10.1017/CBO9780511758522> [Consult. 30 jun. 2023]
- **LITTLE, DAVID, WERNER BERG, CLÉMENT PRADILLE e AXELLE AUBRY** (2022) “The European Commission’s Draft Guidelines on Sustainability Agreements – a legal analysis and practical implications”, in *European Competition Law Review*, n.º 9, pp.403-410.
Disponível em <https://www.lw.com/en/people/admin/upload/SiteAttachments/Berg-2022-43-ECLR-Issue-9-Print.pdf> [Consult. 30 jun. 2023]
- **MATOS ROSA, MARGARIDA** (2021) *What the current antitrust and merger rules and what they don’t* (Introductory note to the European Commission’s Conference on “Competition policy contributing to the EU Green Deal”).
Disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/concorrenca-e-motor-para-inovacao-e-sustentabilidade-nao-e-excecao> [Consult. 30 jun. 2023]

- **MAUBOUSSIN, VALENTIN** (2022) “Environmental defences as a shield from Article 102 TFEU”, in *Concurrences*, n.º3, setembro de 2022, pp. 30-41.
- **MONTI, GIORGIO** (2007) *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- **MONTI, GIORGIO** (2020) “Four Options for a Greener Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, n.º 11 (3–4), março-abril de 2020, pp. 124-132. Disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/article/11/3-4/124/5804650> [Consult. 30 jun. 2023]
- **MOURA E SILVA, MIGUEL** (2020) *Direito da Concorrência*, Reimpressão 2020, Lisboa, AAFDL Editora.
- **NOWAG, JULIAN** (2019) “Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview” (Lund University Legal Research Paper Series), in *Nordic Journal of European Law*, n.º 5 (1), outubro de 2019, pp. 149-165. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3484964> [Consult. 30 jun. 2023]
- **NOWAG, JULIAN** (2016) *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, (Series Oxford studies in European law), 1ª Ed., Oxford University Press Scholarship Online. Disponível em <https://academic.oup.com/book/12186> [Consult. 30 jun. 2023]
- **NOWAG, JULIAN** (2014) “The Sky is the Limit. On the drafting of Article 11 TFEU’S Integration Obligations and its Intended Reach”, in SJÅFJELL e Wiesbrock (Eds.), *The Greening of European Business under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously* (1st ed.), Londres, Routledge. (University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-45) Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2535273 [Consult. 30 jun. 2023]
- **PEEPKORN, LUC** (2021) “European Union”, in HOLMES, SNOEP e MIDDELSCHULTE (Eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (pp. 405-414), *Concurrences*.
- **PEZZA, ANDREA** (2020) “The European Green Deal: shaping environmentally friendly policies under Article 101 TFEU” in *Market and Competition Law Review*, n.º 4 (2), pp. 139-167. Disponível em <https://doi.org/10.34632/mclawreview.2020.9521> [Consult. 30 jun. 2023]
- **SCHINKEL, MAARTEN PIETER e LEONARD TREUREN** (2021) “Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change” in HOLMES, SNOEP e MIDDELSCHULTE (Eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (pp. 69-88), *Concurrences*.
- **STYLIANOU, KONSTANTINOS e MARIOS IACOVIDES** (2022) “The Goals of EU Competition Law, A comprehensive empirical investigation”, in *Legal Studies*, n.º 42 (4), março de 2022, pp. 620-648. Disponível em <https://doi.org/10.1017/lst.2022.8> [Consult. 30 jun. 2023]
- **VAN DER ZEE, EVA** (2020) *Quantifying Benefits of Sustainability Agreements Under Article 101 TFEU in terms of Human Well-Being (World Competition - ILE Working Paper Series, No. 31)*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3631811> [Consult. 30 jun. 2023]

- **VEDDER, HANS** (2003) *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?*, Universiteit van Amsterdam, Groningen, Europa Law Publishing. Disponível em <https://hdl.handle.net/11245/1.227522> [Consult. 30 jun. 2023]
- **VOLPIN, CRISTINA** (2020) “Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)” in *CPI Antitrust Chronicle*, julho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3917881> [Consult. 30 jun. 2023]
- **WITT, ANNE** (2014) *Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order (University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-09)*, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2407962> [Consult. 30 jun. 2023]
- **WOUTERS, DAVID** (2021) “Which Sustainability Agreements Are Not Caught by Article 101 (1) TFEU?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n.º12 (3), março de 2021, pp. 257–270. Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab013> [Consult. 30 jun. 2023]

