

AdC emite pela primeira vez em Portugal decisão sancionatória por práticas anticoncorrenciais no mercado laboral

Carolina Massano

1. Comunicado da Autoridade da Concorrência: Comunicado 06/2022 de 29 de abril de 2022

A Autoridade da Concorrência¹ comunicou, em 29 de abril de 2022, que havia sancionado, pela primeira vez em Portugal, uma prática anticoncorrencial no mercado de trabalho. Em concreto, a AdC aplicou uma sanção às empresas desportivas participantes na edição 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional por terem celebrado um acordo considerado restritivo da concorrência, na medida em que o mesmo impedia a contratação, por clubes da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional, de jogadores que haviam rescindido unilateralmente o seu contrato de trabalho, invocando, para tal, motivos oriundos da pandemia COVID-19.² No fundo, o acordo procurava manter os jogadores vinculados à suas sociedades desportivas, através da limitação da possibilidade de resolução dos seus contratos de trabalho, não tendo subjacente qualquer objetivo de cooperação considerado essencial no contexto pandémico.

1. O que são os acordos “no-poach”?

Os acordos “no-poach” ou “anti-poaching agreements” são acordos entre empregadores, nos termos dos quais estes se obrigam a não contratarem os trabalhadores uns dos outros: estamos perante uma verdadeira limitação da possibilidade de os trabalhadores se moverem livremente pelo mercado de trabalho.³ São **acordos horizontais**, na medida em que estamos perante empresas que, competindo no mesmo mercado, se comprometem a não contratar ou a fazer ofertas espontâneas aos trabalhadores umas das outras⁴. No caso

¹Doravante, AdC.

²Comunicado 06/2022 da Autoridade da Concorrência, de 29 de abril de 2022, disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-emite-pela-primeira-vez-em-portugal-decisao-sancionatoria-por-praticas>.

³Hovenkamp, Herbert, “Summary: Antitrust in Labor Markets” (2019). Wharton PPI B-School for Public Policy Seminar Summaries. 13. https://repository.upenn.edu/pennwhartonppi_bschool/13.

⁴Comunicado 06/2022 da Autoridade da Concorrência, de 29 de abril de 2022, disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-emite-pela-primeira-vez-em-portugal-decisao-sancionatoria-por-praticas>.

sancionado pela AdC, uma eventual permissão do acordo diminuiria a pressão concorrencial entre as sociedades desportivas visadas, na medida em que a contratação de jogadores profissionais deixaria de ser livre e passaria a subordinar-se a um comportamento pré combinado de não contratação entre empregadores.

Em geral, os acordos horizontais consubstanciam, quase sempre, por si só, acordos anti concorrenciais. Para compreender o porquê de estes acordos serem visto sob um ângulo tão negativo, é importante perceber quais as características de um mercado perfeitamente concorrencial. Um mercado perfeitamente concorrencial caracteriza-se por ser um *“mercado hipotético, onde a competição se encontra no mais elevado nível possível, [, e] ... os economistas argumentam que a concorrência perfeita iria produzir os melhores desfechos possíveis para os consumidores, e a sociedade, devido à melhoria e aumento da eficiência do mercado.”*⁵ Uma indústria ou mercado alcança a concorrência perfeita se cumprir cinco requisitos: 1)todas as empresas vendem produtos idênticos; 2)todas as empresas são *“price-takers”* -não controlam o preço de mercado dos seus produtos; 3)todas as empresas têm uma quota de mercado relativamente pequena; 4)os compradores têm toda a informação sobre o produto vendido e sobre os preços cobrados pelas empresas; 5)existe liberdade de entrada e saída do mercado.⁶ Embora seja muito raro alcançar a concorrência perfeita no mundo real, o Direito da Concorrência desencoraja alterações artificiais à concorrência perfeita e à eficiência de mercado, daí que estes acordos sejam vistos como sendo problemáticos.

