

Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência

Issues Paper - Versão Preliminar para Consulta Pública



Abril 2021

CONTEÚDO

SUMÁRIO EXECUTIVO	4
1. Enquadramento.....	7
2. Acordos de não-angariação no mercado de trabalho.....	10
2.1. Efeitos na concorrência e no bem-estar	11
2.1.1. Potenciais efeitos dos acordos de não-angariação no mercado de trabalho	11
2.1.1.1. Reforço do poder de compra dos empregadores	12
2.1.1.2. Efeitos nas condições remuneratórias e na mobilidade	13
2.1.1.3. Efeitos nos incentivos ao investimento em capital humano	14
2.1.2. Potenciais efeitos dos acordos de não-angariação no mercado a jusante	15
2.1.2.1. Redução da quantidade e aumento do preço a jusante como resultado do reforço do poder de compra	15
2.1.2.2. Efeitos na capacidade e incentivos em inovar	16
2.1.2.3. Reforço das condições para coordenação de comportamentos	18
2.2. Enquadramento legal dos acordos de não-angariação à luz do direito da concorrência	19
2.2.1. Prática decisória de aplicação do direito da concorrência	20
2.2.1.1. Experiência decisória em Portugal	21
2.2.1.2. Experiência decisória de autoridades de concorrência dos EM da UE	21
2.2.1.3. A experiência decisória da CE relativa a acordos horizontais de repartição de mercados e fontes de abastecimento	24
2.2.1.4. A experiência decisória da CE relativa a acordos horizontais que visam a angariação de trabalhadores de operadores terceiros.....	27
2.2.1.5. A experiência decisória das autoridades de concorrência nos EUA	28
2.3. Acordos de não-angariação no âmbito de cadeias de franquia.....	31
2.3.1. Efeitos dos acordos de não-angariação no âmbito da franquia	32
2.3.2. Enquadramento legal dos acordos de não-angariação no âmbito da franquia.....	33
2.4. Cláusulas de não-angariação de trabalhadores no contexto de uma operação de concentração de empresas	36
2.5. Acordos de não-angariação à luz do direito do trabalho português	38
3. Acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração de trabalhadores	39
3.1. Efeitos dos acordos de fixação de salários.....	39
3.2. Enquadramento legal dos acordos de fixação de salários	39
3.2.1. Prática decisória de aplicação do direito da concorrência	40
3.2.1.1. A experiência decisória em Portugal relativa a acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração	40
3.2.1.2. A experiência decisória a nível europeu	40
3.2.1.3. A experiência decisória das autoridades de concorrência dos EUA	41
4. Conclusões.....	42

BIBLIOGRAFIA.....	44
-------------------	----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Ilustração de um acordo de não angariação entre concorrentes nos mercados de trabalho e produto.....	10
--	----

LISTA DE CAIXAS

Caixa 1. Conceitos de trabalhador e empresa	9
Caixa 2. Cláusulas de não concorrência entre empregadores e trabalhadores.....	17
Caixa 3. Alguns precedentes decisórios de <i>no-poach</i> de autoridades da concorrência na UE...	22
Caixa 4. CE: Cartéis na aquisição de <i>inputs</i> no setor do tabaco em rama: fixação dos preços de compra de <i>inputs</i> e repartição de quantidades compradas	25
Caixa 5. CE: Mecanismo de compra em conjunto.....	26
Caixa 6. CE: Acordo colusivo de angariação de trabalhadores de um operador terceiro.....	27
Caixa 7. EUA: Alguns precedentes decisórios relativos a acordos de não-angariação <i>nos EUA</i> .	29
Caixa 8. EUA: Acordos alcançados pelos Procuradores-Gerais com empresas relativos à eliminação de cláusulas de <i>no-poach</i> no âmbito de franquia.....	32
Caixa 9. EUA: Exemplos de cláusulas de não-angariação nos contratos de franquia na indústria de <i>fast-food</i> e outras indústrias	34
Caixa 10. EUA: Entendimento do DOJ quanto a cláusulas de não-angariação no âmbito de franquia na indústria de <i>fast-food</i>	35
Caixa 11. Quadro legal na UE: Restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações envolvendo cláusulas de não angariação de trabalhadores.....	37
Caixa 12. UE: Experiência decisória de NCAs: acordos de fixação de preços no setor da moda (incluindo comissões e/ou salários dos modelos e comissões das agências).....	41
Caixa 13. Alguns precedentes decisórios nos EUA relativos a acordos de fixação de salários...	41

SUMÁRIO EXECUTIVO

No contexto atual, em que a promoção da recuperação económica e do emprego assumem um papel prioritário, a aplicação da Lei da concorrência contribui para que os mercados de trabalho se mantenham abertos e concorrenciais. Os trabalhadores não devem ser privados das oportunidades que um mercado de trabalho aberto e concorrencial lhes pode oferecer. Assim, os mercados de trabalho integram as prioridades definidas para a Autoridade da Concorrência, em 2021.

Importa promover um mercado de trabalho em que os empregadores adotem uma conduta independente e competitiva, contribuindo para uma alocação eficiente dos trabalhadores, em prol da eficiência e da inovação, ainda mais essenciais num contexto de recuperação económica.

Os acordos de não-angariação (ou *no-poach*, em inglês), pelos quais as empresas se comprometem a não solicitar ou contratar os trabalhadores umas das outras, restringem a mobilidade dos trabalhadores e podem prejudicar a concorrência em várias dimensões. Estes acordos podem, nomeadamente:

- **Introduzir ineficiência nos mercados a jusante**, onde estão presentes os empregadores, através da distorção da alocação do *input* trabalho. Essa perda de eficiência pode implicar uma redução do par quantidade/qualidade a jusante.
- **Limitar a produção nos mercados a jusante.** Podem limitar artificialmente a quantidade de mão-de-obra disponível para cada concorrente, num dado momento, restringindo a sua capacidade de expandir a produção como uma reação estratégica no mercado a jusante.
- **Levar a um declínio na qualidade e/ou variedade de produtos e serviços fornecidos aos consumidores, assim como reduzir a inovação** nos setores em que a mobilidade da mão-de-obra seja um elemento relevante no processo de inovação a jusante.
- **Ter um papel instrumental na implementação de uma estratégia de partilha de mercado.** Em particular, se o modelo de negócio das empresas se basear em carteiras de clientes e os concorrentes acordam em não disputar os clientes uns dos outros.
- **Ter um papel instrumental na implementação de uma estratégia que vise promover a especialização**, entre empresas concorrentes. E.g., se consistir num acordo de repartição de áreas de especialização, evitando a angariação da força de trabalho especializada.
- **Sinalizar** que a interação entre concorrentes no mercado a jusante é pouco concorrencial.
- **Consubstanciar uma estratégia indireta de fixação de salários**, ao afetar indiretamente os preços dos *inputs* em questão (salários e outras formas de remuneração).
- **Desencorajar o investimento em capital humano**, levando a uma redução na quantidade e/ou qualidade da oferta de trabalho no futuro.

Também os acordos entre empregadores de fixação de salários e/ou de outras formas de remuneração geram danos para os trabalhadores e podem resultar em efeitos negativos na concorrência. Por um lado, estes acordos resultam numa remuneração inferior àquela que os trabalhadores receberiam em plena concorrência entre empresas. Por outro lado, podem afetar a incerteza associada ao jogo concorrencial, podendo facilitar outros comportamentos coordenados.

Os acordos horizontais de não-angariação de trabalhadores e de fixação de salários podem surgir em qualquer setor de atividade. Estes acordos são passíveis de infringir a Lei da Concorrência (artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, mormente das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC) e, se aplicável, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*vide* alíneas a) e c)

do n.º 1 do artigo 101.º TFUE). Estes acordos limitam a liberdade individual das empresas de definirem as suas condições comerciais estratégicas (contratação e/ou definição de condições salariais).

Em 13 de abril de 2021, a AdC emitiu, pela primeira vez, uma Nota de Ilícitude (acusação), por um acordo de não-contratação de trabalhadores, enquanto prática restritiva da concorrência, tendo como visada a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) e 31 empresas desportivas (clubes) participantes na edição de 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional¹. O processo foi aberto pela AdC, em maio de 2020, tendo a AdC imposto, no imediato, uma medida cautelar à LPFP.

Em junho de 2020, a AdC emitiu uma recomendação à Federação Portuguesa de Futebol (FPF) no sentido de não impor um limite máximo à totalidade da massa salarial de cada clube que participa na Liga feminina (Liga BPI), advertindo que tal poderia constituir uma prática restritiva da concorrência.

O presente documento vem sensibilizar as empresas, os profissionais de recursos humanos e outros colaboradores, as agências de recrutamento, entre outros, para os eventuais efeitos negativos para os trabalhadores e os consumidores decorrentes de acordos anticoncorrenciais no mercado de trabalho. Para o efeito, a AdC elenca um conjunto de boas práticas relacionadas com o mercado do trabalho direcionadas às empresas.

¹ Ver o [Comunicado](#) da AdC “AdC acusa pela primeira vez entidades de acordo anticoncorrencial no mercado laboral”, de 15 de abril de 2021.

Guia de Boas Práticas no combate a acordos anticoncorrenciais no mercado de trabalho

As empresas devem internamente seguir as seguintes boas práticas:

- **Eliminar acordos e ou outras práticas similares de recrutamento e/ou definição de condições salariais que envolvam acordos com outra(s) empresa(s) com potenciais riscos anticoncorrenciais.** A título ilustrativo:
 - Não devem acordar com outras empresas a recusar-se a angariar ou a contratar trabalhadores dessas outras empresas.
 - Não devem acordar com outras empresas sobre salários e/ou outras formas de compensação do trabalho, pelos trabalhadores uns dos outros.
 - O sentido lato da expressão *acordo* inclui outras denominações, como seja: “pactos de não-agressão”, “acordos de cavalheiros”, “acordos de não-angariação”, “acordos de não-solicitação”, “acordos de fixação de salários ou outras condições”, “partilha de informação sobre recursos humanos”.
 - Não devem participar em reuniões, como seja em reuniões de associação de empresas, onde estejam presentes outras empresas, em que se discuta a imposição de restrições à mobilidade e/ou condições de contratação de trabalhadores uns dos outros.
 - Não devem trocar informações com outras empresas sobre os termos de emprego, política de recrutamento e contratação de trabalhadores, assim como sobre os termos e política salarial e/ou outras formas de remuneração dos empregados.
- **Sensibilizar os trabalhadores, em particular os profissionais de recursos humanos, para o direito da concorrência, por exemplo, através de formação interna:**
 - Alertando para um conjunto de acordos ou outras práticas, como as acima descritas, na medida em que são suscetíveis de violar a Lei da Concorrência e, se aplicável, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e geradores de prejuízos para os trabalhadores e a concorrência.
 - Promover, internamente, a adoção das presentes boas práticas e divulgá-las por todos os trabalhadores, em todos os níveis hierárquicos.
- **Denunciar à AdC quando tenham conhecimento de indícios suscetíveis de consubstanciar uma prática restritiva da concorrência:**
 - A denúncia poderá ser feita de forma anónima – v. [Portal de Denúncias](#).
 - Poderá ser realizado um pedido de clemência (regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência) – v. [Programa de Clemência](#).

A AdC submete o presente relatório a consulta pública, convidando todos os interessados a submeter comentários e/ou exposições à AdC, no prazo de 30 dias úteis, para o endereço eletrónico consultapublica@concorrenca.pt.

1. ENQUADRAMENTO

As interações entre a concorrência e o mercado de trabalho têm ocupado um lugar de destaque na discussão recente, a nível mundial, sobre a política de concorrência. Esta discussão tem-se focado fundamentalmente nos efeitos na concorrência e na inovação que podem resultar do reforço do poder de compra ou poder negocial (*i.e.*, “*buyer power*”) dos adquirentes (*i.e.*, os empregadores).

A par deste debate, estudos empíricos têm apontado para uma tendência de diminuição da proporção do fator trabalho no Produto Interno Bruto (PIB)² e para o aumento do grau de concentração em algumas indústrias³. Alguns estudos empíricos que utilizam dados para Portugal identificam uma relação negativa entre os salários e o grau de concentração dos empregadores⁴. O reforço do poder negocial dos empregadores face aos trabalhadores tem sido apontado como uma das possíveis explicações desta tendência^{5,6}.

Por outro lado, por vezes, as empresas estabelecem acordos entre si para coordenar as suas estratégias no mercado de trabalho, passíveis de infringir a Lei da Concorrência, como sejam:

- **Acordos de não-angariação e/ou não-contratação (*no-poach agreements*): acordos horizontais⁷ através dos quais as empresas se comprometem mutuamente a não fazer ofertas espontâneas ou a contratar trabalhadores**, sem o consentimento prévio das outras empresas com quem estabeleceram o acordo.
- **Acordos de fixação de salários e/ou de outras formas de remuneração dos trabalhadores (*wage-fixing agreements*): acordos horizontais através dos quais as empresas harmonizam ou uniformizam as remunerações e/ou outros benefícios dos seus trabalhadores.**

Em 13 de abril de 2021, a AdC emitiu uma Nota de Ilícitude (acusação), por um acordo de não-contratação de trabalhadores, tendo como visada a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) e 31 empresas desportivas (clubes) participantes na edição de 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional⁸. O processo foi aberto pela AdC, em maio de 2020. A AdC impôs, no imediato, uma medida cautelar à LPFP, no sentido da suspensão imediata da deliberação que impedia a contratação pelos clubes da Primeira e Segunda Ligas de futebolistas masculinos profissionais que rescindissem unilateralmente o contrato de trabalho invocando questões provocadas pela pandemia do COVID-19. A medida cautelar impôs-se perante o potencial impacto grave e irreparável de uma prática suscetível de lesar as regras da concorrência.⁹

² *E.g.*, Elsby, Hobijn, and Sahin (2013); Karabarounis and Neiman (2014).

³ *E.g.*, Autor et al. (2020); De Loecker, Eeckhout, & Unger (2020); Barkai (2020).

⁴ Em particular, Martins (2018) demonstra, utilizando dados portugueses, que os salários são afetados negativamente pela concentração de empregadores. O autor refere que estes resultados indicam que os trabalhadores que, eventualmente, se deslocariam de mercados de trabalho pouco concentrados para mercados de trabalho altamente concentrados, sofreriam uma redução dos salários de aproximadamente 3,5%. Félix & Portugal (2017), também utilizando dados portugueses, estimam que um aumento de desvio padrão na elasticidade da oferta de trabalho aumenta os salários em aproximadamente 1,5%.

⁵ *Vide* Stansbury & Summers (2020).

⁶ Outros autores identificaram como possíveis explicações para a redução da proporção do fator trabalho no PIB, a mudança tecnológica (*e.g.*, Karabarounis & Neiman 2014) e o aumento do poder de mercado de algumas empresas (*e.g.*, De Loecker, Eeckhout, & Unger, 2020; e Grullon, Larkin & Michaely, 2019).

⁷ Note-se que tem vindo a ser discutido que os acordos de não-angariação de trabalhadores, no contexto de acordos de franquia, podem ter, também, uma natureza vertical, cf. secção 2.3.2.

⁸ *Vide Comunicado* da AdC “AdC acusa pela primeira vez entidades de acordo anticoncorrencial no mercado laboral”, de 15 de abril de 2021.

⁹ *Vide Comunicado* da AdC “Covid – 19: AdC impõe medida cautelar à Liga Portuguesa de Futebol que suspende deliberação concertada de impedir contratação de futebolistas”, de 26 de maio de 2020.

Posteriormente, em junho de 2020, a AdC emitiu uma recomendação à Federação Portuguesa de Futebol (FPF) no sentido de que a FPF se abstivesse de impor um limite à totalidade da massa salarial de cada clube que participa na Liga feminina (i.e., Liga BPI)¹⁰. A AdC advertiu que a imposição de um limite salarial máximo por parte da FPF “*poderá constituir uma prática restritiva da concorrência, punida com coima nos termos do artigo 9.º e da alínea a) do número 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio*”.

A nível internacional, refira-se a tomada de posição conjunta, em 2016, pelas agências americanas responsáveis pela aplicação das regras da concorrência – o *Department of Justice (DOJ)* e a *Federal Trade Commission (FTC)*¹¹ – relativa a acordos no mercado de trabalho, nomeadamente acordos de não-contratação e de fixação de salários. Num documento publicado em outubro de 2016, as duas agências alertam para que acordos entre empresas que visem a não-angariação mútua de trabalhadores ou a fixação de salários e/ou de outros benefícios são cível e criminalmente sancionáveis à luz do enquadramento jurídico da concorrência americano. Ambas as agências tinham já iniciado processos cíveis contra empresas que implementaram este tipo de práticas por constituírem uma conduta anticoncorrencial *per se* à luz da *Section 1* do *Sherman Act*¹². O exemplo paradigmático de acordos de não-angariação provém de *Silicon Valley*, em 2010, onde várias empresas do setor tecnológico celebraram acordos em que se comprometiam a não solicitar mutuamente certos tipos de trabalhadores¹³.

Ao nível da Comissão Europeia (CE), não existem precedentes de decisões que tenham avaliado infrações por práticas restritivas que consistam em acordos de não-angariação ou de fixação de salários, à luz do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁴. As autoridades de concorrência dos Estados-Membros (EM) da UE já avaliaram acordos entre empresas relativos à política de recrutamento ou condições salariais, mais vastos e complexos. Estes incluem “*pactos (ou acordos) de cavalheiros*”¹⁵, em termos de angariação e contratação de trabalhadores, assim como em termos das condições salariais destes. As práticas restritivas em causa não consistem unicamente em acordos de não-angariação e/ou fixação de salários, incluindo também concertação ao nível de outras dimensões de concorrência. Esses precedentes decisórios têm considerado que as decisões relativas à contratação e remuneração da força de trabalho, enquanto *input* de produção, também podem constituir um ilícito anticoncorrencial, por objeto, à luz do artigo 101.º do TFUE¹⁶.

As infrações por práticas restritivas que consistam em acordos de não-angariação ou de fixação de salários requerem que sejam efetuadas por empresas, na aceção do conceito de empresa do direito da concorrência. Nessa medida, a discussão destes acordos requer uma distinção dos conceitos de trabalhador e empresa (Caixa 1).

¹⁰ Vide Autoridade da Concorrência, [Recomendação relativa a proposta de limitação de massa salarial contida em projeto de Regulamento da Liga BPI 2020/2021, em consulta pública](#), de junho de 2020.

¹¹ Vide DOJ/FTC (2016) *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*.

¹² Estes casos são abordados nas secções 2.2.1 e 3.2.1.

¹³ U.S. v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar (2011). Vide Caixa 7.

¹⁴ Sem prejuízo, releva destacar uma decisão em que a CE sancionou um cartel que envolvia, para além de fixação de preços e partilha de mercados, um acordo em contratar funcionários-chave de um concorrente não-membro do cartel, como ilustrativo da valoração da dimensão de concorrência, pela aquisição do *input* trabalho, na dinâmica concorrencial das empresas.

¹⁵ I.e., “*gentleman’s agreements*”.

¹⁶ Vide secções 2.2.1 e 3.2.1.

Caixa 1. Conceitos de trabalhador e empresa

Apenas os “verdadeiros trabalhadores independentes”, classificados como empresas, são sujeitos à aplicação do direito da concorrência¹⁷. Qualquer pessoa singular que realize, por conta própria, i.e., por sua conta e risco, uma atividade económica, nomeadamente um profissional liberal, está subsumida na noção de empresa^{18,19}. A jurisprudência da UE tem contribuído para a sistematização de critérios que auxiliam a distinção entre os “verdadeiros” dos “falsos” trabalhadores independentes²⁰, nomeadamente, a capacidade para determinar, de forma independente, a sua própria conduta no mercado e de suportar os riscos financeiros ou comerciais decorrentes da atividade. Por outro lado, a classificação de um “trabalhador independente” nos termos de uma qualquer legislação nacional, por razões fiscais, administrativas ou organizacionais, não exclui que seja classificada enquanto empregado, na aceção do direito da UE, se sua independência for meramente teórica, disfarçando assim uma relação de emprego²¹.