Documentos institucionais

- **AUSTRIAN FEDERAL COMPETITION AUTHORITY** (2022) *Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations (Sustainability Guidelines)*, 28 de setembro de 2022. Disponível em https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/AFCA_Sustainability_Guidelines_English_final.pdf [Consult. 30 jun. 2023]
- **AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS** (2014) Press Release “Vision document on Competition and Sustainability”, 09.05.2014. Disponível em <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability> [Consult. 30 jun 2023]
- **AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS** (2015) *ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’*. Disponível em https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf [Consult. 30 jun 2023]
- **AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS** (2021) *Guidelines on Sustainability Agreements: opportunities within competition law (second draft version)*, 26.01.2021. Disponível em <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf> [Consult. 30 jun. 2023]
- **AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS** (2021) Legal Memo “What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?”, 27 de setembro de 2021. Disponível em <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA** (1966) *Le problème de la concentration dans le marché commun, Collection Études, Série concurrence n° 3*. Bruxelas 1966. Disponível em <https://aei.pitt.edu/40303/1/A4698.pdf> [Consult. 30 jun. 2023]

- **COMISSÃO EUROPEIA** (1999) Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE, JO C 132 de 12/05/1999. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:51999DC0101> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2001) Comunicação da Comissão, Orientações sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal, JO C 003 de 6.1.2001. Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0106\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0106(01)&from=EN) [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2004) Direção-Geral para a Concorrência, Modernização das regras comunitárias de aplicação dos artigos 81º e 82º do tratado: regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho e pacote de modernização, Bruxelas-Luxemburgo, 2004, Publications Office 2006. Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fa4e6b5c-7441-4c90-b10d-bf047a53ec94/language-pt/format-PDFX> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2009) Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)) [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2010) *MEMO/10/163 Commission consults on new regime for assessment of horizontal co-operation agreements, FAQ*, 4 de maio de 2010. Disponível em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/163> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2011) Comunicado da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01). Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT) [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2014) Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis) (2014/C 291/01). Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=EN) [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2019) Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Pacto Ecológico Europeu. Bruxelas, COM/2019/640 final. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2019:640:FIN> [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2023) Comunicado de imprensa “Anti-trust: Comissão convida à apresentação de observações sobre o projeto de orientações para os acordos de sustentabilidade na agricultura”, 10 de janeiro de 2023. Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_102 [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMISSÃO EUROPEIA** (2023) Comunicação da Comissão, Alterações à Comunicação da Comissão intitulada — «Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do

artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante» (2023/C 116/01). Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0331(01)) [Consult. 30 jun. 2023]

- **COMISSÃO EUROPEIA** (2023) *Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*. Disponível em https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-06/2023_revised_horizontal_guidelines_en_0.pdf. [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMMITTEE ON ECONOMIC AND MONETARY AFFAIRS OF THE EUROPEAN PARLIAMENT** (2018) *Annual Report on Competition Policy*, 31 de janeiro de 2018. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0474_EN.html [Consult. 30 jun. 2023]
- **COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY** (2023) “Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements”, fevereiro de 2023. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1139264/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf [Consult. 30 jun. 2023]
- **FOODDRINKEUROPE** (2020) *FoodDrinkEurope’s contribution on “Competition Policy supporting the Green Deal”*, 20 de novembro de 2020. Disponível em https://www.fooddrinkeurope.eu/wp-content/uploads/2021/02/FoodDrinkEurope_contribution_Green_deal_and_competition_policy.pdf [Consult. 30 jun. 2023]
- **HELLENIC COMPETITION COMMISSION** (2020) *Draft Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*. Disponível em https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf [Consult. 30 jun. 2023]
- **INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE** (2020) *Competition Policy and Environmental Sustainability*, novembro de 2020. Disponível em <https://search.oecd.org/daf/competition/ICC-competition-and-environmental-sustainability.pdf> [Consult. 30 jun. 2023]

Jurisprudência

- Ac. Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e outros c. Comissão da Comunidade Económica Europeia*, processos apensos 56 e 58-64, ECLI:EU:C:1966:41;
- Ac. Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 27/76, ECLI:EU:C:1978:22;
- Ac. Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36;

