

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

Com o N.º 5 da C&R, e em conformidade com o que após um ano de publicação vem constituindo uma opção editorial regular, regressamos a uma cobertura mais ampla de um dos pilares do projecto (correspondente à *regulação económica*). Na realidade, depois de termos incluído no N.º 4 da Revista um dossier temático dedicado às reformas europeias de 2010 relativas ao enquadramento das restrições verticais e horizontais (matérias que se situam no âmago do direito da concorrência), incluímos ora neste N.º 5 um dossier temático especial sobre regulação do ambiente (sem perder de vista os importantes cruzamentos e interacções entre a

With No. 5 of C&R, and following what after its first completed year of publication is now a regular editorial option, we return to a more extensive coverage of one of the pillars of this project (economic regulation). In fact, after having included in No. 4 a thematic file dedicated to the 2010 reforms of the EU vertical and horizontal restraints framework (at the very core of competition law), we include in the current No. 5 a special thematic file on environmental regulation (without losing sight of the important crosscurrents between environmental regulation and competition law and policy).

regulação do ambiente e o direito e a política da concorrência).

De qualquer modo, apesar desta opção editorial no sentido de alternar dossiers temáticos especiais cobrindo sucessivamente quer (i) questões de direito da concorrência, quer (ii) questões de regulação económica, o pilar de direito da concorrência da Revista encontra-se largamente representado na Secção de Doutrina Geral e noutras Secções deste N.º 5 (considerando, de resto, o facto de 2011 poder vir a revelar-se um importante ano de charneira com fundamentais desenvolvimentos ao nível do direito e da política da concorrência, quer no plano da União Europeia quer no plano nacional). As análises de direito da concorrência que se incluem neste N.º 5 – em particular, como já referido, através de Artigos incluídos na Secção de Doutrina Geral – podem ser genericamente caracterizadas sob um tópico geral e unificador (um *Leitmotiv* comum que está subjacente a esses artigos). Referimo-nos aqui à ideia de *modernização* do direito e da política da concorrência (mais uma vez nos dois planos *supra* referidos, da União Europeia e nacional).

No que respeita à *modernização* no plano da União Europeia, incluímos um Artigo de Jean François Bellis sobre o novo enquadramento de 2010 das restrições verticais (assim

However, notwithstanding this editorial option of alternating special thematic files covering either (i) competition law issues or (ii) economic regulation issues, the competition law pillar of the Review is well covered in the Section of General Doctrine and in other Sections of this No. 5 (considering that 2011 may prove a momentous year as regards competition law and policy developments, both at the EU and at Portuguese levels). The competition law analysis which is included in this No. 5 – particularly, as aforementioned, through the articles included in the Section of General Doctrine – may be generally characterised under a general and unifying Leitmotiv which is underlying those articles. We refer here to the idea of modernisation of competition law and policy (again at both levels, of the EU and Portugal).

As regards modernization at the EU level, we include an article of Jean François Bellis covering the new 2010 framework of vertical restraints (thus continuing, as promised, the analysis we have initiated in No. 4 of C&R with a special thematic file in that domain). Interestingly, after an article of Laurence Idot published in

continuando, conforme o nosso anterior compromisso editorial, a análise que iniciámos no N.º 4 da *C&R* com um dossier temático naquele domínio). Numa conjugação que se nos afigura interessante, registamos aqui que, depois de um artigo de Laurence Idot, publicado no N.º 4 da *C&R* com um enfoque predominante na aplicação das regras de concorrência sobre restrições verticais na jurisdição francesa, e enfatizando que uma parte importante da aplicação dessas regras ocorre hoje em dia ao nível das jurisdições nacionais (sendo esse processo de aplicação das regras sobre restrições verticais particularmente importante em França), o artigo de Jean François Bellis, ora publicado no N.º 5, tem o seu foco específico direccionado para a reforma das regras da União Europeia e para o alcance global e o previsível impacto daquela reforma.