Adicionalmente, quando as empresas ou associações de empresas atuam em sede de convenções coletivas de trabalho, não se encontram excecionados da aplicação do direito da concorrência, sendo potencialmente sujeitos ao artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, ao artigo 101.º do TFUE²². A sua potencial sujeição ao direito da concorrência sucederá quando não atuem enquanto parceiros sociais, mas antes como empresas ou associação de empresas. Este entendimento é confirmado pela jurisprudência constante da UE, designadamente, em sede dos vários acórdãos proferidos pelo TJUE²³, bem como pela prática decisória da AdC²⁴.

O presente documento propõe-se discutir o enquadramento legal e os precedentes decisórios dos acordos de não-angariação e de fixação de salários e os seus efeitos nas condições de concorrência no mercado do trabalho e no mercado do produto assim como no bem-estar dos consumidores (capítulos 2 e 3).

¹⁷ O artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, o artigo 101.º do TFUE, apenas sancionam os acordos entre empresas, que tenham como objeto ou como efeito, o da prevenção, restrição ou distorção da concorrência.

¹⁸ Vide, *inter alia*, o Acórdão do TJUE, no processo C-309/99, *Wouters*, de 19.02.2002, §§ 46 e 47.

¹⁹ A prática decisória da AdC, em linha com a prática decisória e a jurisprudência europeias, confirmam que os profissionais liberais, membros de ordens profissionais, exercem uma atividade económica. Em particular, as decisões da AdC de 19.05.2005 ([Processo PRC/2004/28](#)), de 30.06.2005 ([Processo PRC/2004/29](#)), de 26.05.2006 ([Processo PRC/2005/07](#)) e de 07.05.2010 ([Processo PRC/2009/03](#)).

²⁰ A título ilustrativo, veja-se o acórdão do TJUE, *Músicos Holandeses* - Acórdão do TJUE, no Processo C-413/13, [FNV Kunsten Informatie en Media](#), de 04.12.2014, §§ 33 a 36.

²¹ A classificação de trabalhadores de plataformas *online* (“*gig workers*”) enquanto “verdadeiros” ou “falsos” trabalhadores independentes tem sido questionada em litígios nacionais. *V.g.*, uma decisão no UK *Supreme Court* sobre uma ação intentada por motoristas da plataforma Uber, que visam o reconhecimento de direitos laborais (vide [Processo Uber BV and o., UKSC 2019/0029](#) e o [Acórdão](#) de 19.02.2021 que reconhece os direitos laborais).

²² Está em curso uma iniciativa da Comissão Europeia (CE) que visa avaliar um conjunto de opções de política pública, no sentido de permitir que os trabalhadores independentes, sejam “verdadeiros” ou “falsos”, possam negociar uma melhoria das suas condições de trabalho, através de acordos de negociação coletiva, “*sem receio de violarem o direito da concorrência da UE* [101º do TFUE]”. Vide Comissão Europeia (2021) e [Press release](#) (06.01.2021).

²³ A título ilustrativo, vejam-se os acórdãos *Albany*, *Brentjens*, *Drijvende Bokken* e *Músicos Holandeses*. Vide Acórdão do TJUE, no [Processo C-67/96](#), *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, de 21.09.1999, §§ 59-60; [Processos apensos C-115/97 a C-117/97](#), *Brentjens' Handelsonderneming BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, de 21.09.1999; [Processo C- 219/97](#), *Maatschappij Drijvende Bokken BV contra Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, de 21.09.1999; e Acórdão do TJUE, no processo C-413/13, [FNV Kunsten Informatie en Media](#), de 04.12.2014.

²⁴ Vide Decisão condenatória da AdC, no Processo [PRC/2007/04 - SNATTI](#), de 02.12.2010. A AdC considerou que: (i) o SNATTI atuava como um operador económico, como uma associação de empresas, aprovando e divulgando tabelas de preços dos serviços prestados por profissionais da informação turística; e que (ii) os profissionais da informação turística eram profissionais independentes e, nessa medida, empresas. A AdC concluiu que a aprovação e divulgação de tabelas de preços, por um sindicato, equivalia a um comportamento anticoncorrencial por uma associação de empresas, sujeito ao crivo da Lei da Concorrência e, *in casu*, também, do artigo 101.º do TFUE.

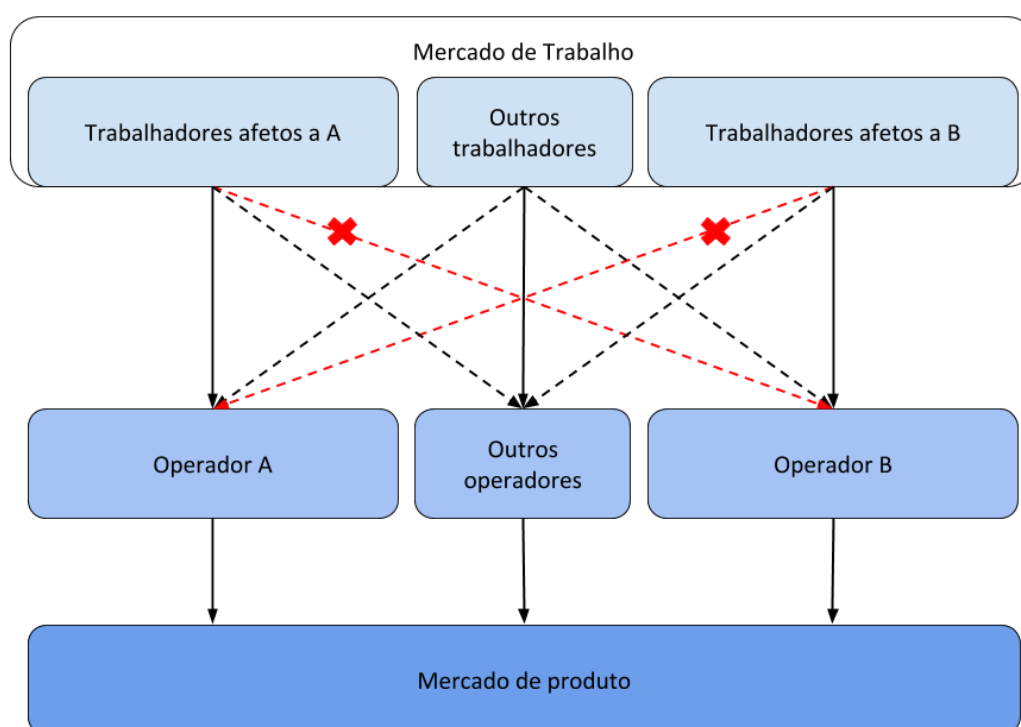
2. ACORDOS DE NÃO-ANGARIAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Os acordos de não solicitação ou angariação de trabalhadores têm como objetivo restringir as empresas de solicitarem ou contratarem os trabalhadores umas das outras.

Este tipo de acordo pode ser unicamente de não solicitação, se as empresas envolvidas no acordo concordarem em não solicitar, de forma ativa, os trabalhadores umas das outras, ainda que possam contratá-los.

Já os acordos que impedem qualquer contratação pelas empresas envolvidas face aos trabalhadores umas das outras são mais restritivos. Um acordo de não angariação representa um compromisso por parte do Operador A (B) a não contratar os trabalhadores do Operador B (A) (Figura 1). Os operadores A e B poderão contratar outros trabalhadores (fora das empresas A e B) e os trabalhadores das empresas A e B poderão ser contratados por outros operadores. No que se segue, utiliza-se o termo não angariação como qualquer acordo de não solicitação e/ou de não angariação.

Figura 1. Ilustração de um acordo de não angariação entre concorrentes nos mercados de trabalho e produto



Notas: As linhas contínuas indicam uma relação laboral (no mercado de trabalho) ou de venda (no mercado de produto). As linhas tracejadas a preto indicam uma relação laboral possível. As linhas tracejadas a vermelho indicam uma relação laboral impedida pelo acordo de não-angariação celebrado entre o Operador A e o Operador B.

Fonte: AdC.

Uma das razões frequentemente invocadas para os acordos de não-angariação é a elevada rotação de trabalhadores em determinados setores de atividade ou *clusters* geográficos. A escassez de trabalho altamente qualificado e a sua elevada mobilidade poderá conferir

incentivos aos empregadores para celebrarem acordos de não-angariação entre si e cláusulas de não-concorrência com os trabalhadores^{25,26}.

Contudo, a utilização de acordos de não-angariação não é um exclusivo de setores que empregam trabalhadores muito qualificados ou especializados. Os acordos de não-angariação têm sido celebrados em diversos setores de atividade, incidindo sobre trabalhadores com diferentes graus de especialização²⁷.

2.1. Efeitos na concorrência e no bem-estar

Ao restringirem as decisões de aquisição de um *input* por parte das empresas, os acordos de não-angariação podem ter efeitos nos mercados onde essas empresas concorrem.

No que respeita ao mercado de trabalho, estes acordos podem ter efeitos ao nível dos salários, da mobilidade e do investimento em capital humano. Ao restringirem a mobilidade dos trabalhadores, estes acordos podem deteriorar a qualidade da alocação do trabalhador ao posto de trabalho, o que se traduz numa ineficiência alocativa.

Enquanto acordos horizontais entre empresas que incidem sobre as condições de aquisição de um *input*, os acordos de não-angariação de trabalhadores podem ter impacto também nas condições de concorrência nos mercados onde as empresas concorrem a jusante. Este tipo de acordos pode, em particular, ter efeitos nas quantidades transacionadas e no preço, bem como na qualidade dos produtos/serviços e na inovação, com impacto no bem-estar dos consumidores.

O impacto dos acordos de não-angariação depende de um conjunto de fatores, como seja a sua extensão, qualitativa ou quantitativa, *v.g.* da proporção de trabalhadores afetos aos operadores sujeitos ao acordo, e do poder de mercado dos operadores a jusante.

Os acordos de não-angariação entre concorrentes no mercado a jusante terão o maior potencial de se repercutir negativamente nas condições de concorrência nos mercados a jusante. Já os acordos horizontais entre operadores que contratem o mesmo tipo de trabalhador, mas que não concorram no mercado de produto, terão impactos diretos ao nível do mercado de trabalho, com potenciais impactos indiretos a jusante (*e.g.*, através do impacto na qualidade da alocação dos trabalhadores às empresas, em prejuízo da eficiência alocativa²⁸).

A literatura económica sobre os efeitos dos acordos de não-angariação em termos dos seus efeitos no bem-estar social é recente. De acordo com a literatura existente, as condições em que os acordos de não-angariação são passíveis de gerar melhorias em termos de bem-estar são exíguas²⁹.

2.1.1. Potenciais efeitos dos acordos de não-angariação no mercado de trabalho

Os acordos de não-angariação são passíveis de afetar o equilíbrio verificado no mercado de trabalho através da redução do número de empresas que procuram os serviços de cada

²⁵ Alguns estudos sugerem que trabalhadores como programadores de *software* recebem tentativas de angariação diárias de empresas concorrentes dos seus empregadores.

²⁶ A Caixa 2 inclui mais informação relativa a cláusulas de não-concorrência.

²⁷ Vide secção 2.2.

²⁸ Por outras palavras, os acordos de não-angariação podem impedir os trabalhadores de serem alocados aos projetos que melhor desempenhariam, com impacto na eficiência da afetação dos recursos às empresas.

²⁹ Vide Shy & Stenbacka (2019), que conclui que os acordos de não-angariação só serão preferíveis do ponto de vista do bem-estar social, se os custos de mudança que incidem sobre os trabalhadores forem tão elevados que não sejam capazes de compensar os ganhos de produtividade decorrentes da mudança de empregador. Os autores definem um acordo de *no-poach* aquele em que as empresas acordam em não solicitar os trabalhadores de umas das outras (*i.e.*, “*not to engage in “cold calling” each other’s employees*”), bem como não permitir discriminação de salários.

trabalhador. Tal restringe a mobilidade dos trabalhadores e as suas oportunidades de progressão junto de outros empregadores, e reforça o poder negocial das empresas, podendo, assim, influenciar o nível dos salários e outras condições laborais³⁰. Estes acordos são, também, suscetíveis de afetar o investimento em formação de capital humano.

2.1.1.1. Reforço do poder de compra dos empregadores

Os acordos de não-angariação são suscetíveis de reforçar o poder de compra das empresas vis-à-vis os trabalhadores, por via da diminuição do número de potenciais empregadores alternativos para cada trabalhador. O conceito de poder de compra (i.e., *buyer power*) refere-se ao poder negocial que os adquirentes de um dado bem ou *input* detêm junto dos seus fornecedores, que lhes permite obter melhores condições de compra³¹. Por referência à Figura 1, no caso de um acordo de não-angariação, os trabalhadores afetos ao Operador A não poderão prestar os seus serviços ao Operador B. Caso o Operador B represente uma parte substancial da procura de trabalho, os trabalhadores afetos ao Operador A terão à sua disposição uma quantidade reduzida de postos de trabalho potenciais, o que resulta num reforço do poder de compra do Operador A vis-à-vis os seus trabalhadores.

Em situações em que uma proporção elevada ou mesmo todos os potenciais empregadores de um tipo de trabalhador tenham celebrado entre si um acordo de não-angariação, cada trabalhador está limitado a vender os seus serviços a um número reduzido de potenciais empregadores ou até mesmo apenas ao seu atual empregador.

Nestes casos, a estrutura de mercado aproxima-se de um oligopsónio ou mesmo de um monopósónio³² - i.e., estruturas de mercado em que, respetivamente, um número reduzido de empresas, ou mesmo apenas uma empresa, adquirem determinado *input*. No mercado de trabalho, por exemplo, um oligopsónio está associado a estruturas de mercado em que um número reduzido de empregadores contrata a mesma *pool* de trabalhadores de certo tipo, cujo poder negocial se assume ser reduzido.

A existência de um monopósónio ou oligopsónio não implica necessariamente que os adquirentes possam exercer poder de compra. A literatura³³ identifica pelo menos três condições para o exercício de poder de compra, nomeadamente que (i) os empregadores/adquirentes que celebram o acordo constituam uma fração substancial dos empregadores desse tipo de trabalhador; (ii) existam barreiras à entrada no mercado onde os empregadores operam³⁴; e (iii) a curva da oferta de trabalho seja positivamente inclinada³⁵.

Assim, a celebração de acordos de não-angariação é passível de reforçar o poder de compra dos adquirentes no mercado de trabalho³⁶. Com efeito, a redução no número efetivo de

³⁰ Vide Davis (2018).

³¹ Vide Autoridade da Concorrência - [Linhas de Orientação Para a Análise Económica de Operações de Concentração Horizontais](#) (2013); e Comissão Europeia - [Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas](#) (JO C 31, 5.2.2004).

³² Vide, e.g., Dobson, Waterson & Chu (1998), Blair & Harrison (2010) e Bhaskar et al. (2002).

³³ Vide Dobson, Waterson & Chu (1998), §4.5.

³⁴ A existência de lucros económicos positivos na ausência de barreiras à entrada resultará na entrada de novos operadores, não permitindo um reforço do poder de compra no mercado a montante e os respetivos efeitos a jusante de forma sustentável.

³⁵ I.e., a contratação de trabalhadores adicionais de um certo tipo implica o pagamento de um salário mais elevado a todos esses trabalhadores. Além disso, tal como referido por Bhaskar et al. (2002), uma curva positivamente inclinada da oferta de trabalho está associada ao facto de um salário mais elevado reter os trabalhadores de forma mais eficaz.

³⁶ A literatura (e.g., Hemphill & Rose, 2018) tem discutido a distinção entre o exercício de poder de compra num contexto de monopósónio e de mero aumento do poder negocial ("*bargaining leverage*"). Neste último caso, o poder de compra é exercido através da ameaça de redução da procura por *inputs*, e não de uma redução efetiva.

adquirentes no mercado de trabalho por via de acordos de não-angariação gera um aumento dos custos de mudança dos trabalhadores³⁷.

Este reforço do poder de compra dos adquirentes no mercado de trabalho pode permitir às empresas influenciar a remuneração dos trabalhadores, levando os salários a desviarem-se da sua produtividade marginal, i.e., da receita adicional gerada pelo trabalhador. O aumento do poder de compra no mercado de trabalho poderá conferir incentivos às empresas para restringir, de forma estratégica, a quantidade de trabalho contratada. Esta retração estratégica da procura induzirá a redução do preço de aquisição do trabalho, i.e., dos salários e/ou outras formas de remuneração.

O efeito da redução do preço pago por um *input* através da retração estratégica da procura verifica-se quando os operadores que vendem no mercado a montante estão relativamente fragmentados³⁸. Tal será o caso nos mercados de trabalho onde os trabalhadores não recorrem a processos negociais que lhes permitam agregar o poder negocial individual de cada trabalhador. Nesse caso, o lado da oferta do mercado trabalho é caracterizado por uma estrutura atomizada^{39,40}. Em contextos em que os trabalhadores se associem para negociar com os adquirentes de trabalho, pode existir poder negocial nos dois lados do mercado.

A celebração de acordos de não-angariação pode reforçar o poder de compra das empresas face aos trabalhadores. No limite, caso todos os empregadores num dado mercado de trabalho celebrem um acordo de não-angariação, os trabalhadores enfrentarão uma situação de monopólio.

2.1.1.2. Efeitos nas condições remuneratórias e na mobilidade

Ao contribuírem para o reforço do poder negocial dos empregadores face aos trabalhadores, os acordos de não-angariação podem limitar a medida em que os salários refletem os ganhos de produtividade. Num mercado de trabalho sem entraves à mobilidade, os aumentos de produtividade tenderão a aumentar a remuneração dos trabalhadores através da disputa entre empregadores ao nível da contratação.

A análise empírica aos efeitos dos acordos de não-angariação demonstra que estes acordos reduzem a remuneração dos trabalhadores. A título ilustrativo, uma análise ao impacto dos acordos de não-angariação celebrados entre empresas tecnológicas de *Silicon Valley* estimou uma redução de 2 a 4 pontos percentuais nos salários, por cada ano em que os acordos entre as empresas vigoraram⁴¹.

Adicionalmente, os acordos de não-angariação são frequentemente desconhecidos dos próprios trabalhadores, o que constitui um dos seus aspetos mais penalizadores, na medida em que dificultam a mobilidade do trabalhador sem que este possa identificar a causa. Consequentemente, os trabalhadores poderão prolongar o seu emprego em empresas que não correspondem à melhor utilização das suas vocações e conhecimentos especializados⁴². Neste sentido, os acordos de não-angariação são passíveis de diminuir a qualidade da alocação dos trabalhadores às empresas, em prejuízo da eficiência alocativa dos recursos humanos.

³⁷ Vide Ashenfelter et al. (2010).

³⁸ Vide Comissão Europeia - *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (OJ C 31, 5.2.2004, p. 5–18).

³⁹ I.e., Numerosos fornecedores/trabalhadores cuja oferta individual de trabalho representa uma parte negligenciável da oferta total.

⁴⁰ Vide Hemphill & Rose (2017).

⁴¹ Vide Gibson (2019).

⁴² Vide Heyer & Shapiro (2010).

Acresce que os acordos de não-angariação, na medida em que possam afetar indiretamente os preços dos *inputs* em questão, também poderiam ser analisados como uma estratégia indireta de fixação de salários e/ou outras remunerações dos trabalhadores⁴³.

Ao contribuírem para reforçar o poder de compra das empresas face aos trabalhadores, a celebração de acordos de não-angariação restringe a mobilidade dos trabalhadores e podem reduzir os salários auferidos pelos trabalhadores. Pode, ainda, introduzir ineficiências na alocação do *input* trabalho.

2.1.1.3. Efeitos nos incentivos ao investimento em capital humano

As empresas investem no aumento do capital humano dos seus trabalhadores através de ações de formação contínua⁴⁴. A formação pode ser geral ou específica, consoante os conhecimentos e aptidões adquiridos aumentem, ou não, a produtividade do trabalhador ao serviço de outros empregadores⁴⁵. A maioria das ações de formação contínua contém elementos gerais e específicos.

Os acordos de não-angariação são, por vezes, invocados pelas empresas como uma forma de salvaguarda do investimento em formação⁴⁶. Um acordo de não-angariação limita o número de potenciais empregadores futuros do trabalhador, diminuindo a probabilidade de o trabalhador cessar o seu contrato laboral com a empresa. Nessa medida, reduz o risco de perda do investimento na formação do trabalhador realizado pelo empregador. Esta restrição permite ao empregador recuperar uma maior proporção do investimento feito em capital humano.