- Ac. Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo 322/81, Recueil ECLI:EU:C:1983:313;
- Ac. Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, EU:C:1999:430;
- Ac. Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters e outros c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, C-309/99, EU:C:2002:98;
- Ac. Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 28 de Fevereiro de 2002, *Compagnie générale maritime e outros c. Comissão das Comunidades Europeias*, T-86/95, EU:T:2002:50;
- Ac. Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Comissão das Comunidades Europeias*, C-519/04 P, EU:C:2006:492;
- Ac. Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 2008, *British Aggregates c. Commission*, C-487/06P, EU:C:2008:757;
- Ac. Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 14 de Outubro de 2010, *Comissão Europeia c. República da Áustria*, C-535/07, ECLI:EU:C:2010:602;
- Ac. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 27 de março de 2012, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172;
- Ac. Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Comissão Europeia*, C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770;
- Ac. Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2013, *Stim c. Commission*, T-451/08, EU:T:2013:189;
- Ac. Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*, C-413/13, EU:C:2014:2411;
- Ac. Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 12 de maio de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e outros c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e o.*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379;
- Ac. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 4 de julho de 2023, *Meta Platforms Inc e outros c. Bundeskartellamt*, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537;
- Conclusões do Advogado-Geral HENRI MAYRAS, apresentadas em 16 e 17 de Junho de 1975, C-40/73, *Suiker Unie e o. c. Comissão*, ECLI:EU:C:1975:78;
- Conclusões do Advogado-Geral PHILIPPE LÉGER, apresentadas em 7 de Março de 2000, C-371/98 R v *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, ex parte First Corporate Shipping Ltd.*, ECLI:EU:C:2000:108.

Decisões da Comissão:

- Decisão da Comissão de 18 de maio de 1994, IV/33.640, *Exxon/Shell* (94/322/CE);

- Decisão da Comissão de 24 de janeiro de 1999, IV.F.1/36.718, *CECED* (2000/475/CE);
- Decisão da Comissão de 17 de setembro de 2001, COMP D3/34493, *DSD* (2001/463/CE);
- Resumo da Decisão da Comissão de 13 de abril de 2011, COMP/39.579, *Detergentes para uso doméstico* (2011/C 193/06);
- Resumo da Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)* (2018/C 9/08).

Outros:

- **GLASSER, MARTIN** (2022) “New Draft Sustainability Guidelines for the New Austrian Sustainability Exemption”, in *Kluwer Competition Law Blog*, junho de 2022 [Blogue]. Disponível em <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/06/02/new-draft-sustainability-guidelines-for-the-new-austrian-sustainability-exemption/> [Consult. 30 jun. 2023]
- **HELLENIC COMPETITION COMMISSION** (2023) *Sustainability Sandbox* [Website da HCC] Disponível em: <https://www.epant.gr/en/enimerosi/sandbox.html> [Consult. 30 jun. 2023]
- **RÖHRIG, MARKUS E MALCOLM TIFFIN-RICHARD** (2023) “Green Deal and Antitrust: Less Red Tape for Green Cooperation?”, in *Brussels à Jour, Hengeler Mueller’s Newsletter*, fevereiro de 2021 [Newsletter]. Disponível em https://www.hengeler.com/fileadmin/news/Newsletter/2021_02_BRX.pdf [Consult. 30 jun. 2023]
- **STERN, NICHOLAS** (2007) “Climate Change, ethics and the economics of the global deal” in *VOX EU CEPR* [Website]. Disponível em <https://voxeu.org/article/climate-change-ethics-and-economics> [Consult. 30 jun. 2023]
- **GCR**, “Sustainability will be included in exclusionary abuse guidelines, DG Comp official says”, 22 de maio de 2023 [GCR Website]. Disponível em <https://globalcompetitionreview.com/article/sustainability-will-be-included-in-exclusionary-abuse-guidelines-dg-comp-official-says> [Consult. 30 jun. 2023]
- **Green Gazette**, “Competition Policy Contributing to the European Green Deal” [Website da Comissão]. Disponível em https://competition-policy.ec.europa.eu/about/green-gazette/conference-2021_en [Consult. 30 jun. 2023]

FACULDADE DE DIREITO