Esta interacção activa e crítica entre uma perspectiva *modernizadora* no plano da União Europeia e no plano nacional (dos Estados-membros) encontra-se também subjacente à análise desenvolvida noutros artigos publicados na Secção de Doutrina Geral deste N.º 5. Referimo-nos, em particular, aos artigos sobre as alterações ao teste de domínio no âmbito do controlo de concentrações e sobre a natureza jurídica, o alcance global e os objectivos dos compro-

No. 4 and with a predominant focus on enforcement of competition rules on vertical restraints in the French jurisdiction and emphasizing that an important part of enforcement of those rules takes place nowadays at the level of national jurisdictions (with that enforcement process on vertical restraints being particularly important in France), the article of Jean François Bellis published in No. 5 has its specific focus directed towards the reform of EU rules and on the comprehensive breadth and foreseeable impact of that EU reform.

This active and critical interplay between a modernising perspective at the EU and national (Member State) levels is also underlying the analysis carried out in other articles published in the Section of General Doctrine of this No. 5. We refer, in particular, to the articles on the change of dominance test in the field of merger control and on the legal nature, global reach and goals of undertakings, conditions and obligations (generally known as 'remedies') in the field of merger control as well (in the first case, and pursuing our key editorial option of internationalization of the C&R

missos, condições e obrigações (largamente conhecidos através da formulação anglo-saxónica de *remedies*), também no âmbito do controlo de concentrações (no primeiro caso, e cumprindo a nossa opção editorial de internacionalização da *C&R*, através de um artigo de Ioannis Kokkoris).

Em ambos os casos, há uma interacção especial entre os desenvolvimentos ocorridos ao nível da União Europeia e os desenvolvimentos que se adivinham na jurisdição portuguesa. De facto, considerando a perspectiva de uma revisão ampla da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003), é expectável que o teste substantivo para avaliação de concentrações venha a ser ajustado de forma a ser harmonizado com o novo teste de avaliação substantiva de concentrações da União Europeia constante do Regulamento sobre Controlo de Concentrações (Regulamento n.º 139/2004), uma vez que o actual teste estabelecido no Artigo 12.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 18/2003 é anterior ao referido Regulamento n.º 139/2004 e seguiu, ao tempo da sua adopção, o teste de domínio consagrado no anterior Regulamento comunitário de Controlo de Concentração (Regulamento do Conselho N.º 4064/89). A essa luz, é interessante e actual discutir de uma forma crítica as repercussões das alterações de 2004 ao teste de controlo de concentrações

project, through an article of Ioannis Kokkoris).

In both cases, there is a particular interplay between developments occurred at the EU level and prospective developments in the Portuguese jurisdiction. In fact, considering the prospect of a comprehensive legislative review of the Portuguese Competition Act of 2003 (Law No. 18/2003), it is to be expected that the substantive test for evaluating mergers will be adjusted in order to bring it in line with the reviewed EU merger test of the EU Merger Control Regulation (Regulation No. 139/2004), as the current test established in Article 12, pars 3 and 4 of Law No. 18/2003 pre-dates the such Regulation No. 239/2004 and followed, at the time of its adoption, the dominance test established under the initial EC Merger Control Regulation (Council EEC Regulation No. 4064/89). In that light, it is interesting and timely to critically discuss the repercussions of the 2004 change of the EU merger control test [with the adoption of the significant impediment to effective competition (SIEC) test], as that may carry important lessons and vital corollaries

da União Europeia [com a adopção do teste do *entrave significativo a uma concorrência efectiva* (SIEC)], uma vez que o mesmo pode trazer lições importantes e corolários da maior importância para a futura revisão da Lei n.º 18/2003 em Portugal.

No que respeita às denominadas ‘condições’ (remedies) no quadro do controlo de concentrações existe um importante *acquis* a nível da União Europeia que fornece pistas importantes para um possível melhoramento do sistema português de controlo de concentrações (ao abrigo, quer das regras actuais da Lei n.º 18/2003, quer de um regime de controlo de concentrações que seja objecto de determinados ajustamentos no seguimento do processo de revisão daquela Lei).