No entanto, na medida em que os acordos de não-angariação deterioram as condições contratuais para os trabalhadores, a quantidade de mão-de-obra fornecida pode ser menor do que aquela que resultaria na ausência desses acordos. Por sua vez, as distorções salariais podem afetar os incentivos do trabalhador para investir nas suas próprias qualificações⁴⁷.

Adicionalmente, existem outros mecanismos que preservam os incentivos ao investimento em formação, impondo menores restrições à mobilidade. Refiram-se, por exemplo, mecanismos que consistem em condicionar a formação à permanência do trabalhador na empresa por um período de tempo adequado e previamente determinado, oferecendo ao trabalhador a possibilidade de quebrar o seu vínculo laboral caso restitua o custo da formação ao empregador. Adicionalmente, as políticas de retenção podem assentar na atribuição de prémios a trabalhadores específicos, diminuindo a probabilidade de se deslocarem para outros empregadores.

Em suma, os acordos de não-angariação não consubstanciam um mecanismo proporcional de garantir que os empregadores possam salvaguardar o investimento em formação dos seus trabalhadores. Com efeito, existem outras soluções menos restritivas do ponto de vista da mobilidade dos trabalhadores.

⁴³ Os acordos de fixação de salários/outras formas de remuneração dos trabalhadores são analisados no capítulo 3.

⁴⁴ *I.e., on-the-job training.*

⁴⁵ Um curso de línguas e um curso sobre os sistemas de informação da própria empresa constituem exemplos de formação geral e específica, respetivamente.

⁴⁶ O mesmo argumento é utilizado para a imposição de cláusulas de não-concorrência, *vide* Caixa 2.

⁴⁷ Como referido por Bhaskar et al. (2002), num oligopsónio, se os trabalhadores não receberem o seu produto marginal, podem não ter incentivos suficientes para investir em formação.

A celebração de acordos de não-angariação pode distorcer os incentivos dos trabalhadores para investir em capital humano e não consubstanciam um mecanismo proporcional de garantir que os empregadores possam salvaguardar o investimento em formação dos seus trabalhadores.

2.1.2. Potenciais efeitos dos acordos de não-angariação no mercado a jusante

A celebração de acordos de não-angariação pode ter impactos vários ao nível das condições de concorrência, no mercado a jusante, onde os operadores concorrem. Em particular, este tipo de acordo, ao reforçar o poder negocial dos operadores, enquanto adquirentes no mercado a montante, pode levar à redução da quantidade, aumento do preço ou à deterioração da qualidade no mercado do produto.

Ao restringirem a mobilidade dos trabalhadores, os acordos de não-angariação podem limitar a circulação e difusão do conhecimento entre empresas, o que é passível de ter impactos na capacidade de as empresas inovarem.

Adicionalmente, a celebração de acordos de não-angariação pode reforçar as condições do mercado para a coordenação de comportamentos. Note-se que este tipo de acordo pode ser instrumental no contexto de estratégias mais amplas de cartelização a jusante, incluindo de repartição de mercados em termos de clientes ou geográficos.

2.1.2.1. Redução da quantidade e aumento do preço a jusante como resultado do reforço do poder de compra

Do ponto de vista concorrencial, o exercício do poder de compra dos empregadores pode ter impacto no mercado a jusante, em termos do bem-estar do consumidor. O reforço do poder de compra das empresas, ao reduzir a quantidade de trabalho contratada e os salários auferidos pelos trabalhadores, pode implicar uma redução da produção e um potencial aumento do preço e/ou redução da qualidade nos mercados a jusante.

O impacto do reforço do poder de compra nos consumidores do mercado a jusante depende da capacidade e/ou incentivo de o empregador passar poupanças de custos na aquisição de trabalho no mercado a montante para o mercado a jusante (*i.e.*, da taxa de *pass-through*), sob a forma de preços mais baixos. A este respeito, consideram-se dois cenários, consoante as empresas detenham poder de mercado a jusante ou não.

Caso o subconjunto de empresas que celebrem um acordo de não-angariação não detenham poder de mercado a jusante, o impacto do acordo em termos das condições de concorrência no mercado de produto será limitado, uma vez que essas empresas venderão o seu produto/serviço ao preço determinado pelo mercado. Com efeito, neste caso, as empresas envolvidas no acordo de não-angariação, estarão limitadas na sua capacidade para influenciar o preço pago pelos consumidores⁴⁸. A menor contratação de trabalhadores por parte das empresas envolvidas no acordo de não-angariação terá apenas como efeito a redução da sua quota de mercado a jusante, sendo a potencial poupança de custos que resulta da redução do preço pago pelo *input* retida como lucro. Por sua vez, a redução da quota de mercado não afetará a quantidade total transacionada no mercado caso os seus concorrentes (que não integram o acordo) tenham capacidade para expandir a oferta.

⁴⁸ Vide, *e.g.*, Dobson, Waterson & Chu (1998); OECD (2020); e Salop (2004).

Caso as empresas envolvidas no acordo detenham poder de mercado a jusante, a par de uma redução dos salários, a menor utilização do *input* trabalho tenderá a diminuir a quantidade no mercado a jusante e este efeito pode levar a um aumento do preço do produto^{49,50}.

Adicionalmente, note-se que a redução do preço pago pelo *input* trabalho que resulta do reforço do poder de compra, não será, regra geral, passado para os consumidores finais⁵¹. Num grande número de atividades económicas, os salários pagos aos trabalhadores, geralmente constantes de um contrato de trabalho, não são custos variáveis, mas antes custos fixos e, portanto, uma diminuição dos salários não seria repercutida nos consumidores finais.

Adicionalmente, em termos dinâmicos, uma redução dos salários decorrente do exercício do poder de compra das empresas via acordos de não-angariação pode levar a uma redução da produtividade dos trabalhadores. Essa eventual perda de produtividade poderá resultar em aumentos de preços ou redução da qualidade no mercado do produto, em prejuízo dos consumidores⁵².

Com efeito, não sendo a redução do preço pago pelo *input* trabalho repercutida para os consumidores, e considerando que um acordo de não-angariação de trabalhadores não resultará numa melhoria do produto a jusante, as economias de custos não serão, à partida, consideradas suficientes para gerar eficiências, e nomeadamente para preencher as condições de exceção enunciadas no artigo 101.º n.º 3 do TFUE⁵³.

Uma redução da quantidade de trabalho contratada, e/ou uma menor produtividade dos trabalhadores, decorrente da celebração de acordos de não-angariação, pode resultar numa redução da quantidade transacionada e num aumento do preço a jusante, em prejuízo dos consumidores.

2.1.2.2. Efeitos na capacidade e incentivos em inovar

O limite à mobilidade dos trabalhadores imposto pelos acordos de não-angariação pode diminuir a circulação e difusão do conhecimento entre empresas, em prejuízo da inovação. Caso a mobilidade dos trabalhadores tenha um impacto positivo na inovação e na qualidade dos bens e/ou serviços oferecidos, os acordos de não-angariação poderão resultar em menor qualidade e variedade nos mercados a jusante, com impacto no bem-estar dos consumidores⁵⁴.

A contratação de trabalhadores a outras empresas, em particular os trabalhadores mais qualificados, constitui uma forma de as empresas adquirirem a *expertise* e o *know-how* de que necessitam para inovar. Na impossibilidade de contratarem esses trabalhadores aos seus

⁴⁹ Vide Blair & Harrison (1990); Dobson, Waterson & Chu (1998); OECD (2020); Hemphill & Rose (2017); Angerhofer & Blair (2020).

⁵⁰ Angerhofer & Blair (2020) argumentam, ainda, que a redução do *input* trabalho pode também reduzir a utilização de inputs complementares, afetando os respetivos mercados.

⁵¹ Vide Blair & Harrison (1990); Dobson, Waterson & Chu (1998); OECD (2020); e Hemphill & Rose (2017).

⁵² Vide Dobson, Waterson & Chu (1998).

⁵³ Conforme referido no parágrafo 34 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101 do TFUE [antigo n.º 3 do artigo 81.º do Tratado], “[a] aplicação da exceção prevista no n.º 3 do artigo 81.º deve obedecer a quatro condições cumulativas, duas positivas e duas negativas: a) O acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico; b) Deve ser reservada aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante; c) As restrições devem ser indispensáveis à consecução desses objectivos e, por último; d) O acordo não deve dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

⁵⁴ No que diz respeito à relação entre mobilidade e incentivos a inovar vejam-se, e.g., Motta & Rønde (2002), Franco & Mitchell (2008), e Andersson et al. (2008).

concorrentes, as empresas ver-se-iam obrigadas a formar os seus recursos humanos internamente, o que se pode revelar um processo moroso ou com custos demasiado elevados.

A evidência empírica sugere uma correlação positiva entre a mobilidade dos trabalhadores e a produtividade de setores de atividade em que o investimento em *Investigação e Desenvolvimento (I&D)* é elevado⁵⁵. Esta relação pode ser explicada por vários fatores, com destaque para o facto de a mobilidade dos trabalhadores permitir a difusão de conhecimento entre empresas e os incentivos que trabalhadores com maior mobilidade terão em gerar inovação e conhecimento⁵⁶. Adicionalmente, trabalhadores que possam vir a retirar proveito económico do conhecimento que geram ao serviço de uma empresa após terminarem o seu vínculo laboral terão maior incentivo em inovar⁵⁷.

A análise empírica do impacto dos acordos de não-angariação no nível de inovação num dado setor de atividade ou conjunto de empresas é limitada, por se tratar de acordos usualmente secretos. Não obstante, a análise empírica de cláusulas de não-concorrência, que serão conhecidas pelos trabalhadores, demonstra que, em certas circunstâncias, a restrição da mobilidade pode reduzir o empreendedorismo e, por sua vez, a taxa de inovação no mercado (*vide* Caixa 2).

Caixa 2. Cláusulas de não concorrência entre empregadores e trabalhadores

As cláusulas de não-concorrência⁵⁸ são cláusulas contratuais em que os trabalhadores se comprometem a não trabalhar para concorrentes do empregador ou a estabelecerem eles próprios uma empresa concorrente, por um determinado período de tempo, após o término do atual contrato de trabalho.

Muitas jurisdições têm garantido aos empregadores a possibilidade de celebrarem estes acordos com os seus trabalhadores, desde que lhes seja garantida uma contrapartida e que os contratos sejam temporal e geograficamente limitados⁵⁹.

Conforme o artigo 136.º do Código do Trabalho português, sob a epígrafe “*Pacto de não concorrência*”, os pactos de não concorrência devem cumprir uma série de condições, sob pena de nulidade. O quadro jurídico introduz limites à validade destas cláusulas. Estas são apenas válidas se (i) não excederem um período de dois anos (podendo ser considerados até três anos caso o trabalhador esteja afeto ao exercício de uma atividade que supõe uma especial relação de confiança ou tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência), (ii) forem estabelecidas por escrito, e (iii) consagrarem uma determinada compensação a atribuir ao ex-empregador ou critérios para a sua determinação⁶⁰.

As justificações tipicamente apresentadas para as cláusulas de não concorrência são a proteção dos segredos de negócio e a manutenção de incentivos ao investimento em capital humano. Estas cláusulas permitem à empresa desincentivar os trabalhadores de utilizarem segredos de negócio em benefício de concorrentes da empresa ou de uma nova empresa criada pelo trabalhador (*i.e.*, *spin-outs*).

Estudos empíricos recentes têm vindo a demonstrar que:

⁵⁵ Vide Andersson et al. (2008).

⁵⁶ Vide Hyde (2012).

⁵⁷ Vide Kräkel & Sliwka (2009).

⁵⁸ Em inglês, *non-compete clauses* ou *covenants not to compete*.

⁵⁹ Note-se, todavia, que a 9 de janeiro de 2020, a FTC realizou um *workshop* público para avaliar da existência de suporte legal e económico para promulgar uma restrição da utilização de cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho. Conforme informação constante no sítio de internet da FTC, disponível [aqui](#), acedido a 07.01.2021.

⁶⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo n.º [5738/16.8T8SNT.L1-4](#), de 28.06.2017; e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no processo n.º [3526/15.8T8OAZ.P2](#), de 08.06.2017.

- As cláusulas de não-concorrência têm uma prevalência elevada⁶¹, sendo identificadas em diferentes níveis de remuneração, e restringem a mobilidade dos trabalhadores⁶².
- As cláusulas de não-concorrência têm como resultado períodos de emprego mais longos junto do mesmo empregador, bem como a saída de trabalhadores para outros setores de atividade, o que implica a perda de capital humano específico⁶³.
- O aumento da aplicação destas cláusulas está associado a um aumento de 14% em formação, mas a uma diminuição de 4% nos salários⁶⁴.
- Estas cláusulas podem ter um impacto negativo na inovação via redução da criação de *start-ups*, nomeadamente de *spin-outs*⁶⁵, do financiamento por capital de risco e do número de patentes⁶⁶.

Com efeito, as cláusulas de não-concorrência impõem dificuldades acrescidas na contratação de trabalhadores, mesmo que os novos entrantes estejam dispostos a oferecer salários mais elevados e melhores condições aos trabalhadores⁶⁷. Se os trabalhadores forem impedidos, de forma desadequada e desnecessária, de trabalhar para qualquer outra empresa, os novos entrantes poderão ter dificuldades em recrutar os trabalhadores de que precisam para entrar no mercado.

A restrição da mobilidade dos trabalhadores associada aos acordos de não-angariação é passível de fragilizar a inovação⁶⁸, em prejuízo do bem-estar dos consumidores e da eficiência da economia⁶⁹. Nos setores em que a mobilidade da mão-de-obra é um elemento relevante no processo de inovação a jusante, como seja, quando a contribuição do trabalhador para a inovação é particularmente relevante (e.g., algumas indústrias de tecnologia), os acordos de não-angariação podem resultar num declínio na qualidade e/ou variedade de produtos e serviços fornecidos aos consumidores.

A celebração de acordos de não-angariação, ao restringir a mobilidade dos trabalhadores, pode reduzir o empreendedorismo e a taxa de inovação, em prejuízo dos consumidores e da eficiência da economia.

2.1.2.3. Reforço das condições para coordenação de comportamentos

Os acordos de não-angariação entre concorrentes poderão suavizar a concorrência nos mercados a jusante, através da menor intensidade na disputa pelo *input* trabalho. A eventual diminuição da dinâmica concorrencial será mais pronunciada nos casos em que os concorrentes tenham poder de mercado a jusante ou quando existam barreiras à entrada.

⁶¹ Alguns estudos apontam para que cerca de 18% de todos os trabalhadores nos EUA, e metade dos trabalhadores técnicos de várias indústrias, estejam sujeitos a estes acordos (Office of Economic Policy - U. S. Treasury, 2016; e Marx, 2011).

⁶² Vide Starr, Prescott & Bishara (2020 e 2018); Marx, Strumsky & Fleming (2009) e Samila & Sorenson (2011).

⁶³ Vide Starr, Prescott & Bishara (2020).

⁶⁴ Vide Starr (2020) e Starr (2019). O estudo do Office of Economic Policy - U. S. Treasury (2016) corrobora os menores salários e o aumento mais lento dos mesmos entre os trabalhadores sujeitos a cláusulas de não-concorrência.

⁶⁵ As *spin-outs* tendem a ter maior longevidade e melhor desempenho que outros entrantes (Franco & Filson, 2006 e Franco & Mitchell, 2008). Acresce que uma das conjeturas relativas ao sucesso de *Silicon Valley* prende-se com a impossibilidade de os empregadores do Estado da Califórnia impedirem os seus trabalhadores de criarem *spin-outs*, fomentando a entrada de empresas no mercado e a consequente dinâmica concorrencial (Gilson, 1999).

⁶⁶ Vide Hyde (2012) e Samila & Sorenson (2011).

⁶⁷ Vide Office of Economic Policy - U. S. Treasury (2016) e Naidu, Posner & Weyl (2018).

⁶⁸ Note-se, todavia, que poderão existir diferentes efeitos nos incentivos a inovar de acordo com o risco de inovação associado. Conti (2014) utiliza dados de patentes em estados nos EUA onde a aplicação legal das cláusulas de não concorrência entre empregadores e trabalhadores é nula e em estados onde essa mesma aplicação não é nula, demonstrando que a aplicação mais restrita torna mais provável que uma empresa decida avançar em projetos de inovação de risco mais elevado.

⁶⁹ Vide Lindsay & Santon (2011).

A implementação e a monitorização dos acordos de não-angariação, bem como a troca de informação sobre a política de recrutamento, podem exigir contacto frequente entre concorrentes - um dos fatores que pode facilitar comportamentos coordenados. Como se abordará *infra* (secção 2.2.1), em muitos dos casos que deram origem a sanções, apreciados por autoridades de concorrência europeias, os acordos de não-angariação faziam parte de estratégias de cartelização mais amplas, envolvendo outras dimensões de concorrência. Os acordos de não-angariação podem, assim, sinalizar que a natureza da interação entre concorrentes no mercado a jusante é pouco concorrencial.

Os acordos de não-angariação podem também facilitar a implementação de uma estratégia de repartição de mercados, nomeadamente se o modelo de negócio das empresas se basear em carteiras de clientes. Se o relacionamento entre os clientes e o gerente de carteira de clientes⁷⁰ for importante, um acordo de não-angariação que incida sobre os gerentes de clientes pode ser instrumental para um acordo de partilha de mercado, em que os concorrentes acordam em se abster de disputar os clientes uns dos outros.

A celebração de acordos de não-angariação poderá afetar a concorrência quando a contratação de um trabalhador de uma empresa rival aumente a probabilidade de captação, total ou parcial, da sua carteira de clientes⁷¹. Com efeito, o elevado valor destas carteiras de clientes em determinados setores de atividade reflete-se, por exemplo, nas tentativas dos empregadores de restringir contratualmente a possibilidade de os seus trabalhadores manterem a sua carteira de clientes após quebra do vínculo laboral⁷². Por outro lado, os próprios clientes podem optar por seguir o trabalhador nos casos em que este decida mudar de empresa.

Um acordo de não-angariação pode também ser utilizado para repartir os mercados territorialmente se as carteiras de clientes tiverem, por exemplo, numa determinada dimensão geográfica (*i.e.*, os clientes que integram uma carteira estão no mesmo mercado geográfico).

Adicionalmente, em determinados contextos, os acordos de não-angariação podem cristalizar o mercado e assegurar um acordo entre concorrentes de não-expansão numa determinada área de especialização, evitando a contratação de força de trabalho especializada. Um acordo com esta natureza pode servir um objetivo final de manter ou reforçar a especialização e a diferenciação de produto entre operadores rivais, suavizando a concorrência (e.g., hospitais especializados em diferentes áreas terapêuticas podem acordar em não angariar os especialistas uns dos outros).

A celebração de acordos de não-angariação pode reforçar as condições do mercado para a coordenação de comportamentos e ser instrumental no contexto de estratégias mais amplas de cartelização a jusante, incluindo de repartição de mercados em termos de clientes e geográficos e reforço da diferenciação de produto (especialização).

2.2. Enquadramento legal dos acordos de não-angariação à luz do direito da concorrência

Conforme *supra* descrito, nos acordos de não-angariação, as empresas concorrentes no mercado de trabalho renunciam a angariar trabalhadores entre si. Estas empresas privam os trabalhadores de mobilidade laboral. Neste contexto, é, assim, provável, que estes

⁷⁰ Por exemplo, algumas áreas de consultoria bancária e financeira.

⁷¹ A evidência empírica relativa a cláusulas de não concorrência entre empregador e trabalhador – ainda que distintas dos acordos ora analisados – demonstra que a sua prevalência é maior em situações que coloquem os trabalhadores em contacto com clientes ou que tenham acesso a carteiras de clientes (*vide* Caixa 2).

⁷² *Vide* Rauch & Watson (2014).

trabalhadores se vejam, por isso, privados de acesso a melhores salários, comissões ou outras compensações laborais.

Estes acordos são passíveis de infringir a Lei da Concorrência e, se aplicável, o TFUE, ao constituírem uma repartição do input trabalho e uma forma indireta de fixação dos preços de compra desse input. Nos termos das alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, ao qual corresponde a alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE: “São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: a) **Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação (...)** c) **Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento**” (destaque nosso).