2. Consequências dos acordos “no-poach”

Surgindo no mercado laboral, os acordos *“no-poach”* diferem das restrições típicas de comércio entre vendedores cujo principal impacto se verifica ao nível dos consumidores. De facto, os acordos de *“no-poach”* têm um especial impacto nos compradores, dado que o trabalhador vende os seus serviços a um número reduzido de potenciais empregadores ou, até, apenas ao seu atual empregador⁷.

⁵*“Perfect Competition”*, ECONOMICS ONLINE, http://www.economicsonline.co.uk/Business_economics/Perfect_competition.html.

⁶*“Perfect Competition”*, ECONOMICS ONLINE, http://www.economicsonline.co.uk/Business_economics/Perfect_competition.html.

⁷Amanda Triplett, *“No More No-Poach”: An Antitrust Plaintiff’s Guide*, 26 Wash. & Lee J. Civ. Rts. & Soc. Just. 381 (2019). Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/crsj/vol26/iss1/10>. (p.387)

Um mercado laboral devidamente concorrencial providencia aos trabalhadores que nele atuam salários mais elevados, melhores benefícios e uma oferta mais variada de emprego, pois um cenário concorrencial entre os trabalhadores leva a uma maior e melhor qualidade e quantidade dos bens e serviços. Ora, os “*no-poach*”, sendo acordos de não contratação, permitem aos empregadores ter um poder muito forte sobre os salários, contribuindo para o aumento da desigualdade salarial, inquinando o processo de contratação em favor dos empregadores, o que se traduzirá numa situação de salários estagnados. Os “*no-poach*” estão, desta forma, ligados ao conceito de “monopsónio”.⁸

Por fim, por um lado, deve dizer-se que estes acordos diminuem o poder do trabalhador negociar salários mais elevados, levando à impossibilidade de mudança de emprego dos trabalhadores.⁹ Por outro lado, deve ainda dizer-se que um mercado laboral concorrencial mais benefícios, como sejam os salários mais elevados e a maior oferta de emprego. Ora, estes benefícios consubstanciam uma motivação para o trabalhador, o que levará a uma maior qualidade e quantidade de bens e serviços por ele produzidos.¹⁰ Um trabalhador que exerça a sua atividade sem esta motivação será um trabalhador que reduzirá a qualidade e quantidade do seu trabalho, o que se traduzirá numa situação de menor inovação e numa redução de “*outputs*.”

A força de trabalho que caracteriza os trabalhadores consubstancia um verdadeiro mercado e os acordos “*no-poach*” conseguem restringir, ou até mesmo eliminar, a concorrência entre os empregadores, pela aquisição de trabalhadores talentosos¹¹. Era esta uma das questões centrais que se colocava no nosso caso: conforme notado pela AdC, um acordo que previamente estabelece a não contratação de jogadores profissionais traduz-se em algo suscetível de reduzir a qualidade dos jogos de futebol e, nesta medida, prejudicar os consumidores, pois acaba por reduzir-se o ambiente competitivo entre os clubes, impede-se a contratação de jogadores que poderiam vir a colmatar lacunas nos

⁸Rochella T. Davis, *Talent can't be allocated: a labor economics justification for no-poaching agreement criminality in antitrust regulation*, 12 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. (2018). Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol12/iss2/2>.

⁹Najah A. Farley, “*Regulating Non-Compete Agreements*”, em “*The Regulatory Review*”, (2019).

¹⁰Noelle Mack, “*No-Poach, No Precedent: How DOJ's Aggressive Stance on Criminalizing Labor Market Agreements Runs Counter to Antitrust Jurisprudence*”, 87 MO. L. REV. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol87/iss2/9>.

¹¹Rochella T. Davis, *Talent can't be allocated: a labor economics justification for no-poaching agreement criminality in antitrust regulation*, 12 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. (2018). Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol12/iss2/2>.

plantéis das equipas, e acaba por forçar-se jogadores talentosos a sair do país para continuar a exercer a sua atividade profissional.¹²

Os acordos “*no-poach*” são proibidos pela Lei da Concorrência, na medida em que limitam a autonomia das empresas no âmbito da definição das condições comerciais estratégicas. Esta limitação, como consequência negativa, pode ocorrer em qualquer setor, sendo que, no nosso caso, permitir este tipo de acordos significaria limitar a autonomia das empresas na definição da política de contratação de recursos humanos¹³.