Por fim, mas não menos importante, e considerando especificamente a *modernização* da lei da concorrência portuguesa, a Secção de Doutrina Geral deste N.º 5 da *C&R* inclui um artigo que discute aspectos essenciais daquela revisão legislativa, no contexto da discussão crítica para a qual convidámos, em números anteriores da *C&R*, os nossos leitores e todos os interessados, a qualquer título, nesta área.

Justificar-se-á mesmo acrescentar, a este propósito, que a *modernização* da lei portuguesa da concorrência será um tópico chave de primordial

for the incoming legislative review of Law No. 18/2003 in Portugal.

As regards remedies in merger control there is an important acquis at the EU level which also provides important clues to a possible fine tuning of the Portuguese merger control enforcement (under the current rules of Law No. 18/2003 as under a streamlined regime of merger control following the legislative review of that Law).

Last but not least, and considering specifically the modernisation of Portuguese competition law, the General Doctrine Section of this No. 5 of C&R includes an article discussing key aspects of that legislative review in the context of the critical debate to which we have invited our readers and all the relevant stakeholders in this area in the preceding numbers of C&R.

We would venture to add that the modernisation of Portuguese competition law will be a key topic which will be high in the agenda as regards the main public policies to be implemented in Portugal in the remaining part of 2011 and during 2012. In reality, although the recent discussion on a legislative review of Law No. 18/2003 has been interrupted

importância na agenda relativa às principais políticas públicas a desenvolver em Portugal na parte remanescente do ano de 2011 e durante 2012. Na realidade, embora a recente discussão sobre a revisão da Lei n.º 18/2003 tenha sido interrompida pelas recentes eleições legislativas antecipadas, que foram convocadas em Abril de 2011, tal tema tem sido assumido como prioritário no contexto do pedido de ajuda financeira da União Europeia a Portugal (ao abrigo do Regulamento do Conselho N.º 407/2010 de 11 de Maio de 2010, que estabelece um Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, e de outros instrumentos legais complementares). Referimo-nos ao *Memorando de Entendimento* (MdE) relativo a essa assistência financeira e aprovado na reunião de 17 de Maio de 2011 do Conselho ECOFIN. Naturalmente, não pretendemos aqui comentar nem o mérito em si nem os aspectos que se possam revelar mais críticos para efeitos de execução deste MdE, nem tem aqui cabimento qualquer comentário às circunstâncias particulares da evolução da economia portuguesa que conduziram ao pedido de assistência financeira e à conclusão de tal MdE. Apenas nos propomos salientar que circunstâncias adversas – como são inequivocamente as que levaram ao pedido de assistência financeira –

by the early election that was called in April 2011, conversely that theme has been assumed as a priority in the context of the request for the EU financial assistance to Portugal (under Council Regulation (EU) No. 407/2010 of 11 May 2010, establishing a European Financial Stabilisation Mechanism and under other complementary legal instruments). We refer here to the Memorandum of Understanding (MoU) concerning that financial assistance and approved at the meeting of the 17th of May, 2011, of the ECOFIN Council. Naturally, we do not purport here to comment either on the merits or on the critical issues that may arise from that MoU, nor do we purport to comment the particular circumstances of the evolution of the Portuguese economy that have led to the request of financial assistance and the conclusion of such MoU. We merely intend to emphasize that adverse circumstances – as the ones that have led to request of financial assistance undoubtedly are – may carry with it opportunities for reform with an important global reach. Interestingly, that occurs in the field of competition law and policy – an area in which the MoU establishes the need to

podem trazer consigo oportunidades de reforma com um alcance global importante. Em termos que se nos afiguram interessantes e promissores, tal ocorre no âmbito do direito e da política de concorrência – uma área na qual o MdE estabelece a necessidade de serem adoptadas “*medidas que aumentem a celeridade e a efectividade da aplicação das regras de concorrência*”. Este objectivo primordial e estrutural deve ser prosseguido, de acordo com o MdE, através, *inter alia*, da criação de um “*tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial*” e da revisão da “*lei da concorrência, tornando-a o mais autónoma possível da lei administrativa e da lei processual penal e mais harmonizada com o quadro legal da concorrência da União Europeia*”.