Os acordos de não-angariação entre concorrentes têm sido considerados como contrários e em violação ao direito da concorrência, em várias jurisdições, tanto nos EUA, como em da UE. De seguida, abordam-se alguns precedentes decisórios e, quando relevantes, decisões judiciais proferidas, pelos tribunais, em sede de apreciação da sua validade jurídica.

2.2.1. Prática decisória de aplicação do direito da concorrência

Conforme *infra* se descreve de forma mais detalhada, e atenta a prática decisória, já foram identificados acordos de não-angariação em diversos setores de atividade, nomeadamente:

- **No setor da saúde**, com acordos de não-angariação e de fixação de salários ou outras formas de remuneração de enfermeiros e médicos⁷³.
- **No setor das tecnologias de IT**, com acordos de não-angariação de funcionários altamente qualificados, como engenheiros⁷⁴.
- **No setor da ferrovia**, com acordos de não-angariação de empregados de empresas fornecedoras e comercializadoras de equipamentos para o transporte ferroviário⁷⁵.
- **No setor industrial dos revestimentos de chão em PVC e linóleo**, com acordos de não-angariação dos funcionários das empresas ativas no setor⁷⁶.

⁷³ Vide [Indictment, United States v. Surgical Care Affiliates, LLC, et al.](#), U.S. District Court for the Northern District of Texas Dallas Division, No. 3-21-cr-00011 (05.01.2021); [Press Release](#) (07.01.2021). Vide, Dutch of Court of Appeal: LJN: BM3366 (Dutch Court of Appeal, Court of Gerechtshof's - Hertogenbosch) HD 200,056,331, 05.04.2010, disponível [aqui](#); LJN: BM3366 (Court of Gerechtshof's - Hertogenbosch) HD 200,056,331, 05.04.2010 (NL), disponível [aqui](#); Comunicado de imprensa “Ziekenhuizen dienen covenant gedeeltelijk op te schorten - Banning N.V.”, Hof Den Bosch 4 mei 2010, LJN BM3366, disponível [aqui](#); Act of 22 May 1997, “Providing New Rules for Economic Competition” (Dutch Competition Act), disponível [aqui](#).

⁷⁴ Vide Case No. 1:10-cv-01629, U.S. District Court for the District of Columbia, “U.S. v. Adobe Systems, Inc. et Al.” (17.03.2011), “Competitive Impact Assessment”, disponível [aqui](#) e “Final Judgement”, disponível [aqui](#). Ver, ainda, Daniel von BREVERN, in Business Law Magazine, “HR does not always fly below the radar. Recent developments show human resources professionals should be aware of the key principles of antitrust law”, 27.02.2019, disponível [aqui](#). Vide Case 1:10-cv-02220-RBW, U.S. District Court for the District of Columbia, “U.S. V. Lucasfilm Ltd.” (03.06.2011), “Competitive Impact Assessment”, disponível [aqui](#), e “Final Judgement”, disponível [aqui](#). Vide Case No. 12-CV-05869-EJD-PSG, U.S. District Court for the Northern District of California San Jose Division, “U.S. v. eBay, Inc.” (02.09.2014), “Competitive Impact Assessment”, disponível [aqui](#) e “Final Judgement”, disponível [aqui](#).

⁷⁵ Vide Case 1:18-cv-00747-CKK, U.S. District Court for the District of Columbia, “U.S. v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation” (11.07.2018), “Competitive Impact Assessment”, disponível [aqui](#), e “Final Judgement”, disponível [aqui](#).

⁷⁶ Vide, Autorité de la Concurrence : «*Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients*» (19.10.2017), disponível [aqui](#); e Comunicado de imprensa, disponível [aqui](#). Vide “*Competition Issues in Labour Markets - Note by Croatia*” (2019), OECD roundtable, v. CCA vs. Gemicro d.o.o., Zagreb, disponível [aqui](#); vide, ainda, página da CCA, disponível [aqui](#).

- **No setor dos transportes**, com acordos de não-angariação de funcionários das empresas transitárias de mercadorias⁷⁷.
- **No setor da educação**, com acordos de não-angariação de professores de universidades⁷⁸.
- **No setor dos cabeleireiros**, com acordos de não-angariação envolvendo empregados de empresas ativas na venda de produtos para cabeleireiros profissionais⁷⁹.

Note-se, ainda, **no setor do desporto**, que a AdC adotou, recentemente, uma Nota de Ilícitude (acusação), enquanto prática restritiva da concorrência, por um acordo de não-contratação de trabalhadores⁸⁰. A AdC já havia imposto medidas cautelares relativamente a este caso, envolvendo um acordo de não-contratação de futebolistas profissionais, em maio de 2020⁸¹.

Estas práticas restritivas da concorrência são também transversais a todo o tipo de trabalhadores. Tanto podem versar sobre trabalhadores de topo/de gestão, como sobre trabalhadores altamente especializados e, bem assim, sobre trabalhadores sem especialização.

2.2.1.1. Experiência decisória em Portugal

Em 13 de abril de 2021, a AdC emitiu, pela primeira vez, uma Nota de Ilícitude (acusação), por um acordo de não-contratação de trabalhadores, enquanto prática restritiva da concorrência, tendo como visada a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) e 31 empresas desportivas (clubes) participantes na edição de 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional⁸². O processo foi aberto pela AdC, em maio de 2020. A AdC impôs, no imediato, uma medida cautelar à LPFP no sentido da suspensão imediata da deliberação que impede a contratação pelos clubes da Primeira e Segunda Ligas de futebolistas que rescindam de forma unilateral o contrato de trabalho por razões relacionadas com a pandemia do COVID-19. A medida cautelar impõe-se perante o potencial impacto grave e irreparável de uma prática suscetível de lesar as regras da concorrência⁸³.

2.2.1.2. Experiência decisória de autoridades de concorrência dos EM da UE

Em alguns EM da UE, a (in)compatibilidade dos acordos de não-contratação com as regras do direito da concorrência foi constatada, no contexto de cartéis, enquanto uma das vertentes da estratégia colusiva^{84,85}.

Estes casos foram considerados como violações por objeto, e como tal, proibidos pelas legislações nacionais de concorrência e, também, pelo artigo 101.º do TFUE. A título ilustrativo, referem-se os casos apreciados pelas autoridades nacionais da concorrência de França e

⁷⁷ Vide Comunicado da UE, “Spain: Competition Authority (CNC) imposes Fines on Freight Forwarding Cartel”, disponível [aqui](#); “Resolución (EXPTE. S/0120/08, Transitarios) - Clemencia, Existencia de práctica prohibida” (31.07.2010), disponível [aqui](#).

⁷⁸ Vide, Case Civil No. 1:15-cv-462, U.S. District Court for the District of Middle District of North Carolina, “U.S. v. Duke University, et al.”, “Final Judgement” (25.11.2019), disponível [aqui](#), e “Statement of Interest of the US” (07.03.2019), disponível [aqui](#).

⁷⁹ Vide, Comisión Nacional de la Competencia, “Resolución (EXPTE. S/0086/08, Peluquería Profesional) - Clemencia, Existencia de práctica prohibida” (02.03.2011), disponível [aqui](#).

⁸⁰ Ver o [Comunicado](#) da AdC “AdC acusa pela primeira vez entidades de acordo anticoncorrencial no mercado laboral”, de 15 de abril de 2021.

⁸¹ Vide [Comunicado](#) da AdC “Covid – 19: AdC impõe medida cautelar à Liga Portuguesa de Futebol que suspende deliberação concertada de impedir contratação de futebolistas”, de 26 de maio de 2020.

⁸² Ver o [Comunicado](#) da AdC “AdC acusa pela primeira vez entidades de acordo anticoncorrencial no mercado laboral”, de 15 de abril de 2021.

⁸³ Vide [Comunicado](#) da AdC, de 26 de maio de 2020.

⁸⁴ Vide OECD (2020).

⁸⁵ Em sentido concordante, entre outros, vide Gürkaynak et al. (2013).

Espanha. Nos Países Baixos, um tribunal nacional apreciou um acordo de não-contratação enquanto acordo horizontal restritivo da concorrência.

A Caixa 3 inclui ainda referência a um processo apreciado pela autoridade da concorrência da Croácia, na medida em que os contratos analisados no processo incluíam uma cláusula de não-angariação. Nota-se, todavia, que o processo se refere a um alegado abuso de posição dominante.

Caixa 3. Alguns precedentes decisórios de *no-poach* de autoridades da concorrência na UE

França: Cartel no setor dos revestimentos de chão em PVC e linóleo (2017)⁸⁶

Em França, em 18 de outubro de 2017, a autoridade da concorrência francesa (*Autorité de la Concurrence*), condenou um conjunto de empresas (dos grupos Forbo, Gerflor, Tarkett, Midfloor, Topfloor), e um sindicato do setor (SFEC), por práticas restritivas da concorrência, num processo envolvendo um cartel no setor dos revestimentos de chão em PVC e linóleo.

O cartel envolvia múltiplos acordos e práticas concertadas, restritivos da concorrência, envolvendo, entre outros, um acordo de fixação de preços. As empresas pactuaram também numa série de questões específicas relativas à sua gestão interna, nomeadamente nas estratégias a adotar em relação a determinados clientes ou concorrentes, na política de recrutamento, na organização de vendas ou amostras de novos produtos. Estas práticas constituíram uma infração complexa e continuada, na medida em que todas visavam um único objetivo anticoncorrencial, o de reduzir ou eliminar a incerteza do comportamento comercial das empresas em causa, no mercado francês.

O acordo de não-angariação foi estabelecido por via de um acordo de cavalheiros, que envolvia a não contratação mútua de trabalhadores. Entre outros, foi considerado que o acordo de não-angariação contribuiu para a eliminação da incerteza comercial entre as concorrentes sobre a política de recrutamento. A *Autorité de la Concurrence* refere ainda o impacto causado nos trabalhadores, em termos de perda de oportunidades profissionais.

O cartel foi considerado como uma violação por objeto, proibido pela legislação nacional de concorrência (*vide* art. L. 420-1, do *Code de Commerce*) e, também, pelo artigo 101.º do TFUE.

Espanha: Cartel entre 8 empresas transitárias de mercadorias (2010)⁸⁷

Em 31 de julho de 2010, a autoridade da concorrência espanhola, à data, a CNC (atual "*Comisión Nacional de Mercados y Competencia*", CNMC), adotou uma decisão de condenação contra oito empresas do setor transitário de mercadorias⁸⁸.

Estava em causa uma prática concertada, pela qual estas empresas mantiveram contactos para coordenar vários aspetos da sua estratégia no mercado, nomeadamente, no que dizia respeito à repercussão de custos e atualização de preços dos produtos/serviços vendidos a jusante, bem como à contratação de novos funcionários. A este respeito, existia entre os membros do cartel um pacto de não-angariação, que consistia na não angariação e contratação de trabalhadores umas das outras. Por via deste pacto, as empresas que quisessem contratar trabalhadores de outros membros do cartel estavam obrigadas a contactar previamente os corpos gerentes do respetivo empregador para obter o seu prévio consentimento. O acordo de não-angariação foi, assim, apreciado como uma das vertentes de um cartel.

Segundo a Decisão de Condenação da CNC, este acordo de não-angariação resultou em danos para os trabalhadores e para a concorrência:

⁸⁶ *Vide*, *Autorité de la Concurrence* : «*Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients*» (19.10.2017), disponível [aqui](#); e Comunicado de imprensa, disponível [aqui](#).

⁸⁷ *Vide* Comunicado da UE, "*Spain: Competition Authority (CNC) imposes Fines on Freight Forwarding Cartel*", disponível [aqui](#); "*Resolución (EXPTE. S/0120/08, Transitarios) - Clemencia, Existencia de práctica prohibida*" (31.07.2010), disponível [aqui](#).

⁸⁸Empresas dos grupos ABX Logistics España, DHL Express Barcelona, Deutsche Post AG, Rhenus Logistics, Salvat Logística, SPAIN-TIR Transportes Internacionales, Transnatur e Transportes Internacionales INTER-TIR

“A contratação de trabalhadores é um parâmetro de concorrência entre empresas, também na indústria dos transitários, dado que o fator trabalho não deixa de ser um input para a atividade empresarial, e o acordo tem por objeto e efeito reduzir a concorrência entre as empresas cartelizadas na aquisição desse input. Por outro lado, e como se refere acima, é necessário ter em consideração que este acordo também é apto a afetar as condições do referido input de modo a prejudicar os trabalhadores.”⁸⁹ (tradução nossa).

“O risco de que um concorrente possa angariar os trabalhadores de outra empresa confere-lhes maior poder de negociação e a possibilidade de exigir uma remuneração mais atrativa e adequada à procura por aquele trabalhador no mercado. Se se acorda a sua não contratação ou que a mesma não possa ocorrer sem consentimento, os trabalhadores perdem a capacidade de negociação, o que afeta sua remuneração.”⁹⁰ (tradução nossa).

A Decisão de Condenação da CNC considera que: (i) os trabalhadores foram lesados na medida em que a diminuição do seu poder negocial conduziu a uma redução da sua remuneração; e (ii) o dano na concorrência decorre do facto de a contratação de trabalhadores constituir um parâmetro de concorrência entre empresas no mercado do trabalho. Entre vários outros aspetos, foi considerado que o acordo de não-angariação contribuiu para efeitos de eliminação da incerteza comercial entre as empresas concorrentes no que diz respeito à política de recrutamento.

O cartel foi considerado como uma violação por objeto, proibido pela legislação nacional de concorrência (*vide* art. 1.º da *Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia*) e pelo artigo 101.º do TFUE.

Espanha: Cartel na venda de produtos para cabeleireiros profissionais (2011)⁹¹

Em 2 de março de 2011, a autoridade da concorrência espanhola, à data, a CNC, adotou uma decisão de condenação, contra oito empresas fabricantes de produtos cosméticos para cabeleireiros profissionais⁹², por terem formado um cartel.

O cartel envolvia (i) a troca de informação comercial sensível atual e futura, nomeadamente sobre os salários das suas equipas de vendas (fixo e variável), comissões e subsídios de despesas diárias para cada funcionário e número de funcionários (equipas de vendas); e (ii) um acordo de não angariação e contratação de trabalhadores (equipas de vendas) umas das outras, sem prévio consentimento. O acordo de não-angariação não foi, assim, apreciado de forma autónoma, mas avaliado no contexto de um cartel mais vasto.

⁸⁹ Cfr. p. 93 da Decisão de Condenação da CNC.

⁹⁰ Cfr. p. 92 da Decisão de Condenação da CNC.

⁹¹ *Vide, Comisión Nacional de la Competencia, “Resolución (EXPTE. S/0086/08, Peluquería Profesional) - Clemencia, Existencia de práctica prohibida”* (02.03.2011), disponível [aqui](#).

⁹² L’Oréal, Wella, Colomer Group, Eugène Perma, Montibello, Lendan, Henkel, DSP.

O cartel foi considerado como uma violação por objeto, proibido pela legislação nacional de concorrência (*vide* art. 1.º da *Ley 15/2007*, de *Defensa de la Competencia*).

Croácia: CCA vs. Gemicro d.o.o., Zagreb (2015)⁹³

Em 2014, a autoridade da concorrência da Croácia (“*Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja*” ou “*CCA*”) abriu um processo contra a Gemicro, uma empresa ativa na prestação de suporte informático especializado a empresas de *leasing* e outras formas de financiamento, por abuso de posição dominante.

O processo teve início com base numa denúncia, segundo a qual a Gemicro condicionaria a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares pelos usuários dos seus serviços. A CCA analisou os contratos entre a Gemicro e as empresas de *leasing*, tendo concluído que esses contratos continham uma cláusula que impedia a contratação de ex-funcionários da Gemicro, que agora trabalhassem em empresas concorrentes, durante todo o período de vida do acordo.

Em 2015, a Gemicro comprometeu-se a eliminar tal cláusula dos contratos em vigor e a não a incluir em futuros contratos. A CCA considerou os compromissos suficientes para remover os efeitos anticoncorrenciais e reestabelecer a concorrência, tendo encerrado o procedimento.

A cláusula contratual em causa foi considerada como potencialmente restritiva do regime jurídico da concorrência nacional, no contexto de um abuso de posição dominante (*vide* art. 13.º, da lei da concorrência nacional da Croácia).

Países Baixos: Acordo entre 15 hospitais Holandeses (2010)⁹⁴

Em 5 de abril de 2010, um Tribunal de Recurso Cível Holandês (“*Gerechtshof's-Hertogenbosch*”) apreciou um acordo entre 15 hospitais nas províncias de Zeeland, Noord-Brabant e Limburg, denominado Convénio “*Working together, training together*”, contendo disposições quanto a formação e a condições de emprego, relativamente a médicos anestesiologistas e a assistentes de operação.

O acordo foi desenhado no contexto de formação conjunta a ser ministrada e incluía uma cláusula de não-angariação e outra de fixação de salários:

- Uma cláusula de não-angariação: os hospitais acordaram em não contratar um funcionário que deixasse a sua posição atual para ir trabalhar através de uma agência de trabalho, por um período de pelo menos 12 meses após este ter deixado o emprego atual.

O tribunal considerou plausível que o objeto do acordo não fosse o da restrição da concorrência, mas que teve esse efeito, uma vez que os anestesiologistas viram as suas oportunidades de trabalhar para outros hospitais substancialmente limitadas (*vide* Art. 6, da lei da concorrência holandesa).

- Uma cláusula de fixação de salários: os hospitais acordaram na fixação de uma percentagem máxima no caso de pagamento de horas extras, aos funcionários, de até 75% do salário por hora.

O tribunal considerou que este acordo constituía uma violação por objeto, proibido pela legislação nacional de concorrência, uma vez que os anestesiologistas viram os seus salários substancialmente limitados (*vide* Art. 6, da lei da concorrência holandesa).

2.2.1.3. A experiência decisória da CE relativa a acordos horizontais de repartição de mercados e fontes de abastecimento

Os acordos de não-angariação obstam a um comportamento independente das empresas na aquisição do *input* trabalho, sendo suscetíveis de violar as disposições nacionais da

⁹³ *Vide* “*Competition Issues in Labour Markets - Note by Croatia*” (2019), OECD roundtable, v. *CCA vs. Gemicro d.o.o., Zagreb*, disponível [aqui](#). *Vide*, ainda, página da CCA, disponível [aqui](#).

⁹⁴ *Vide*, Dutch of Court of Appeal: LJN: BM3366 (Dutch Court of Appeal, Court of Gerechtshof's - Hertogenbosch) HD 200,056,331, 05.04.2010, disponível [aqui](#), LJN: BM3366 (Court of Gerechtshof's - Hertogenbosch) HD 200,056,331, 05.04.2010 (NL), disponível [aqui](#); Comunicado de imprensa “*Ziekenhuizen dienen convenant gedeeltelijk op te schorten - Banning N.V.*”, Hof Den Bosch 4 mei 2010, LJN BM3366, disponível [aqui](#); Act of 22 May 1997, “*Providing New Rules for Economic Competition*” (Dutch Competition Act), disponível [aqui](#).

concorrência dos EM da EU, assim como, em Portugal, do artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, do artigo 101.º do TFUE.

Ainda que não incidindo especificamente sobre a contratação de trabalhadores e as suas condições remuneratórias, é vasta a prática decisória da CE relativa a práticas anticoncorrenciais, por fixação de preços de compra de *inputs* e repartição de fontes de abastecimento. Destaca-se, a título ilustrativo, dois precedentes da CE⁹⁵. Os dois casos respeitam a cartéis no mercado da compra e primeira transformação de uma matéria-prima (*i.e.*, de um *input*, o tabaco em rama), através dos quais as empresas acordaram em (i) fixar os preços de aquisição da matéria-prima, (ii) repartir as quantidades do *input* que seriam adquiridas, e (iii) repartir os fornecedores, restringindo a concorrência. Os processos foram apreciados como violações, por objeto, do normativo correspondente ao atual artigo 101.º do TFUE, tendo sido confirmadas pelo tribunal (*vide* Caixa 4).