Não obstante toda esta panóplia de consequências negativas, existe alguma literatura que consegue retirar uma realidade benéfica destes acordos “*no-poach*”, nomeadamente, pelo facto de estes permitirem assegurar longevidade e minimizar a volatilidade através de formas que tornam a empresa um concorrente melhor e mais vigoroso¹⁴.

3. Como reagir?

No âmbito dos acordos “*no-poach*”, o foco da maioria da doutrina tem passado por procurar encontrar soluções a adotar como reação, ou seja, procura-se maioritariamente uma atuação *ex-post* perante o problema. Contudo, conforme refere Orly Lobel¹⁵, uma postura *ex-ante* perante a existência de certas cláusulas nos contratos de trabalho é a verdadeira chave para um mercado laboral concorrencial e saudável, acrescentando, ainda, que seria benéfica a consagração de uma legitimidade dos trabalhadores para agir em nome dos seus colegas (“*private right of action by employees on behalf of their co-workers*”).

Na esteira do que vem a ser dito, parece-nos interessante a adoção de propostas legislativas inovadoras, que permitam diminuir o número de trabalhadores abrangidos por estes acordos e, ainda, aumentar os mecanismos de fiscalização¹⁶. Estas propostas

¹² Comunicado 06/2022 da Autoridade da Concorrência, de 29 de abril de 2022, disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-emite-pela-primeira-vez-em-portugal-decisao-sancionatoria-por-praticas>.

¹³ Comunicado 06/2022 da Autoridade da Concorrência, de 29 de abril de 2022, disponível em <https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/adc-emite-pela-primeira-vez-em-portugal-decisao-sancionatoria-por-praticas>.

¹⁴ Noelle Mack, “*No-Poach, No Precedent: How DOJ’s Aggressive Stance on Criminalizing Labor Market Agreements Runs Counter to Antitrust Jurisprudence*”, 87 MO. L. REV. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol87/iss2/9>.

¹⁵ Lobel, Orly, “*GENTLEMEN PREFER BONDS: HOW EMPLOYERS FIX THE TALENT MARKET*”, 59 SANTA CLARA L. REV. 663 (2020). Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol59/iss3/7>.

¹⁶ Najah A. Farley, “*Regulating Non-Compete Agreements*”, em “*The Regulatory Review*”, (2019).

legislativas devem visar expandir o seu âmbito de aplicação para lá dos trabalhadores que recebem o salário mínimo, para que possa encorajar-se mais trabalhadores a contrariarem este tipo de acordos, bem como encorajar-se a intervenção governamental para garantir que estes trabalhadores lutam contra este tipo de acordos com o apoio do Estado¹⁷.

No âmbito nacional, a AdC assume um papel fulcral, devendo ser-lhe reportada toda e qualquer prática concorrencial, merecendo, ainda, a nossa atenção o “*Guia de Boas Práticas*”¹⁸ elaborado pela AdC, em 2021, que se destina, exatamente, a prevenir a celebração destes acordos de não angariação de trabalhadores. Tratando-se de uma matéria proibida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é relevante atender às Orientações da Comissão Europeia sobre este tipo de acordos, que se destina à clarificação e apreciação destes «acordos»¹⁹, podendo, assim, a sua melhor interpretação consubstanciar uma via ao combate das práticas anticoncorrecionais, em particular, dos “*no-poach.*”

¹⁷ Najah A. Farley, “*Regulating Non-Compete Agreements*”, em “*The Regulatory Review*”, (2019).

¹⁸Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/guias-promocao-da-concorrenca/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20de%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Acordos%20Anticoncorrecionais%20no%20Mercado%20de%20Trabalho.pdf>

¹⁹Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:PT:PDF>