O MdE também sublinha a necessidade, no contexto da revisão das regras actuais de direito da concorrência, de “*avaliar o regime de recursos e ajustá-lo à necessidade de aumentar a equidade e eficiência em termos de processo justo e da menor duração dos processos*”. Importa referir que algumas destas reformas já estão em curso, como sucede com a criação de um tribunal especializado para matérias de direito da concorrência (embora a forma como esta reforma venha na especialidade e *in concreto* a ser executada se mostre decisiva para o seu sucesso). Outras reformas – como

“take measures to improve the speed and effectiveness of competition rules’ enforcement”. *Such overriding and structural goal is to be pursued, according to the MoU through, inter alia, the establishment of “a specialised court in the context of the reforms of the judicial system” and the revision of “competition law, making it as autonomous as possible from the administrative law and the penal procedural law and more harmonised with the EU competition legal framework”.*

The MoU also underlines the need, in the context of such legislative review of the current competition law rules, to “evaluate the appeal process and adjust it where necessary to increase fairness and efficiency in terms of due process and timeliness of the proceedings”. Some of those reforms are already under way, as it happens with the establishment of a specialised court for competition law matters (albeit the way this reform is detailed and implemented will be decisive for its success). Other reforms – as we discussed in preceding Numbers and the respective Editorials of C&R – were already being discussed (the idea of a

discutimos em Números precedentes e nos respectivos Editoriais da *C&R* – já têm sido objecto de debate [sendo a ideia de um melhoramento qualitativo na aplicação das normas (*enforcement*) e na salvaguarda de um processo adequado e equilibrado (*due process*) componentes essenciais de tais reformas, como já fizemos notar, por exemplo, no Editorial do N.º 4 da *C&R*, salientando que tais questões têm uma efectiva relevância substantiva que é com frequência negligenciada]. Doravante, essa reforma legislativa é uma prioridade, ao abrigo de um compromisso assumido pelo Estado português, e, neste contexto, muito haverá a ganhar se for prestada devida atenção a outros processos nacionais de *modernização* do direito da concorrência noutros Estados-membros, como o que se iniciou no Reino Unido através do “*Discussion Paper*” e da Consulta lançada em Março de 2011 (“*A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform*”). Este documento salienta de forma sugestiva a importância da adopção de medidas que assegurem uma acrescida *efectividade* e *eficiência* na aplicação das regras de concorrência, através de um maior número de decisões num número significativo de casos relativos a práticas anticoncorrenciais que se situem para além do controlo de concentrações (e também subli-

qualitative upgrade in enforcement and in due process being vital components of such prospective reforms as we already noted, e.g. in the Editorial of No. 4 of C&R, emphasizing that those issues have an actual substantive relevance that is often overlooked). Henceforth, that legislative reform is a priority, under a commitment undertaken by the Portuguese State, and, in this context, a lot may be gained if attention is paid to other national processes of modernisation of competition law in other EU Member States, as the one started in the UK through the Discussion Paper and Consultation launched in March 2011 (“A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform”). This document suggestively emphasizes the importance of adopting measures that ensure an accrued “effectiveness” and “efficiency” in enforcement of competition rules through a bigger number of decisions on significant number of cases aside from mergers (and also rightly underlines the decisive links between such enhanced enforcement of competition law and economic growth, a factor of major importance in the current Portuguese context). It brings to attention, as