Caixa 4. CE: Cartéis na aquisição de *inputs* no setor do tabaco em rama: fixação dos preços de compra de *inputs* e repartição de quantidades compradas

COMP/C.38.238/B.2 - Tabaco em rama, Espanha (2004)⁹⁶

Em 20.10.2004, a CE adotou uma decisão que respeita a duas infrações de natureza horizontal, por fixação de preços e repartição do mercado, em violação, por objeto, do atual artigo 101.º do TFUE.

Cartel das empresas de transformação - de 1996 a 2001, empresas de transformação de tabaco em rama, quer diretamente, quer através de uma associação, acordaram: (i) na **fixação do nível máximo do preço médio de entrega para cada variedade de tabaco em rama, independentemente da qualidade**; e (ii) na **repartição das quantidades** de cada variedade de tabaco em rama que cada uma das empresas de transformação podia adquirir aos produtores. As empresas de transformação pretendiam evitar que as negociações com os produtores realizadas no momento da entrega provocassem um aumento dos preços para níveis superiores aos que consideravam aceitáveis.

Cartel de produtores - de 1999 a 2001, organizações de representantes de agricultores e uma confederação de cooperativas agrárias (coletivamente designadas como representantes dos produtores), acordaram: (i) na **fixação dos intervalos de variação dos preços, por qualidade de cada variedade de tabaco em rama**; e (ii) e outras condições contratuais, sob a forma de **níveis mínimos de preços médios por produtor e por agrupamento de produtores para cada variedade de tabaco, independentemente das diversas qualidades**, que seriam subsequentemente propostos às empresas de transformação durante a negociação do contrato-tipo de cultura anual. Os níveis mínimos de preços médios por agrupamento de produtores poderiam ainda sofrer aumentos na sequência das negociações no momento da entrega.

COMP/C.38.281/B.2 - Tabaco em rama, Itália (2005)⁹⁷

Em 20.10.2005, a CE adotou uma decisão que respeita a três infrações de natureza horizontal, por fixação de preços e repartição do mercado, em violação, por objeto, do atual artigo 101.º do TFUE.

Cartel das empresas de transformação - de 1995 a 2002, empresas de transformação de tabaco em rama celebraram acordos e/ou práticas concertadas destinadas a **fixar as condições comerciais da compra de tabaco em rama em Itália (tanto nas compras diretas aos produtores como aos terceiros embaladores)**, incluindo: a) a fixação de preços comuns de compra que as empresas de transformação pagariam na entrega de tabaco e outras condições comerciais; b) a repartição de fornecedores e de quantidades; c) intercâmbio de informações para coordenar o seu comportamento em matéria de

⁹⁵ Vide Whish & Bailey (2015).

⁹⁶ Vide Decisão da CE no processo COMP/C.38.238/B.2, *Spanish Raw Tobacco*, de 20.10.2004, substancialmente confirmada em recurso, nos processos apensos C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco v. Commission* e *Commission v. Alliance One International e o.* [2012], C-240/11 P, *World Wide Tobacco España v. Commission* [2012], e tendo a ação sido retirada no processo C-537/10 P, *Deltafina SpA v. Commission* [2011].

⁹⁷ Vide Decisão da CE no processo COMP/C.38.281/B.2, *Italian Raw Tobacco*, de 20.10.2005, confirmada em recurso no processo C-578/11 P *Deltafina SpA v. Commission* [2014].

compras; d) a determinação das quantidades e preços relativamente à produção excedentária; e) a coordenação das licitações em hasta pública entre 1995 e 1998. A coordenação pelas empresas de transformação da sua conduta de compras afetou aspetos fundamentais da sua conduta concorrencial, sendo suscetível de afetar o seu comportamento em qualquer outro mercado em que concorram, incluindo nos mercados a jusante.

Outras duas infrações separadas - de 1999 a 2001 - e que consistiram: a primeira, no facto de a associação profissional das empresas de transformação de tabaco italianas fixar os preços contratuais que iria negociar, em nome dos seus membros, na celebração de acordos interprofissionais com a confederação italiana das associações de produtores de tabaco em rama. A segunda, no facto de a confederação italiana das associações de produtores de tabaco fixar os preços que iria negociar com a associação italiana das empresas de transformação de tabaco em rama, em nome dos seus membros, na celebração desses mesmos acordos.

Decorre dos precedentes decisórios da UE, que as empresas envolvidas em acordos horizontais de repartição de mercados, alocando fontes de abastecimento, têm o objetivo de prejudicar a concorrência e, como tal, são sancionadas pelo artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) e c), do TFUE.

Também as empresas envolvidas em acordos de não-angariação participam em acordos horizontais de fixação, direta ou indireta, de preços de compra e repartição de mercados, alocando fontes de abastecimento e, portanto, com o objetivo de prejudicarem a concorrência. O fator trabalho pode ser um *input* essencial a uma atividade, suscetível de ser objeto de conluio entre empresas, em prejuízo dos trabalhadores e dos consumidores.

Adicionalmente, salienta-se que a CE alerta para que o mecanismo de compra em conjunto pode ser instrumentalizado para disfarçar um cartel de compra, consubstanciando uma restrição da concorrência, por objeto, ao artigo 101.º do TFUE, *e.g.*, que envolva a fixação de preços, a limitação da produção ou a repartição dos mercados⁹⁸ (*vide* Caixa 5).

Caixa 5. CE: Mecanismo de compra em conjunto⁹⁹

De acordo com as Orientações da Comissão Europeia quanto aos mecanismos de compra em conjunto, estes mecanismos dizem respeito à compra de produtos em conjunto. Este tipo de compras pode realizar-se *“através de uma empresa controlada conjuntamente ou de uma empresa em que um grande número de empresas detém participações não maioritárias, através de um contrato ou através de formas de cooperação ainda mais flexíveis”* (mecanismos de compra em conjunto) (§ 194).

Estes mecanismos visam normalmente a criação de poder de compra, com potenciais benefícios para o consumidor via preços mais baixos ou uma melhor qualidade dos produtos/serviços.

No entanto, o poder de compra pode, por vezes, suscitar preocupações concorrenciais nos mercados de compras e/ou nos mercados de venda a jusante (*e.g.*, sob a forma de aumento dos preços, diminuição da produção e da qualidade ou diversidade dos produtos, repartição do mercado e exclusão anticoncorrencial de outros eventuais compradores).

A CE refere “não existir um limiar absoluto acima do qual se possa presumir que as partes de um mecanismo de compra em conjunto têm poder de mercado de forma que o mecanismo de compra em conjunto [seja] suscetível de dar origem a efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1. Contudo, na maior parte dos casos [será] pouco provável que exista poder de mercado se as partes no mecanismo de compra em conjunto detiverem uma quota de mercado combinada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de compra, e uma quota de mercado combinada inferior a 15 % no(s) mercado(s) de venda. De qualquer forma, se a quota de mercado combinada das partes for inferior a

⁹⁸ Vide Comissão Europeia — *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal* (JO C 11/1, 14.1.2011), §§ 205-206.

⁹⁹ Vide Comissão Europeia (2011) *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal* (JO C 11/1, 14.1.2011), §§ 194-224.

15 % no(s) mercado(s) de compra e de venda, é provável que as condições enunciadas no artigo 101.º, n.º 3, se encontrem preenchidas” (§ 208).

2.2.1.4. A experiência decisória da CE relativa a acordos horizontais que visam a angariação de trabalhadores de operadores terceiros

Um acordo relacionado com o acordo de não-angariação é um acordo entre concorrentes relativo à angariação de trabalhadores-chave de um operador terceiro, seu concorrente. Estes acordos colusivos de angariação são suscetíveis de ter impacto na concorrência. Com efeito, a contratação de trabalhadores-chave de um concorrente, se levada a cabo de forma concertada por outros operadores, com o objetivo de restringir ou eliminar a concorrência exercida por aquela empresa rival, é passível de ser contrária às regras da concorrência por encerramento ou impedimento da atividade do concorrente¹⁰⁰.

A título ilustrativo, a CE já condenou um cartel que envolvia, para além de fixação de preços e partilha de mercados, um acordo em contratar funcionários-chave de um concorrente não-membro do cartel (*vide* Caixa 6). A CE não considerou, de forma isolada, o acordo de contratar funcionários-chave. No caso concreto, tomou em consideração essas ações como parte do esquema de cartel que, em violação, por objeto, do direito europeu (*cf.* artigo 101.º do TFUE), levou a cabo para restringir ou eliminar o concorrente rival, do mercado do produto e geográfico em causa.

Caixa 6. CE: Acordo colusivo de angariação de trabalhadores de um operador terceiro

COMP IV/35.691/E.4 - Cartel dos tubos com revestimento térmico (1998)¹⁰¹

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) confirmou a decisão da CE, de 21.10.1998, contra várias empresas, pertencentes a quatro grupos empresariais, produtores dinamarqueses de tubos com revestimento térmico, por fixação de preços e repartição do mercado, em violação, por objeto, do atual artigo 101.º do TFUE.

Segundo a decisão da CE, foi concluído um conjunto de acordos e de práticas concertadas, desde finais de 1990, entre os produtores dinamarqueses de tubos de aquecimento urbano, segundo um princípio de cooperação no mercado nacional dinamarquês. Este conjunto de acordos e práticas concertadas foi posteriormente alargado a outros mercados nacionais, abrangendo o Mercado Comum, visando a **partilha de mercados e a fixação de preços**.

Em particular, visaram: (i) a repartição entre os produtores dos diferentes mercados nacionais e do mercado europeu, através de um sistema de quotas; (ii) a organização da exclusão dos outros produtores destes mercados; (iii) a fixação dos preços dos produtos e a manipulação dos processos de concursos; e (iv) a criação de entraves à *Powerpipe AB*, única empresa importante que não fazia parte do cartel. As quotas teriam sido atribuídas a cada uma das empresas pelo “*clube dos diretores*” (composto pelos presidentes ou diretores-gerais das empresas participantes no cartel), tanto a nível europeu como nacional.

A CE tomou em consideração as circunstâncias da contratação do diretor-geral e de outros funcionários-chave da empresa concorrente, a *Powerpipe AB*. Estas contratações foram feitas através da oferta de salários e condições que, aparentemente, eram excecionais no negócio e atento o facto de ser compartilhado, entre as empresas do acordo, o custo do salário pago a esses funcionários. A CE tomou em consideração os objetivos prosseguidos: obter informações internas sobre o rival e prejudicar os negócios do concorrente através de um efeito adverso sobre os seus clientes.

¹⁰⁰ Alguns autores defendem que esta tipologia de acordos pode ser denominada como “*agreements of collusive poaching*” distintos dos “*agreements among competitors not to solicit each other's employees*” (*vide* Gürkaynak et al., 2013).

¹⁰¹ *Vide* Decisão da CE, de 21.10.1998, relativa a um processo de aplicação do artigo [atual 101.º] do Tratado [atual TFUE], no Processo COMP IV/35.691/E.4, “*Cartel dos tubos com revestimento térmico*”, JO L 24, 30.01.1999, pp. 1-70; Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28.06.2005, nos Processos Apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P, e C-213/02 P.

O acórdão do TJUE destaca que a decisão da CE descreve como um dos elementos do cartel, designadamente “a adoção e a execução de medidas concertadas destinadas a eliminar a única empresa importante que dele não fazia parte, a Powerpipe. Determinados participantes no cartel recrutaram “funcionários-chave” da Powerpipe e deram a entender a esta empresa que se devia retirar do mercado alemão.” (vide § 22 do acórdão).

A decisão de condenação da Comissão foi confirmada, pelo TJUE, num conjunto de processos apensos.

2.2.1.5. A experiência decisória das autoridades de concorrência nos EUA

São vários os precedentes decisórios, do outro lado do Atlântico, que sancionaram comportamentos das empresas, enquanto empregadoras, por terem celebrado acordos de não-angariação, acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração de trabalhadores (cfr. capítulo 3).

O conjunto de precedentes decisórios na jurisdição norte-americana contribuiu para a adoção conjunta pelo DOJ e pela FTC, em outubro de 2016, de um documento denominado “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”¹⁰². Este documento consiste num mecanismo de *advocacy*, contendo orientações no que respeita à avaliação de determinadas práticas levadas a cabo na contratação de recursos humanos potencialmente violadoras do direito da concorrência norte-americano, e, como tal passíveis de serem sancionadas. Este documento refere que:

- **Os acordos entre empregadores de não-angariação de trabalhadores e de fixação de salários ou outras formas de remuneração de trabalhadores são considerados como acordos anticoncorrenciais**, tendo por objeto a violação *per se* das regras da concorrência, não sendo necessário demonstrar quaisquer efeitos anticoncorrenciais, em violação da *Section 1* do *Sherman Act*.
- **Os empregadores são considerados compradores concorrentes no mercado de trabalho e os trabalhadores são considerados vendedores do *input* trabalho**. É irrelevante que as empresas empregadoras em causa sejam ou não concorrentes no mercado a jusante, sendo antes decisivo que as empresas empregadoras concorram pelos mesmos trabalhadores.
- **Os acordos de não-angariação são passíveis de eliminar a concorrência da mesma forma que os acordos de segmentação de mercados ou de alocação de clientes**. Assim, quando os empregadores acordam em não angariar os trabalhadores uns dos outros, o dano infligido aos trabalhadores é considerado análogo ao dano causado por acordos de segmentação de mercados ou de alocação de clientes.
- **Os acordos de fixação de salários são passíveis de eliminar a concorrência da mesma forma que os acordos de fixação de preços**.

O DOJ e a FTC referem ainda que, a partir de outubro de 2016, os acordos de não-angariação e de fixação de salários passaram a ser também passíveis de sanções criminais, e não apenas de sanções civis, como até então, enquanto medida de “*public enforcement*”, por violação da *Section 1* do *Sherman Act*.¹⁰³ Note-se que estes acordos podem, também, ser objeto de ações cíveis de indemnização intentadas por lesados através do “*private enforcement*” (e.g., pelo trabalhador ou outro terceiro lesado), com fundamento na *Section 4* do *Clayton Act*.

Identificam-se, na Caixa 7, seis precedentes decisórios da jurisdição norte-americana.

Os primeiros quatro precedentes, na Caixa 7, respeitam a ações cíveis interpostas pelo DOJ. Esta autoridade considerou que os acordos de não-angariação em causa eram alegadamente ilícitos e violavam *per se* a *Section 1* do *Sherman Act*, na medida em que não eram necessários,

¹⁰² Vide DOJ/FTC (2016).

¹⁰³ DOJ/FTC (2016).

como acordos acessórios, a nenhuma transação societária ou concentração (por isso, designados de “*naked no poach*”)^{104,105}. Nas decisões em causa foi claramente identificado que os acordos de não-angariação no mercado de trabalho não devem ser tratados de forma diferente de outros mercados de *inputs* no âmbito da política de concorrência. Adicionalmente, das decisões resulta que os acordos de não-angariação devem ser considerados como acordos análogos a acordos de repartição de mercado ilegais *per se*.

O quinto precedente na Caixa 7 respeita a uma ação coletiva cível¹⁰⁶, à qual o DOJ juntou uma declaração de interesse¹⁰⁷ ao processo de litigância privada. Já o sexto precedente respeita à primeira acusação criminal do DOJ, colocando em prática as orientações “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”, adotadas em 2016, no que concerne aos acordos de não-angariação.

Caixa 7. EUA: Alguns precedentes decisórios relativos a acordos de não-angariação nos EUA

Em todos estes casos em que o DOJ intentou uma ação cível, concluiu que o efeito desses acordos de não-angariação foi o de reduzir a concorrência entre as empresas por funcionários qualificados, privando o acesso a melhores oportunidades de emprego aos funcionários afetados e interferindo no funcionamento adequado do mecanismo de fixação de salários que, de outra forma, teria prevalecido.

***U.S. v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar (2011)*¹⁰⁸**

Em 24 de setembro de 2010, o DOJ intentou uma ação cível contra as empresas Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar, por alegada violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.

As empresas estabeleceram cinco acordos bilaterais de *no-poach* pelos quais se comprometeram a não solicitar os trabalhadores umas das outras. Os acordos foram celebrados entre (i) a Apple e a Google, (ii) a Apple e a Adobe, (iii) a Apple e a Pixar, (iv) a Google e a Intel, e (v) a Google e a Intuit. Esses acordos, substancialmente semelhantes, restringiam a concorrência pelos trabalhadores, proibindo comunicações não solicitadas dirigidas aos funcionários umas das outras (“*no cold calls of employees*”). À exceção do acordo entre a Google e a Intuit, que apenas proibia a Google de contactar funcionários da Intuit, os restantes cobriam todos os funcionários de ambas as partes do acordo. Em 17 de março de 2011, a decisão judicial resultou num “*consent judgement*”¹⁰⁹.

***U.S. v. Lucasfilm Ltd. (2011)*¹¹⁰**

Em 21 de dezembro de 2010, o DOJ intentou uma ação cível contra a Lucasfilm, por ter celebrado um acordo de *no-poach* com a Pixar, em alegada violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*. O acordo em causa era complexo, envolvendo uma “*naked restraint*” e não tendo a restrição sido considerada acessória e necessária a nenhuma transação.

Os estúdios de animação digital acordaram em não angariar mutuamente trabalhadores, em particular: ausência de comunicações com os trabalhadores da outra empresa que não se tivessem candidatado a um processo de recrutamento (i.e., “*do not cold call agreements*”); notificação entre as empresas, sempre que fizessem uma oferta de emprego a um trabalhador da outra; ausência de contrapropostas

¹⁰⁴ Em sentido concordante, veja-se Gürkaynak et al. (2013) e OECD (2020, 2019).

¹⁰⁵ Vide secção 2.4 para mais informação sobre cláusulas de não-angariação de trabalhadores no contexto de uma operação de concentração.

¹⁰⁶ No termo jurídico anglófono denominado de “*class action*”.

¹⁰⁷ No termo jurídico anglófono denominado de “*statement of interest*”.

¹⁰⁸ Vide Case No. 1:10-cv-01629, U.S. District Court for the District of Columbia, “*U.S. v. Adobe Systems, Inc. et Al.*” (17.03.2011), “*Competitive Impact Assessment*”, disponível [aqui](#) e “*Final Judgement*”, disponível [aqui](#). Ver, ainda, Daniel von BREVERN, in Business Law Magazine, “*HR does not always fly below the radar. Recent developments show human resources professionals should be aware of the key principles of antitrust law*”, 27.02.2019, disponível [aqui](#); DOJ/FTC (2016), “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”.

¹⁰⁹ I.e., sem reconhecimento dos factos ou do direito imputados, tendo sido estabelecidos compromissos a cumprir pelas empresas visadas, designadamente, no sentido de eliminarem as condutas ilícitas.

¹¹⁰ Vide Case 1:10-cv-02220-RBW, U.S. District Court for the District of Columbia, “*U.S. V. Lucasfilm Ltd.*” (03.06.2011), “*Competitive Impact Assessment*”, disponível [aqui](#), e “*Final Judgement*”, disponível [aqui](#).

acima da oferta inicial, no caso de uma das empresas oferecer um cargo a um trabalhador da outra empresa; e, envolvendo todos os funcionários das empresas em causa, independentemente da região geográfica onde atuasse ou posição do colaborador.

O DOJ alegou que o efeito do acordo foi o de interromper as forças concorrenciais do mercado para atrair funcionários de animação digital altamente qualificados e outros funcionários abrangidos pelo acordo. Em 3 de junho de 2011, a decisão judicial resultou num “*consent judgement*”.

U.S. v. eBay, Inc. (2014)¹¹¹

Em 16 de novembro de 2012, o DOJ intentou uma ação cível contra a eBay, por ter celebrado um acordo de *no-poach* com a Intuit, em alegada violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*. As duas empresas concordaram em não recrutar funcionários uma da outra e a eBay concordou em não contratar funcionários da Intuit. O DOJ alegou que o acordo remontava a 2006, e que havia reduzido a concorrência por funcionários técnicos altamente qualificados. Em 2 de setembro de 2014, a decisão judicial resultou num “*consent judgement*”.

U.S. v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation (2018)¹¹²

Em 3 de abril de 2018, o DOJ intentou uma ação cível, alegando que a Knorr e a Wabtec estabeleceram um conjunto de acordos de não-angariação: não solicitar e não contratar funcionários uns dos outros, sem prévia autorização, em violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.