nha de forma acertada as ligações decisivas entre tal aplicação reforçada do direito da concorrência e o crescimento económico, um factor da maior importância no actual contexto português). O mesmo documento chama também a atenção para *preocupações* relevantes sobre a “*difficuldade de promover procedimentos de aplicação de normas de concorrência a custos razoáveis e em prazos razoáveis*”, e a consequente exigência da adopção de medidas que garantam que as Autoridades de Concorrência “*dispõem dos poderes e instrumentos adequados para resolver problemas de concorrência no interesse dos consumidores e da economia*”, ao mesmo tempo aumentando a “*coerência e previsibilidade na prática e adopção de decisões no âmbito da concorrência*”. Estes requisitos, devidamente sublinhados em relação a um dos sistemas de direito da concorrência mais desenvolvidos e mais testados por um exigente crivo prático em todo o mundo, devem também constituir um *Leitmotiv* fundamental para a *modernização* do direito da concorrência a prosseguir em Portugal e que a *C&R* pretende acompanhar e discutir, para benefício dos seus leitores e com a activa participação destes, em Números futuros da Revista.

Regressando ao tema da *modernização* do direito e política da concorrência ao nível da União Europeia,

well, relevant “concerns” about “the difficulty in successfully prosecuting antitrust cases at reasonable cost and in reasonable time”, and the corresponding requirement to adopt measures ensuring that the Competition Authorities “have the right powers and tools to address competition problems in the interests of consumers and the economy”, while enhancing “coherence and predictability in competition practice and decision-making”. These requirements, duly underlined in connection with one of the most developed and tested competition law systems in the world, should also represent a fundamental Leitmotiv for the modernisation of competition law to be developed in Portugal and which C&R once more undertakes to follow and discuss to the benefit of its readers and with their active participation in the incoming numbers of the Review.

Turning again our attention to the modernisation of competition law and policy at the EU level, two key developments should be expected in the remaining part of 2011 and for 2012 in the fields of private enforcement of competition rules and collective redress and of services of

dois desenvolvimentos importantes são esperados na parte remanescente do ano de 2011 e em 2012 no campo da aplicação na esfera privada das regras da concorrência (*private enforcement*) e dos mecanismos de reparação colectiva (*collective redress*) e na área dos serviços de interesse económico geral (neste último caso, na sequência da Consulta Pública de 2010 e da Comunicação da Comissão, de Março de 2011, sobre a Reforma das Regras da UE em Matéria de Auxílios de Estatais aplicáveis aos Serviços de Interesse Económico Geral, que deverá conduzir à adopção de novos instrumentos legais neste domínio até Dezembro de 2011). Também neste domínio assumimos perante os nossos leitores o compromisso de seguir de perto estes cruciais e críticos desenvolvimentos nos próximos Números da Revista.

No que respeita ao dossier temático sobre *regulação do ambiente* deste N.º 5, a *C&R* apresenta um conjunto de três artigos produzidos por autores de língua portuguesa de ambos os lados do Atlântico. O artigo de António Sequeira Ribeiro (*A revisão da Lei de Bases do Ambiente: Algumas notas sobre a vertente sancionatória*) explica as origens da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril) e as suas relações com os programas de ambiente da União

general economic interest (SIEG) (in this latter case, following the 2010 public consultation and a March 2011 Commission Communication on the Reform of the EU State Aid Rules on Services of General Economic Interest that should lead to the adoption of new legal instruments in this domain until December of 2011). We also remain committed with our readers to closely follow these crucial and critical developments in the coming numbers of C&R.

As regards the special thematic file on environmental regulation of this No. 5, C&R presents a set of 3 articles by Portuguese native speakers from both sides of the Atlantic. The Article by António Sequeira Ribeiro (The Revision of the Environmental Framework Law: Some Notes on the Punitive Aspects) explains the origins of the Portuguese environmental Framework Law (Law No. 11/87, from the 7th April) and its connections with environmental EU programs, aiming to discuss what should a revised text cover, considering the modified subsector regulations appeared since 1987. The Article main key is however set in what should the punitive