Segundo o DOJ, as empresas em causa eram fornecedores mundiais de equipamentos ferroviários e os principais rivais no desenvolvimento, fabrico e venda de equipamentos usados em aplicações ferroviárias de carga e de passageiros. Porém, estas empresas decidiram não concorrer entre si na contratação de funcionários qualificados.

O DOJ alegou que os acordos de não-angariação da Knorr e da Wabtec não eram razoavelmente necessários para qualquer transação comercial legítima ou colaboração entre as empresas. Em 11 de julho de 2018, a decisão judicial resultou num “*consent judgement*”.

Danielle Seaman v. Duke University et al. (2019) – Declaração de Interesse do DOJ¹¹³

Em junho de 2015, Danielle Seaman, professora assistente da Faculdade de Medicina, na *Duke University*, intentou uma ação coletiva em tribunal (“*class action*”), alegando a existência de um acordo de *no-poach* entre duas faculdades de Medicina dos EUA, a *Duke University* e a *University of North Carolina*, através do qual alegadamente tinham acordado em não contratar professores uma da outra. Estes acordos seriam passíveis de violar *per se* a *Section 1* do *Sherman Act*.

A professora alegou ter manifestado interesse em trabalhar para a *University of North Carolina* quando tomou conhecimento da existência de um acordo de não contratação, entre as duas universidades. A professora invocou que o acordo teve por efeito a redução da concorrência para professores universitários de medicina, e desse modo, a supressão na mobilidade dos professores e impacto ao nível dos salários.

Em 7 de março de 2019, o DOJ, através de uma Declaração de Interesse junta ao processo de litigância privada, alegou, junto do tribunal, que o acordo deveria ser avaliado à luz das *Guidelines* do DOJ/FTC, por estar em causa um acordo de *no-poach*, passível de violar *per se* a *Section 1* do *Sherman Act*. O DOJ reafirmou o seu entendimento de que os acordos de não-angariação no mercado de trabalho não devem ser tratados de forma diferente de outros mercados de *inputs* no âmbito da política de

¹¹¹ Vide Case No. 12-CV-05869-EJD-PSG, U.S. District Court for the Northern District of California San Jose Division, “*U.S. v. eBay, Inc.*” (02.09.2014), “*Competitive Impact Assessment*”, disponível [aqui](#) e “*Final Judgement*”, disponível [aqui](#).

¹¹² Vide Case 1:18-cv-00747-CKK, U.S. District Court for the District of Columbia, “*U.S. v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation*” (11.07.2018), “*Competitive Impact Assessment*”, disponível [aqui](#), e “*Final Judgement*”, disponível [aqui](#).

¹¹³ Vide, Case Civil No. 1:15-cv-462, U.S. District Court for the District of Middle District of North Carolina, “*U.S. v. Duke University, et al.*”, “*Final Judgement*” (25.11.2019), disponível [aqui](#), e “*Statement of Interest of the US*” (07.03.2019), disponível [aqui](#).

concorrência. Adicionalmente, argumentou que os acordos de não-angariação devem ser considerados *per se* ilegais da mesma forma que os acordos análogos de repartição de clientes ou de mercados.

Em 25 de novembro de 2019, a decisão final do tribunal resultou num “*settlement agreement*”, tendo sido acordado o pagamento de um montante indemnizatório à requerente e a proibição da *Duke University* de entrar, manter ou fazer cumprir acordos ilegais de *no-poach*.

U.S. v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC (2021) - Acusação Criminal do DOJ¹¹⁴

Em 5 de janeiro de 2021, o DOJ acusou criminalmente a empresa *Surgical Care Affiliates, LLC* (SCA), de acordar com outras duas empresas, separadamente, em suprimir a concorrência entre si pelos serviços de funcionários de nível sénior, comprometendo-se a não solicitar tais funcionários umas das outras, em violação criminal *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.

As três empresas atuavam no setor da saúde, no qual possuíam e operavam instalações de atendimento médico ambulatorial, nos EUA.

Ambos os acordos foram refletidos em documentos que continham declarações como:

"Chegamos a um acordo de que não abordariamos de maneira proactiva os trabalhadores [executivos séniores] uns aos outros."; "[à luz do] acordo verbal com a SCA [Surgical Care Affiliates, LLC], para não roubar os seus [trabalhadores]"; "Alguém me ligou para sugerir que eles procurassem o vosso sénior de desenvolvimento de negócios para obter o nosso lugar correspondente. Eu expliquei que não faço recrutamento proactivo nas vossas fileiras."; "[A SCA não pode recrutar na outra empresa] a menos que os candidatos tenham recebido permissão explícita dos seus empregadores para que possam ser considerados para trabalhar connosco." (tradução nossa).

Este é o primeiro caso de acusação criminal, pelo DOJ, tendo por base acordos de não-angariação, após a adoção das *Guidelines do DOJ/FTC "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals"*, de 2016. Aguarda conclusão jurisprudencial do processo criminal.

2.3. Acordos de não-angariação no âmbito de cadeias de franquia

Os acordos de não-angariação e de fixação de salários considerados *supra* são de natureza horizontal, sendo celebrados entre concorrentes independentes entre si. Contudo, a existência de cláusulas de não-angariação já se verificou no contexto de cadeias de franquia, quando verticalmente impostos pelo franqueador ao(s) franqueado(s) que produzirão a mesma marca¹¹⁵. Estes acordos têm uma natureza vertical dado que são impostos pelo franqueador ao franqueado. Recente apreciação deste tipo de cláusulas leva a suscitar a interpretação de que possam eventualmente, também, ter uma natureza horizontal na medida em que os franqueados concorram entre si, pelo *input* trabalho e pelos clientes, ainda que sejam verticalmente controlados por uma mesma entidade¹¹⁶.

Nos EUA, foram intentadas várias ações coletivas cíveis, junto dos tribunais, por trabalhadores de franqueados de várias cadeias de franquia, quer da indústria de *fast-food*, quer de outras indústrias. Sem prejuízo de uma análise mais detalhada desses precedentes, que se fará de seguida, desde já se sinaliza a alegação comum a todos eles: a de que cláusulas de não-angariação no âmbito de uma mesma marca de franquia (*i.e.*, intra-marca), restringe a mobilidade desses trabalhadores, assim como a possibilidade de obterem melhores condições e remunerações de trabalho.

¹¹⁴ Vide [Indictment, United States v. Surgical Care Affiliates, LLC, et al.](#), U.S. District Court for the Northern District of Texas Dallas Division, No. 3-21-cr-00011 (05.01.2021); [Press Release](#) (07.01.2021).

¹¹⁵ Note-se que algumas cadeias de franquia detêm mais do que uma marca (*e.g.*, a Yum! Brands, Inc., de acordo com [informação disponível no seu sítio de internet](#) acessido a 15.01.2021, controla e opera as marcas KFC, Taco Bell, Pizza Hut e Habit Burger Grill). Neste contexto, uma cláusula de *no-poach* no âmbito de uma cadeia de franquia poderia abranger diferentes marcas de uma mesma cadeia de franquia.

¹¹⁶ Vide OECD (2020) e Durrance (2020).

Com efeito, a prevalência de cláusulas que restringem a política de recrutamento no contexto de contratos de franquia é significativa¹¹⁷, sendo mais frequente em setores com elevada rotação de trabalhadores. Um estudo¹¹⁸ que analisou contratos de franquia de um conjunto de 156 cadeias de franquia nos EUA, identificou a existência de cláusulas restritivas em termos da política de recrutamento de trabalhadores em cerca de 58% desses contratos. Estas cláusulas são mais frequentes em setores com elevada rotação, como seja a indústria de *fast-food*. O mesmo estudo identificou que a prevalência deste tipo de cláusulas nos EUA aumentou de 35,6% em 1996 para 53,3% em 2016.

Mais recentemente, nos EUA, têm decorrido negociações entre as empresas e Procuradores-Gerais (“*Attorney General*”) de vários Estados norte-americanos, no sentido de assegurar que as empresas têm eliminado este tipo de cláusulas de não-angariação. Neste contexto, já foram celebrados vários acordos (“*settlement agreements*”) conforme descrito na Caixa *infra*.

Caixa 8. EUA: Acordos alcançados pelos Procuradores-Gerais com empresas relativos à eliminação de cláusulas de *no-poach* no âmbito de franquia

Os Procuradores-Gerais de vários Estados norte-americanos têm vindo a defender que as cláusulas de não-angariação no contexto de franquia violam *per se* a *Section 1* do *Sherman Act*. Nesse contexto, destacam que tais acordos de não-angariação têm consequências negativas para os trabalhadores, nomeadamente, restringindo a sua mobilidade e efeitos adversos nas condições salariais. Destacam-se os seguintes desenvolvimentos a este nível:

Acordos multiestatais envolvendo a indústria de *fast-food*¹¹⁹: em março de 2019, o Procurador-Geral da Califórnia anunciou que foram alcançados acordos multiestatais com quatro empresas de *fast-food* (*Arby's*, *Dunkin'*, *Five Guys* e *Little Caesars*). Estas vincularam-se: (i) a eliminar as cláusulas de não-angariação vigentes nos seus contratos de franquia; (ii) a não incluírem cláusulas de *no-poach* em novos acordos de franquia; e (iii) a não fazer cumprir as cláusulas *no-poach* nos contratos vigentes.

Campanha com resultados em várias indústrias¹²⁰: o Procurador-Geral de Washington tem liderado uma campanha com vista a eliminar cláusulas de *no-poach* em contratos de franquia. Essa campanha iniciou-se em janeiro de 2018. Em setembro de 2019, é reportado como tendo alcançado a assinatura de acordos com 85 empresas, presentes em 140 000 localidades, a nível nacional, que se vincularam às exigências *supra* referidas, no âmbito dos acordos multiestatais alcançados envolvendo a indústria de *fast-food*. Nessa data, o conjunto de acordos foi alargado a mais 10 cadeias de franquia¹²¹.

2.3.1. Efeitos dos acordos de não-angariação no âmbito da franquia

Os acordos de não-angariação no âmbito de cadeias de franquia podem resultar num reforço do poder de compra da cadeia de franquia face aos trabalhadores ao eliminar a possibilidade de trabalharem noutros franqueados da mesma cadeia. Num dado mercado local, cada franqueado disputa os trabalhadores com inúmeros outros, tanto da sua, como de outras cadeias. Cada operador enfrenta uma elasticidade da oferta de trabalho elevada, enfrentando dificuldades em recrutar trabalhadores se os remunerar abaixo da sua produtividade marginal. A existência de acordos de não-angariação entre as unidades pertencentes à mesma cadeia de franquia reforça o poder de compra desta cadeia no mercado de trabalho.

O principal argumento a favor de cláusulas de não-angariação no âmbito da franquia relaciona-se com o a sua capacidade de fornecer incentivos para investir em formação específica dos trabalhadores. A formação de um trabalhador com responsabilidades de gestão pode envolver, por exemplo, formação específica relativa ao modelo de franquia. O

¹¹⁷ A evidência é relativa aos EUA. Não se obtém informação relativamente à UE e, em particular, a Portugal.

¹¹⁸ Vide Krueger & Ashenfelter (2018).

¹¹⁹ Vide [Press Release](#) (12.03.2019).

¹²⁰ Vide [Press Release](#) (20.09.2019).

¹²¹ *I.e.*, *Abbey Carpet*, *Charley's Philly Cheesesteak*, *Floors to Go*, *Frugals*, *Gold's Gym*, *Kung Fu Tea*, *Mattress Depot*, *Mrs. Fields*, *Tan Republic* e *TCBY*.

argumento defendido pelas empresas tem sido que um determinado franqueado poderia aproveitar o investimento na formação específica de um outro franqueado da mesma marca face a um determinado trabalhador, afetando, por isso, os incentivos dos franqueados para investir em formação específica dos seus trabalhadores¹²². Nota-se, todavia, que dificilmente ocorrerá uma perda efetiva de investimento em formação específica já que o trabalhador se deslocaria para um outro franqueado da mesma marca, com funções similares¹²³.

Adicionalmente, ainda que, conceptualmente, os acordos de não-angariação possam ser um instrumento para mitigar a perda de investimento em formação específica, existirão outras formas menos restritivas de atingir o mesmo objetivo. Existem outros mecanismos de política salarial (e.g., mecanismos que consistem em condicionar a formação à permanência do trabalhador na empresa por um período de tempo adequado e previamente determinado ou políticas de retenção assentes na atribuição de prémios a trabalhadores específicos, diminuindo a probabilidade de se deslocarem para outros franqueados da mesma marca).

2.3.2. Enquadramento legal dos acordos de não-angariação no âmbito da franquia

Os acordos de não-angariação, celebrados entre empresas concorrentes no mercado do trabalho, têm sido considerados como tendo uma natureza horizontal, e sendo passíveis de violar o direito da concorrência.

Os acordos de não-angariação podem também constar de contratos de franquia, ainda que num contexto distinto. Podem, nomeadamente, constar do próprio contrato de franquia, de uma determinada marca de franquia, mediante o qual o franqueador imporá a cada um do(s) franqueado(s) que se vincule a uma cláusula de não-angariação. Esta cláusula de não-angariação, em princípio, respeitará a uma obrigação segundo a qual cada um dos franqueados, individualmente, se obrigará perante o franqueador a não angariar trabalhadores de outros franqueados ou do próprio franqueador (*i.e.*, no âmbito de franquia intra-marca).

A nível da UE, quer da CE, quer dos EM, não se conhecem, à data do presente documento, precedentes decisórios em sede de acordos de não-angariação no contexto da franquia.

Nos EUA, este tipo de acordos de não-angariação têm sido interpretados pelo DOJ como sendo passíveis de ter, em regra, uma natureza vertical, podendo violar a *Section 1* do *Sherman Act* e devendo ser avaliados à luz do *standard* da *rule of reason*. Este entendimento consta de uma Declaração de Interesse que o DOJ juntou, no âmbito de um conjunto de ações coletivas cíveis privadas, intentadas por funcionários de franqueados, relativamente a diferentes marcas de franquia.

O DOJ também já se pronunciou no sentido de os acordos de não-angariação no contexto de franquia intra-marca poderem ter uma natureza horizontal, subjacente a uma análise casuística. Fê-lo, igualmente, em sede de uma Declaração de Interesse, junta a um conjunto de ações coletivas cíveis privadas, intentadas por funcionários de franqueados. O DOJ forneceu orientações ao tribunal no sentido de que, se não forem acessórios a uma qualquer colaboração legítima e pró-competitiva, estes acordos seriam *per se* ilegais, à luz da *Section 1* do *Sherman Act*.

Estes acordos de não-angariação, no contexto de franquia, são passíveis de ter características de restrições quer verticais, quer horizontais. A este propósito salienta-se que, nos EUA, foram intentadas ações coletivas cíveis, nas quais os peticionários alegaram a existência de um acordo de “*hub-and-spoke*” entre o franqueador e os franqueados, passível de violar *per se* a *Section 1* do *Sherman Act*. O DOJ interveio também em vários desses processos, através de Declaração de

¹²² Vide, e.g., o caso *Deslandes v. McDonald’s USA, LLC et al.*, No. 17-4857 (25.06.2018), “*Complaint*” disponível [aqui](#).

¹²³ Vide Schaefer (2019); e Krueger & Posner (2018).

Interesse, fornecendo orientações ao tribunal no sentido de que, no contexto de franquia, uma tal alegação estaria provavelmente sujeita à sua análise enquanto uma restrição acessória (inerente à colaboração legítima intra-marca), avaliada segundo o *standard* da *rule of reason*.

O DOJ tem participado de forma ativa nas ações coletivas cíveis identificadas *infra*, intentadas por funcionários de franqueadas, através, nomeadamente, de Declaração de Interesse junta aos processos, fornecendo orientações ao tribunal (*vide* Caixa 10).

Nos últimos anos, são de destacar as várias ações coletivas cíveis, intentadas por funcionários de franqueadas de várias cadeias de franquia da indústria de *fast-food* e outras indústrias, devido à existência de cláusulas de não-angariação nos contratos de franquia, alegando o prejuízo sofrido, designadamente em termos da sua mobilidade e retorno salarial. Ilustra-se *infra* o conteúdo dessas cláusulas de não-angariação (*vide* Caixa *infra*).

Caixa 9. EUA: Exemplos de cláusulas de não-angariação nos contratos de franquia na indústria de *fast-food* e outras indústrias

Exemplos de processos na indústria de *fast-food*¹²⁴: (i) *Butler v. Jimmy John's Francise, LLC*; (ii) *Ion v. Pizza Hut, LLC*; (iii) *Deslandes v. McDonald's USA, LLC et al.*; (iv) *Bautista v. Carl Karcher Enters.*

Exemplo de uma cláusula de *no-poach* no contrato de franquia da cadeia de restauração *Jimmy John's*:

*“Os franqueados de Jimmy John's concordaram em não: recrutar como parceiro ou investidor/proprietário, ou contratar como funcionário, qualquer pessoa então empregada, ou que foi empregada nos doze (12) meses imediatamente anteriores, por [Jimmy John's], qualquer um dos [afiliados de Jimmy John], ou um franqueado - ou que ainda está vinculado (mesmo que tenha passado mais de 12 meses) por uma cláusula restritiva num acordo com [Jimmy John's], qualquer um dos afiliados [Jimmy John's] ou um franqueado - sem obter a permissão prévia por escrito do empregador existente ou anterior e dar a [Jimmy John's] uma cópia”*¹²⁵ (tradução nossa).

Outro exemplo encontra-se no contrato de franquia da cadeia de restauração *McDonald's*:

*“Interferência Com as Relações de Trabalho de Terceiros. Durante a vigência desta Franquia, o Franqueado não deve empregar ou procurar empregar qualquer pessoa que esteja no momento empregado pelo McDonald's, por qualquer das suas subsidiárias, ou por qualquer pessoa que esteja no momento operando um restaurante McDonald's ou de outra forma induzir, direta ou indiretamente, essa pessoa a deixar o seu emprego. Este parágrafo [...] não é violado se tal pessoa tiver deixado o seu emprego de qualquer uma das anteriores partes por um período superior a seis (6) meses”*¹²⁶ (tradução nossa).

Exemplos de processos noutras indústrias¹²⁷: e.g., (i) *Victor Fuentes v. Royal Dutch Shell PLC, et al. (Jiffy Lube)* – Manutenção automóvel/troca de óleo; (ii) *Benson v. H&R Block Inc., et al.* – Fiscalidade.

O DOJ tem intervindo em ações coletivas cíveis, apresentando Declarações de Interesse, junto aos processos, em tribunal. Tais intervenções têm permitido ao DOJ fornecer orientações aos tribunais sobre qual o *standard* de prova para a avaliação da alegada violação da *Section 1* do *Sherman Act*, por acordos de não-angariação no contexto de franquia (*i.e.*, segundo o *standard* da violação *per se* ou da avaliação segundo a *rule of reason*).

¹²⁴ *Vide Butler v. Jimmy John's Francise, LLC*, No. 18-133 (31.07.2018), “Complaint” disponível [aqui](#); *Ion v. Pizza Hut, LLC*, No. 17-788 (3.11.2017), “Complaint” disponível [aqui](#); *Deslandes v. McDonald's USA, LLC et al.*, No. 17-4857 (25.06.2018), “Complaint” disponível [aqui](#); *Bautista v. Carl Karcher Enters.*, No. BC 649777 (08.02.2017), “Complaint” disponível [aqui](#).

¹²⁵ *Vide Butler v. Jimmy John's Francise, LLC*, No. 18-133 (31.07.2018)).

¹²⁶ *Vide Deslandes v. McDonald's USA, LLC et al.*, No. 17-4857 (25.06.2018)).

¹²⁷ *Vide Victor Fuentes v. Royal Dutch Shell PLC, et al. (Jiffy Lube)*, Case No. 2:18-cv-05174 (29.11.2018), “Complaint” disponível [aqui](#); *Benson v. H&R Block Inc., et al.*, Case No. 4:19-cv-00477-ODS (25.02.2019), “Complaint” [aqui](#).

A título ilustrativo, refere-se a sua recente Declaração de Interesse relativa a três casos de acordos de não-angariação no contexto de franquia na indústria de *fast-food* (vide a Caixa 10).

Caixa 10. EUA: Entendimento do DOJ quanto a cláusulas de não-angariação no âmbito de franquia na indústria de *fast-food*

Casos *Stigar v. Dough, Inc. (Auntie Anne’s)*, *Richmond and Rogers v. Bergey Pullman (Arby’s)* e *Harris v. CJ Star (Carl’s Jr./Hardee’s)* – Declaração de interesse do DOJ¹²⁸

Em 2019, foram avaliadas pelos tribunais norte-americanos três ações coletivas cíveis, envolvendo cadeias de franquia de *fast food*, intentadas por funcionários das franqueadas, que contestaram as cláusulas de não-angariação contidas nos contratos de franquia entre o franqueador e cada franqueado. As ações coletivas alegavam a violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*, por alegado acordo de “*hub-and-spoke*” entre o franqueador e os franqueados.

As cláusulas de *no-poach* constantes dos contratos de franquia com os franqueados diziam o seguinte: “os franqueados não irão empregar [...] ou procurar empregar um funcionário [do franqueador] ou outro franqueado”¹²⁹ (tradução nossa).

Os peticionários alegaram que os réus, franqueador e franqueados, celebraram os acordos de não-angariação “com o interesse comum e a intenção de manter os custos salariais dos seus funcionários baixos, de modo a que os lucros continuassem a aumentar ou pelo menos não fossem reduzidos pelo aumento dos salários em toda a indústria.”¹³⁰ Mais afirmaram que “[o] efeito desejado foi obtido”; cada “conspiração suprimiu [a sua] compensação e restringiu a concorrência nos mercados de trabalho em que [eles] vendiam os seus serviços.”¹³¹ (tradução nossa).

O DOJ interveio nesses três litígios privados, juntando Declaração de Interesse, especificando que:

- **A maioria dos acordos de não-angariação entre franqueador e franqueado são geralmente restrições verticais** e devem ser analisados, do ponto de vista da alegada violação da *Section 1* do *Sherman Act*, sob o *standard* da *rule of reason*, e não sob o *standard* da *per se rule*. Tal análise permitirá efetuar um juízo sobre os eventuais efeitos pró-competitivos, assim como os efeitos prejudiciais de tais restrições. Mais refere o DOJ que o aumento da concorrência inter-marcas poderá compensar as reduções da concorrência intra-marcas geradas por estas restrições.
- **No entanto, estes acordos também podem consubstanciar acordos horizontais, devendo ser analisados sob o *standard* da violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.** Tal poderá suceder quando sejam concluídos acordos de não-angariação¹³²:
 - Entre franqueados independentes da mesma cadeia de franquia;
 - Entre franqueados pertencentes a diferentes cadeias de franquia que concorram, atual ou potencialmente, pelos mesmos trabalhadores (e.g., acordo de não-angariação entre franqueados da *McDonald’s* e da *Burger King*);
 - Entre franqueador e franqueado da mesma cadeia de franquia, quando sejam concorrentes, atuais ou potenciais, por colaboradores no mesmo mercado de trabalho geográfico relevante onde estes sejam contratados. Tal sucederá quando o franqueador e o franqueado sejam concorrentes no mercado do trabalho, sem prejuízo de não serem concorrentes a jusante, no mercado onde os seus bens ou serviços sejam vendidos.
- Quanto às alegadas conspirações de “*hub-and-spoke*”, o DOJ considerou que não estariam demonstrados todos os elementos constitutivos para uma acusação de violação *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.

¹²⁸ Vide [Corrected Statement of Interest of the USA](#) (08.03.2019), U.S. District Court for the Eastern District of Washington, *Stigar v. Dough, Inc.*, No. 2:18-CV-00244- SAB (Auntie Anne’s), *Richmond and Rogers v. Bergey Pullman*, No. 2:18-cv-00246-SAB (Arby’s) e *Harris v. CJ Star*, No. 2:18-cv-00247-SAB (Carl’s Jr./Hardee’s).

¹²⁹ Vide [Corrected Statement of Interest of the USA](#) (08.03.2019), p. 9.

¹³⁰ Vide [Corrected Statement of Interest of the USA](#) (08.03.2019), p. 9.

¹³¹ Vide [Corrected Statement of Interest of the USA](#) (08.03.2019), p. 9.

¹³² Vide [Corrected Statement of Interest of the USA](#) (08.03.2019), *cit. supra*, pp. 16-18.

2.4. Cláusulas de não-angariação de trabalhadores no contexto de uma operação de concentração de empresas

No contexto de uma operação de concentração de empresas, as empresas em causa¹³³, por vezes, acordam em cláusulas de não angariação ou solicitação de determinados trabalhadores. Estas cláusulas podem ser analisadas pela AdC, sob o enquadramento do n.º 5 do artigo 41.º da Lei da Concorrência, enquanto cláusulas restritivas e acessórias à transação principal. As restrições acordadas entre as empresas em causa podem reverter em benefício do(s) adquirente(s) ou do(s) cedente(s), ou de ambas as empresas-mãe. Neste contexto, a AdC não se pronuncia sobre a legalidade de tais cláusulas face à lei laboral aplicável, por ser matéria que exorbita as suas competências.

No caso de aquisição de controlo sobre uma empresa, em geral, a necessidade de proteção é mais premente para o adquirente do que para o cedente¹³⁴. É ao adquirente que é preciso assegurar que conseguirá obter o valor integral da atividade adquirida. Assim, de um modo geral, as restrições a favor do cedente não são diretamente relacionadas e necessárias à realização da concentração ou então o seu âmbito (natureza, duração, alcance material e/ou geográfico) têm de ser mais limitados do que as cláusulas a favor do adquirente.

No caso de criação de uma empresa-comum, estas cláusulas podem ser consideradas diretamente relacionadas e necessárias à realização de uma concentração durante o período de vida da empresa comum¹³⁵. Essas cláusulas podem visar proteger os interesses das empresas-mãe na empresa comum contra estratégias facilitadas, nomeadamente, pelo acesso privilegiado das empresas-mãe ao saber-fazer e ao *goodwill* transferidos para a empresa comum ou por esta desenvolvidos.

Nos termos do n.º 5 do artigo 41.º da Lei da Concorrência, presume-se que a decisão que autoriza uma concentração de empresas abrange as restrições diretamente relacionadas com a sua realização e à mesma necessária, designadamente aquelas sobre trabalhadores-chave. Os Formulários de Notificação de Operações de Concentração¹³⁶ da AdC incluem questão de resposta obrigatória para as empresas em causa fundamentarem a relação direta e necessária das cláusulas restritivas com a prossecução da concentração.

A AdC poderá sempre limitar os efeitos da sua decisão, na medida em que estas cláusulas restritivas devem ser diretamente relacionadas e necessárias à concretização da concentração em causa e não ultrapassar o exigido razoavelmente para a sua realização. Na sua prática decisória, a AdC refere, expressamente, recorrer aos princípios e orientações da Comissão Europeia, constantes da *“Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações”*, assim como à sua prática decisória. Nessa medida, e, tal como resulta da Caixa 11, para determinar se uma restrição é diretamente relacionada e necessária à concretização da operação de concentração, a AdC tem em consideração a sua natureza, a sua duração, o seu alcance material e geográfico, para assegurar que não ultrapassa o *“exigido razoavelmente para a realização da operação de concentração”*.

A AdC já avaliou cláusulas de não angariação ou solicitação de determinados trabalhadores no contexto de operações de concentração, tendo também já limitado os efeitos da sua decisão. Das 95 decisões de não oposição adotadas no período 2019-2020, 34% incluíam as referidas cláusulas (32 decisões). Das 32 decisões, a AdC limitou o âmbito material das cláusulas

¹³³ *I.e.*, vendedor(es) e adquirente(s); ou empresas-mãe de uma empresa comum.

¹³⁴ *Vide* Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações (2005/C 56/03), JO C 56, 05.03.2005, §§ 17 e 26.

¹³⁵ *Idem*, §§ 36 e 41.

¹³⁶ *Vide* Formulários aprovados pela AdC, anexos ao Regulamento n.º 60/2013, de 14.02.2013 – Formulários de Notificação de Operações de Concentração de Empresas, Diário da República, 2.ª série, N.º 32, 14 de fevereiro de 2013, disponível [aqui](#). Ver Formulário Regular, secção V, 5.2.; e Formulário Simplificado, secção V, 5.1.

em 13 casos (cerca de 40% dos casos), restringido o referido âmbito aos trabalhadores-chave. A título ilustrativo, a AdC referiu que a extensão desse tipo de cláusula para qualquer tipo de funcionário da empresa-alvo não estava abrangida pela decisão de autorização, limitando a sua decisão aos trabalhadores-chave¹³⁷ e por uma duração, em regra, não superior a três anos¹³⁸.

A Comissão Europeia, na mesma linha, em vários precedentes decisórios relevantes, limitou os efeitos da sua decisão. Por exemplo, limitando a decisão de autorização a cláusulas de não solicitação e/ou de angariação a trabalhadores-chave da empresa-alvo e a uma duração, em regra, inferior a dois ou três anos. Estes precedentes referem-se quer à aquisição de controlo de empresas e/ou de ativos¹³⁹, quer à criação de empresas comuns¹⁴⁰.

O artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, o artigo 101.º do TFUE, permanecem potencialmente aplicáveis às restrições não diretamente relacionadas e necessárias à realização da concentração, enquanto práticas restritivas da concorrência.

Caixa 11. Quadro legal na UE: Restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações envolvendo cláusulas de não angariação de trabalhadores¹⁴¹

Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas

- O Regulamento consagra o princípio de auto-avaliação pelas empresas notificantes dessas restrições acessórias. A Comissão tem a função de apreciação no que diz respeito a “*questões novas ou não resolvidas que dão origem a uma incerteza genuína*” (21.º considerando).
- A decisão que declara a concentração compatível com o mercado comum abrange as restrições diretamente relacionadas com a realização da concentração e a ela necessárias (artigo 6.º, n.º 1, al. b) e artigo 8.º, n.º 1 e n.º 2).

Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações (2005)

- A Comunicação estabelece os princípios aplicáveis às restrições acessórias habituais envolvendo cláusulas de não angariação de trabalhadores num cenário de aquisição de controlo e/ou num cenário de criação de uma empresa comum, na medida em que “*produzem um efeito comparável, devem ser avaliadas de forma semelhante que as cláusulas de não concorrência*” (§§ 26; 41).
- Assim, os princípios são:
 - **Duração:** limitada, em regra, para aquisições de controlo, “*por um período máximo de três anos, quando a cessão da empresa inclui a transferência da fidelidade dos clientes sob a forma de goodwill e saber-fazer. Quando só está incluído o goodwill, estas cláusulas justificam-se por um período até dois anos*” (§ 20); e, para a criação de empresas comuns, “*durante o período de vida da empresa comum*” (§ 36).

¹³⁷ Vide, a título ilustrativo, as decisões de não oposição da AdC, na [Ccent. 35/2018 – Amplifon/Grupo Gaes](#), de 04.10.2018, §§ 88; e na [Ccent. 31/2020 - Securitas/Stanley Black & Decker](#), de 20.10.2020, § 8.

¹³⁸ Vide, a título ilustrativo, na decisão de não oposição da AdC, no Processo [Ccent. 39/2009 - Unicer/NewCoffee II](#), de 30.10.2009, §§ 85 e 86, a AdC refere expressamente que é autorizada uma duração superior a três anos, atendendo às características de excecionalidade do caso (aquisição de controlo exclusivo negativo), porém, não considerou abrangida, pela presente decisão, a totalidade do período temporal solicitado pela notificante.

¹³⁹ Vide, a título ilustrativo, as decisões de não oposição da CE, no [Caso IV/M.1482 - Kingfisher/Großlabor](#), de 12.04.1999, §§ 24-32; e no [Caso IV/M. 1167 - ICI/Williams](#), de 29.04.1998, §§ 21 e 22. Neste último processo, a CE considerou as obrigações de não solicitação, sobre alguns funcionários-chave da Williams (cedente de ativo), até um período de dois anos; a ICI (adquirente) poderia, não obstante, recrutar esses trabalhadores, no caso de já não trabalharem para o negócio adquirido, ou tiverem respondido a uma oferta pública de emprego.

¹⁴⁰ Vide, a título ilustrativo, a decisão de não oposição da CE, no [Caso COMP/M.6093 – ASF/INEOS/STYRENE/JV](#), de 01.06.2011, § 11 dos Compromissos. A CE autorizou uma cláusula de não solicitação de pessoal-chave transferido com o negócio, sujeito a um compromisso de desinvestimento, pelas empresas em causa, por um certo período de tempo.

¹⁴¹ Vide Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações (2005/C 56/03), JO C 56, 05.03.2005; Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24, 29.01.2004; Artigos 101.º e 102.º do TFUE.

- **Alcance material:**
 - Âmbito limitado aos trabalhadores-chave, *i.e.*, trabalhadores com um saber-fazer ou *know-how* específico (§§ 18; 36);
 - Âmbito limitado a trabalhadores-chave relacionados com os produtos/serviços que constituem a atividade económica cedida, ou da empresa comum; podem incluir trabalhadores-chave envolvidos com produtos e serviços numa fase de desenvolvimento avançado, ou desenvolvido mas não comercializado, na altura da operação (§§ 23; 38).
- **Alcance geográfico:** deve limitar-se à área em que o cedente, ou as empresas-mãe, ofereciam os produtos ou serviços relevantes antes da cessão, ou criação da empresa comum; podendo esse âmbito geográfico ser alargado aos territórios onde o cedente, ou as empresas-mãe, estavam a planear entrar na altura da operação, desde que já tivessem investido na preparação dessa entrada (§§ 22; 37).

Artigos 101.º e 102.º do TFUE

- O § 7.º da Comunicação da Comissão (2005) refere que *“o simples facto de um acordo ou disposições não serem considerados acessórios a uma concentração não prejudica, enquanto tal, o respetivo estatuto jurídico. Tais acordos ou disposições devem ser apreciados em conformidade com os artigos [101.º] e [102.º] do TFUE (...). Podem estar igualmente sujeitos a eventuais regras da concorrência nacionais aplicáveis”*.

2.5. Acordos de não-angariação à luz do direito do trabalho português

Os acordos de não-contratação e/ou solicitação de trabalhadores entre empregadores são nulos à luz do Direito do Trabalho. O artigo 138.º do Código do Trabalho português¹⁴², sob a epígrafe *“Limitação da liberdade de trabalho”*, determina a nulidade de acordos entre empregadores que proibam a admissão de trabalhadores, uns dos outros, que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização.

Em direito, a nulidade de uma norma jurídica, de um ato jurídico ou de um negócio jurídico implica que estes são considerados desprovidos de qualquer validade. Impede-os de produzirem qualquer efeito, desde o momento da sua formação (*ex tunc*). Em caso de incumprimento, a contraparte estará impossibilitada de executar judicialmente um negócio jurídico nulo. Nessa medida, a nulidade pode ser arguida por qualquer interessado, a todo o tempo, não estando sujeita a prescrição. Uma sentença que decreta a nulidade retroage à data do nascimento do negócio viciado. A ideia é a de que os seus efeitos sejam erradicados como se nunca se tivessem produzido¹⁴³. O Código do Trabalho não prevê nenhum processo contraordenacional, ou pagamento de coimas, pelas empresas em violação da norma. A nulidade prevista na norma laboral não habilita por si só os trabalhadores lesados a obterem o ressarcimento dos danos sofridos, designadamente, pela ausência de mobilidade, entre outros.

Este tipo de acordos entre empregadores são secretos, pelo que não são tendencialmente do conhecimento dos trabalhadores. Por isso, nesse caso, estes não os poderiam invocar e beneficiar dos efeitos da sanção da nulidade prevista na norma laboral.

Em suma, destacam-se as consequências deste tipo de acordos entre empregadores nos termos do Direito do Trabalho, da Lei da Concorrência e da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho (*“Private Enforcement”*): (i) nulidade do acordo; (ii) responsabilidade contraordenacional conducente à aplicação de sanções pecuniárias após avaliação do incumprimento do acordo com a Lei da Concorrência; e (iii) responsabilidade civil caso os trabalhadores lesados intentarem uma ação de indemnização contra as empresas envolvidas, por exemplo na sequência de uma decisão da

¹⁴² Vide Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprova a revisão do Código do Trabalho, sucessivamente alterada.

¹⁴³ Entre outros civilistas, vide Mota Pinto (1976); Castro Mendes (1995); Ascensão (2003).

AdC ou de outra autoridade de concorrência que constate a existência de uma infração desta natureza.

3. ACORDOS DE FIXAÇÃO DE SALÁRIOS OU OUTRAS FORMAS DE REMUNERAÇÃO DE TRABALHADORES

Os acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração de trabalhadores são acordos celebrados entre adquirentes de trabalho com vista a uma harmonização ou coordenação dos salários ou outras formas de remunerações pagas aos trabalhadores.

Os efeitos destes acordos são amplos e não se limitam apenas à concorrência. Em particular, caso o acordo seja entre empregadores, então os trabalhadores serão prejudicados na medida em que auferem uma remuneração inferior àquela que receberiam em plena concorrência das empresas contratantes.

De seguida, descrevem-se estes efeitos de forma mais detalhada. Analisa-se também o enquadramento legal destes acordos, bem como a prática decisória de aplicação do direito de concorrência.

3.1. Efeitos dos acordos de fixação de salários

Os acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração dos trabalhadores levam a uma harmonização do preço pago por um *input*, resultando por isso numa maior semelhança das estruturas de custos dos concorrentes. Esta harmonização de custos reduz a incerteza associada ao jogo concorrencial, podendo facilitar a coordenação de preços nos mercados a jusante.

A fixação dos salários limita a capacidade de os concorrentes expandirem a contratação de trabalhadores se tal implicar o pagamento de um salário diferente do acordado. A reação concorrencial dos operadores fica assim restringida. Esta rigidez na possibilidade de se ajustar a produção ao nível da quantidade, preço e qualidade é passível de se traduzir em perdas de bem-estar para o consumidor.

Ao uniformizarem os salários que os trabalhadores poderão auferir junto de vários empregadores, os acordos de fixação de salários limitam a mobilidade dos trabalhadores. Este efeito produz-se pela remoção da possibilidade de melhoria salarial junto de uma entidade patronal concorrente, que é um dos principais incentivos à mudança de empregador. Nesse sentido, a análise do reforço do poder de compra decorrente de acordos de não-angariação aplica-se aos acordos de fixação de salários.

Tal como os acordos de não-angariação, os acordos de fixação de salários entre concorrentes poderão suavizar a concorrência nos mercados a jusante. A concorrência pode ser prejudicada na medida em que o trabalho é um *input* para a atividade comercial e a contratação de trabalhadores é um parâmetro de concorrência entre as empresas. Esses acordos podem restringir a concorrência entre operadores a jusante, através da coordenação das suas estratégias.

Por fim, destaca-se que a concorrência será mais prejudicada nos casos em que os concorrentes detenham poder de mercado a jusante e quando existam barreiras à entrada.

3.2. Enquadramento legal dos acordos de fixação de salários

A fixação dos preços de compra (e.g., fixação dos salários dos trabalhadores) por duas ou mais empresas pode conduzir a uma redução dos preços de compra a um nível inferior ao que seria esperado numa situação concorrencial. O artigo 9.º da Lei da Concorrência, e, se aplicável, também o artigo 101.º do TFUE, são suscetíveis de sancionar estas práticas.

De seguida, abordam-se alguns casos de práticas restritivas da concorrência que envolveram acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração dos trabalhadores.

3.2.1. Prática decisória de aplicação do direito da concorrência

3.2.1.1. A experiência decisória em Portugal relativa a acordos de fixação de salários ou outras formas de remuneração

Em consonância com a prática decisória de autoridades de concorrência de EM da UE, relativa a acordos de fixação de salários e cartéis de fixação de preços de *inputs*, os acordos de fixação de salários entre empresas podem ser considerados nulos e proibidos nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), da Lei da Concorrência e, se aplicável, do artigo 101.º, n.º 1, alínea a), do TFUE. Essas normas proíbem acordos entre empresas, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que fixam direta ou indiretamente preços de compra ou venda ou quaisquer outras condições de negociação.

Em junho de 2020, a AdC, no âmbito dos seus poderes de supervisão, dirigiu uma recomendação à Federação Portuguesa de Futebol (FPF) no sentido de que a FPF se abstivesse de impor um limite à totalidade da massa salarial de cada clube que participa na Liga feminina (i.e., Liga BPI)¹⁴⁴. A AdC advertiu que a imposição de um limite salarial máximo por parte da FPF “poderá constituir uma prática restritiva da concorrência, punida com coima nos termos do artigo 9.º e da alínea a) do número 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio”¹⁴⁵. Em termos de efeitos, a AdC identificou que “poderiam gerar-se danos para os adeptos/consumidores dos jogos de futebol da Liga BPI”, nomeadamente, com a “redução no grau de diferenciação e competitividade entre clubes rivais, deste modo reduzindo a qualidade dos jogos de futebol e da competição”¹⁴⁶ caso aquela limitação viesse a ser adotada. A AdC identificou, ainda, que a restrição “poderia gerar danos para as jogadoras de futebol da Liga BPI, na medida em que reduzisse a capacidade de cada atleta encontrar melhores condições remuneratórias em clube rival caso estivesse insatisfeita com as condições oferecidas pelo seu clube”¹⁴⁷.

3.2.1.2. A experiência decisória a nível europeu

São numerosos os casos em que a CE analisou e condenou empresas por práticas de fixação de preços de compra de *inputs*, em violação do artigo 101.º do TFUE, ainda que não tenham incidido especificamente sobre salários de trabalhadores. A título ilustrativo, a CE adotou recentemente duas decisões¹⁴⁸ relativas à fixação de preços na compra de *inputs*, em violação do artigo 101.º do TFUE. A CE concluiu que as empresas acordaram ilicitamente em reduzir o preço pago aos fornecedores de *inputs*, com impacto negativo no funcionamento normal do mercado e diminuindo a concorrência de preços. A CE destacou a importância de garantir que as empresas concorram pelo mérito e que os preços dos *inputs* sejam estabelecidos de forma competitiva.

No que diz respeito a salários de trabalhadores, destaca-se o caso já referido *supra* (Caixa 3) nos Países Baixos, onde um tribunal nacional apreciou um acordo entre 15 hospitais que incluía uma cláusula de fixação de salários e uma cláusula de não-angariação. No que diz respeito à cláusula de fixação de salários, os hospitais acordaram na fixação de uma

¹⁴⁴ Vide Autoridade da Concorrência, [Recomendação relativa a proposta de limitação de massa salarial contida em projeto de Regulamento da Liga BPI 2020/2021, em consulta pública](#), de junho de 2020.

¹⁴⁵ Vide parágrafo 15 da Recomendação *supra* indicada.

¹⁴⁶ Vide parágrafo 12 da Recomendação *supra* indicada.

¹⁴⁷ Vide parágrafo 13 da Recomendação *supra* indicada.

¹⁴⁸ Vide Processo AT.40018 – Car battery recycling (Campine, Eco-Bat Technologies and Recylex), C(2017) 900 final, 08.02.2017; *Press Release*, “[Antitrust: Commission fines three companies €68 million for car battery recycling cartel](#)”, 08.02.2017; Processo AT.40410 – ETHYLENE, C(2020) 4817 final, 14.07.2020; [Press Release](#), 14.07.2020.

percentagem máxima no caso de pagamento de horas extras, a médicos anestesiologistas e a assistentes de operação, de até 75% do salário por hora.

Ainda que não constituam práticas impostas pelos empregadores aos trabalhadores, os processos avaliados pelas autoridades de concorrência do Reino Unido, da França e da Itália, envolveram o trabalho de modelos profissionais representados por agências intermediárias (Caixa 12). Estes casos dizem respeito a uma prática concertada, nomeadamente, entre agências de modelos, que representam modelos, de forma a assegurar preços (onde se incluem as comissões e/ou salários dos modelos e as comissões das agências) mais elevados, em prejuízo dos clientes (*e.g.*, uma empresa que necessite de serviços de modelos numa campanha publicitária), com impacto negativo no normal funcionamento do mercado.

Caixa 12. UE: Experiência decisória de NCAs: acordos de fixação de preços no setor da moda (incluindo comissões e/ou salários dos modelos e comissões das agências)

Entre 2016 e 2017, três autoridades de concorrência, do Reino Unido (CMA¹⁴⁹), da França (*Autorité de la Concurrence*¹⁵⁰) e da Itália (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*¹⁵¹), investigaram acordos de fixação de preços, no setor da moda, acordados entre agências de modelos, associações profissionais e sindicatos do setor.

Estavam em causa acordos/práticas concertadas e/ou intercâmbio de informação sensível entre empresas, com o objetivo de fixação de preços, no sector da moda. De um modo geral, as práticas envolviam a fixação de preços mínimos ou uma abordagem comum ao esquema de preços, dos serviços prestados aos seus clientes, nos mercados a jusante. Os acordos envolviam, de forma mais ou menos direta, a fixação das comissões e/ou salários dos modelos e as comissões das agências.

As autoridades nacionais da concorrência consideraram que tais acordos eliminaram o risco de concorrência entre empresas, permitindo-lhes coordenar as suas estratégias comerciais e acordar em vários componentes do preço cobrado aos clientes.

As agências de modelos e as associações condenadas tentaram justificar a sua atuação alegando, em geral, estar a atuar em defesa dos modelos, no sentido de garantir que estes fossem adequadamente remunerados. Tal justificação não foi aceite.

Os acordos foram qualificados como acordos anticoncorrenciais, violando, por objeto, as leis de concorrência nacionais e, relativamente aos precedentes do Reino Unido e de Itália, também o artigo 101.º do TFUE.

3.2.1.3. A experiência decisória das autoridades de concorrência dos EUA

Segundo o DOJ e a FTC, os acordos de fixação de salários são considerados como acordos anticoncorrenciais tendo por objeto a violação *per se* das regras da concorrência, não sendo necessário serem demonstrados quaisquer efeitos anticoncorrenciais, em violação da *Section 1* do *Sherman Act*. O entendimento é de que estes acordos são passíveis de eliminar a concorrência da mesma forma que os acordos de fixação de preços¹⁵² (conforme referido na secção 2.2.1 *supra*).

A nível de prática decisória destaca-se a primeira acusação criminal do DOJ, colocando em prática as orientações “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”, adotadas em 2016, no que concerne aos acordos de fixação de salários.

Caixa 13. Alguns precedentes decisórios nos EUA relativos a acordos de fixação de salários

¹⁴⁹ Vide, *Competition and Market Authority (CMA)*, Case CE/9859-14, “[Conduct in the modelling sector](#)” (16.12.2016).

¹⁵⁰ Vide, *Autorité de la Concurrence*, « [Décision n° 16-D-20 du 29 septembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des prestations réalisées par les agences de mannequins](#) » (29.09.2016).

¹⁵¹ Vide, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 1789 – « [Agenzie di modelle](#) », (11.11.2016).

¹⁵² Vide DOJ/FTC (2016).

U.S. And State Of Arizona V. Arizona Hospital And Healthcare Association And Azhha Service Corp. (2007)¹⁵³

Em 22 de maio de 2007, o DOJ, acompanhado pelo Estado do Arizona, intentou uma ação cível contra o *Arizona Hospital, a Healthcare Association* e a *AzHHA Service Corporation*, por terem atuado em violação da *Section 1* do *Sherman Act*.

As empresas em causa acordaram na fixação de uma tabela uniforme de preços que todos os hospitais envolvidos no acordo pagariam, pela contratação dos serviços prestados por enfermeiras, contratadas a título temporário ou ao dia, junto de agências de recrutamento.

Em 12 de setembro de 2007, a decisão judicial resultou num “*consent judgement*”, mediante o qual foram estabelecidos compromissos a cumprir pelas empresas visadas no acordo, designadamente, no sentido de eliminarem as condutas ilícitas.

U.S. v. Neeraj Jindal (2020) - Acusação Criminal do DOJ¹⁵⁴

Em 9 de dezembro de 2020, o DOJ, em representação dos EUA, acusou criminalmente o ex-proprietário de uma empresa de recrutamento de fisioterapeutas e assistentes de fisioterapeutas, com sede no Texas, Neeraj Jindal, conjuntamente com outra empresa de recrutamento (“*therapist staffing companies*”), de um acordo de fixação de salários, em alegada violação criminal *per se* da *Section 1* do *Sherman Act*.

Segundo a acusação, Neeraj Jindal partilhou com outra empresa concorrente informação não pública sobre preçários a pagar pelos serviços fornecidos por fisioterapeutas e assistentes de fisioterapeutas, e concordaram em diminuir esses preçários (período que decorreu entre março e agosto de 2017).

As empresas de recrutamento concorrem entre si no mercado de trabalho, pela contratação de fisioterapeutas e assistentes de fisioterapeutas, com vista a intermediarem os serviços destes para agências de saúde ao domicílio (“*home health agencies*”). Estes profissionais podem ser contratados por várias empresas de recrutamento, pelos seus serviços, escolhendo entre elas com base, nomeadamente, em fatores como o preçário de pagamento, o número de tratamentos por clientes e a localização dos pacientes. A diferença entre os preçários que a empresa de recrutamento paga aos trabalhadores em causa e o preço que fatura às agências de saúde ao domicílio constitui a sua margem.

Este é o primeiro caso de acusação criminal, pelo DOJ, tendo por base um acordo de fixação de salários, após a adoção das *Guidelines* do DOJ/FTC “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”, de 2016. Aguarda-se pelo desfecho jurisprudencial do processo criminal.

4. CONCLUSÕES

Os acordos de não-angariação de trabalhadores limitam as empresas concorrentes de solicitarem ou contratarem os trabalhadores uns dos outros, restringindo o conjunto de trabalhadores disponíveis, e podendo prejudicar a concorrência em várias dimensões. Por um lado, estes acordos podem ter efeitos ao nível dos salários e da mobilidade. Por outro lado, estes acordos podem ter impacto negativo nas condições de concorrência nos mercados onde as empresas concorrem a jusante, nomeadamente nas quantidades transacionadas e no preço, bem como na qualidade dos produtos/serviços e na inovação, com impacto no bem-estar dos consumidores.

Já os acordos de fixação de salários e/ou de outras formas de remuneração de trabalhadores podem gerar danos para os trabalhadores e podem resultar em efeitos negativos nos mercados a jusante. Por um lado, estes acordos podem resultar numa remuneração inferior àquela que os trabalhadores receberiam em plena concorrência das empresas contratantes. Por

¹⁵³ Vide Case No. CV07-1030-PHX, “United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation” (22.05.2007), “*Final Judgement*”, disponível [aqui](#).

¹⁵⁴ Vide [Indictment, United States v. Neeraj Jindal](#), U.S. District Court for the Eastern District of Texas Sherman Division, No. 4:20-cr-00358 (09.12.2020); [Press Release](#), DOJ, “*Former Owner of Health Care Staffing Company Indicted for Wage Fixing*” (10.12.2020).

outro lado, estes acordos podem afetar a incerteza associada ao jogo concorrencial, podendo facilitar comportamentos coordenados entre empresas, em detrimento da concorrência.

Os acordos horizontais de *no-poach* e de fixação de salários (ou outras formas de remuneração) são suscetíveis de ser enquadrados enquanto acordos entre empresas, práticas concertadas e/ou decisões de associações de empresas, na aceção do artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, do artigo 101.º do TFUE.

Nesse sentido, a AdC alerta para um conjunto de potenciais riscos anticoncorreciais e elenca um conjunto de boas práticas relacionadas com o mercado do trabalho (*vide* p. 6). Este guia de boas práticas destina-se a empresas, a profissionais de recursos humanos e outros colaboradores, assim como outros envolvidos no processo de recrutamento.

BIBLIOGRAFIA

- Andersson, F., Brown, C., Campbell, B., Chiang, H., & Y. Park (2008). "The effect of HRM practices and R&D investment on worker productivity." In *The analysis of firms and employees: Quantitative and qualitative approaches* (pp. 19-43). University of Chicago Press.
- Angerhofer, Tirza J. & Roger D. Blair (2020). "Collusion in the labor market: Intended and unintended consequences." *CPI Antitrust Chronicle* June 2020.
- Ascensão, José de Oliveira. (2003) "Teoria Geral do Direito Civil", Volume II, 2ª edição, Coimbra Editora.
- Ashenfelter, O. C., Farber, H., & M. R. Ransom (2010). "Modern Models of Monopsony in Labor Markets: A Brief Survey", IZA Discussion Paper No. 4915.
- Autor, D., Dorn, D., Katz, L. F., Patterson, C., & Van Reenen, J. (2020). "The fall of the labor share and the rise of superstar firms". *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 645-709.
- Autoridade da Concorrência (2019) Competition Issues in Labour Markets – Note by Portugal, DAF/COMP/WD(2019)47
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)47/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)47/en/pdf)
- Barkai, S. (2020). "Declining labor and capital shares." *The Journal of Finance*, 75(5), 2421-2463.
- Blair, R. D. & J. L. Harrison (1990). "Antitrust policy and monopsony." *Cornell Law Review* 76: 297-340.
- Blair, R. D. & J. L. Harrison (2010). *Monopsony in Law and Economics*. Nova Iorque: Cambridge University Press.
- Carlton, D. W., & M. Israel (2011). "Proper treatment of buyer power in merger review." *Review of Industrial Organization* 39, 1-2: 127-136.
- Castro Mendes, João (1995). "Teoria Geral do Direito Civil", Vol. II, AAFDL.
- Comissão Europeia (2021). [Inception Impact Assessment](#) – "Collective bargaining agreements for self-employed – scope of application EU competition rules".
- Comissão Europeia (2003), *Glossary of terms used in EU competition policy*.
- Conti, R. (2014). "Do non-competition agreements lead firms to pursue risky R&D projects?". *Strategic Management Journal*, 35(8), 1230-1248.
- Davis, R. T. (2018). "Talent Can't Be Allocated: a Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation." *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 12(2): 2.
- Department of Justice Antitrust Division & Federal Trade Commission (2016). *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*.
- De Loecker, J., Eeckhout, J., & Unger, G. (2020). "The rise of market power and the macroeconomic implications." *The Quarterly Journal of Economics*, 135(2), 561-644.
- Durance, Christine P. (2020). "No poaching agreements and antitrust enforcement", *CPI Antitrust Chronicle*, June 2020.
- Elsby, M. W., Hobijn, B., & Şahin, A. (2013). "The decline of the US labor share". *Brookings Papers on Economic Activity*, 2013(2), 1-63.
- Félix, S. & Portugal, P. (2017). "Labor market imperfections and the firm's wage setting policy." Banco de Portugal Working Papers.

- Franco, A. M., & D. Filson (2006). "Spin-outs: Knowledge Diffusion through Employee Mobility." *The RAND Journal of Economics*, 37(4): 841-860.
- Franco, A. M. & M. F. Mitchell (2008). "Covenants not to compete, labor mobility, and industry dynamics." *Journal of Economics & Management Strategy*, 17(3): 581-606.
- Gibson, M. (2019). "Employer market power in Silicon Valley." mimeo.
- Gilson, R. J. (1999). "The legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete." *NYU Law Review*, 74: 575-629.
- Grullon, G., Larkin, Y., & Michaely, R. (2019). "Are US industries becoming more concentrated?." *Review of Finance*, 23(4), 697-743.
- Gürkaynak, G., Güner, A., & C. Özkanlı (2013). "Competition Law Issues in the Human Resources Field." *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(3): 201-214.
- Hemphill, C. S. & N. L. Rose (2017). "Mergers that harm sellers". *Yale Law Journal*, 127: 2078-2109.
- Heyer, K. & C. Shapiro (2010). "The year in review: Economics at the antitrust division, 2009–2010". *Review of Industrial Organization*, 37(4): 291-307.
- Hyde, A. (2012). "Intellectual property justifications for restricting employee mobility: a critical appraisal in light of the economic evidence." *Research Handbook on the Economics of Labor and Employment Law*, 357-385
- Japan Fair Trade Commission (2018). "Report of the Study Group on Human Resource and Competition Policy." Competition Policy Research Center.
- Karabarbounis, L., e B. Neiman (2014). "The global decline of the labor share." *The Quarterly Journal of Economics*, 129(1): 61-103.
- Kräkel, M., & D. Sliwka (2009). "Should you allow your employee to become your competitor? On noncompete agreements in employment contracts." *International Economic Review*, 50(1): 117-141
- Krueger, A. B. & O. Ashenfelter (2018). "Theory and evidence on employer collusion in the franchise sector." NBER Working Paper No. w24831, National Bureau of Economic Research.
- Krueger, A. B. & E. A. Posner (2018). "A proposal for protecting low-income workers from monopsony and collusion". *The Hamilton Project Policy Proposal*, 5.
- Lindsay, M. & K. Santon (2011). "No poaching allowed: Antitrust Issues in Labor Markets." *Antitrust*, 26(3): 73-77.
- Marinescu, I. E. & H. Hovenkamp (2019). "Anticompetitive Mergers in Labor Markets." *Indiana Law Journal*, 94: 1-32.
- Marinescu, I. E. & E. A. Posner (2020). "Why Has Antitrust Law Failed Workers?." *Cornell Law Review*, 105(5): 1343-1394.
- Martins, P. (2018). "Making their own weather? Estimating employer labour-market power and its wage effects." CGR Working Paper.
- Marx, M. (2011). "The firm strikes back: non-compete agreements and the mobility of technical professionals." *American Sociological Review*, 76(5): 695-712.
- Marx, M., Strumsky, D. & L. Fleming (2009). "Mobility, skills, and the Michigan non-compete experiment." *Management Science*, 55(6): 875-889.
- Mota Pinto, Carlos A. (1976). *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora.

Motta, M. & T. Rønde (2002). "Trade Secret Laws, Labour Mobility and Innovations." CEPR Discussion Papers No. 3615.

Naidu, S., Posner, E. A. & G. Weyl (2018). "Antitrust Remedies for Labor Market Power." *Harvard Law Review*, 132(2): 536-601.

Noll, R. G. (2005). "'Buyer power' and economic policy." *Antitrust Law Journal*, 72(2): 589-624.

OECD (2008), Roundtable on Monopsony and Buyer Power – Background Note, DAF/COMP(2008)38.

OECD (2019), Competition Concerns in Labour Markets – Background Note, DAF/COMP(2019)2, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)2/en/pdf).

OECD (2020), Competition issues in Labour Markets, <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>

Dobson, Waterson & Chu. (1998). *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*. London: Office of Fair Trading, 1998.

Rauch, J. E. & J. Watson (2014). "Client-based entrepreneurship." *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 31(1): 30-60.

Samila, S., & Sorenson, O. (2011). "Noncompete covenants: Incentives to innovate or impediments to growth." *Management Science*, 57(3), 425-438.

Shy, O. & R. Stenbacka (2019). "Anti-Poaching Agreements in Labor Markets." *Economic Inquiry* 57(1): 243-263.

Schaefer, Catherine E. (2019). "Disagreeing Over Agreements: A Cross-Sectional Analysis of No-Poaching Agreements in the Franchise Sector." *Fordham Law Review* 87: 2285-2311.

Stansbury, A, & L H. Summers (2020). "The Declining Worker Power Hypothesis: An Explanation for the Recent Evolution of the American Economy." NBER Working Paper w27193.

Starr, E. (2020). "Low-Wage Workers and the Enforceability of Non-Compete Agreements". *Management Science*, Forthcoming.

Starr, E. (2019). Consider this: Training, wages, and the enforceability of covenants not to compete. *ILR Review*, 72(4), 783-817.

Starr, E., Prescott, J. J. & N. Bishara (2018). "Noncompetes and Employee Mobility." *Journal of Law and Economics*, Forthcoming.

Starr, E., Prescott, J. J., & Bishara, N. (2020). "Noncompete Agreements in the US Labor Force." Forthcoming at *Journal of Law and Economics*.

U.S. Department of the Treasury - Office of Economic Policy (2016). "Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications." Washington, DC: Office of Economic Policy.

Whish, R. & D. Bailey (2015). *Competition Law* (Sexta Edição), Nova Iorque: Oxford University Press.