Europeia, com o objectivo de discutir o que um texto revisto deveria abranger, considerando a regulação subsectorial surgida a partir de 1987. A questão chave do artigo reside, contudo, em saber como deveria ser composto o quadro punitivo da lei revista, apelando à necessidade de abandonar um pensamento de base criminal na acusação por infracções ambientais, de forma a conquistar-se maior eficácia na regulação e protecção do ambiente. O artigo de Heloísa Oliveira (*Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais*) visa discutir se as sanções penais e administrativas são mais ou menos adequadas como resposta às infracções ambientais. Num levantamento temático particularmente interessante, a Autora compara a estruturação dos princípios do processo penal, por um lado, com o procedimento administrativo, por outro, atingindo conclusões – como a defesa da adopção do princípio da oportunidade no âmbito de procedimentos sancionatórios administrativos, especialmente no que se refere à decisão de abertura de inquérito – que poderiam ser clarificados como ousadas em países de *civil law*, nos quais a investigação do maior número possível de infracções é tida como uma das principais vertentes da igualdade dos cidadãos perante o Estado. Neste dossier temático, a

framework of the revised law look like, claiming for the need to abandon a criminal base thought on the prosecution of environmental infringements, in order to conquer more efficacy on the environmental regulation and protection. The article by Heloísa Oliveira (Efficacy and Adequacy on the Punitive Protection of the Environment) is aimed to discuss if penal and administrative sanctions are more or less adequate as a response to environmental infringements. In a particularly interesting analysis, the Author compares the principle-based structure of the criminal procedure, on the one hand, and that other one of the administrative proceedings, on the other, achieving conclusions – such as the claim for adoption of the principle of opportunity on the field of administrative punitive proceedings, especially regarding the decision to open the formal investigation procedure – that could be classified as daring in civil law countries, where prosecuting all possible infringements is seen as one of the main features of citizen equality before the State. In this issue thematic file, C&R is also pleased to publish an article by the Brazilian

C&R tem ainda o prazer de publicar um artigo do Autor brasileiro José Danilo Tavares Lobato (*Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade*). Se nos ativermos a três palavras-chave para descrever o seu conteúdo, estas deverão corresponder a três aspectos primaciais: *ambiente, punição e democracia*. Danilo Lobato concentra a sua atenção nos crimes ambientais, evidenciando a forte dependência do direito criminal, neste domínio, em relação ao direito administrativo, e aos seus conceitos e estruturas legislativas. Este ponto de partida do subsector do direito criminal em causa parece ser um risco para a preservação *local* do princípio da legalidade, pretendendo o Autor apontar as soluções para o efeito, bem como ao princípio democrático, na definição dos crimes ambientais.

Ainda no Dossier Temático, o artigo de Giulio Federico (*Climate change and environmental policies in the European Electricity Sector*), que se insere no quadro da vocação internacional da *C&R*, analisa os principais desafios de natureza ambiental que se colocam ao sector energético da União Europeia (UE), em particular ao sector da energia eléctrica, e as suas implicações ao nível das políticas ambientais da União Europeia, incluindo uma análise do denomi-

Author José Danilo Tavares Lobato (Administrative Accessoriness in the Environmental Criminal Law and the Risks to the Legality Principle). If one should choose a few words to appealingly describe its content, they would probably be the following three: environment, punishment and democracy. Danilo Lobato sets his attention on environmental crimes, showing the strong dependence of criminal law, in this field, from administrative law, its concepts and law-making structures. This point of departure of the criminal law subsector in question appears to be a risk to the local preservation of the legality principle, aiming the Author to point out the solutions to preserve it, as well as the democratic principle, in the definition of the environmental crimes.

*Still comprehended in the thematic file, the article by Giulio Federico (Climate change and environmental policies in the European Electricity Sector), with which *C&R* displays its international vocation, analyses the main challenges to the energy sector in the European Union, particularly the electrical subsector, and its implications to the environmental politics of the EU, including an analysis*

nado *Emission Trading System* (ETS) ou Regime Comunitário de Licenças de Emissão da UE. Finalmente, e também no Dossier Temático, o artigo de Annette Bongardt e João Gata (*Competition policy and environmental protection: a critical overview*) analisa os possíveis conflitos e convergências ou sinergias entre política de concorrência e protecção ambiental em geral e na União Europeia. Este artigo analisa, em particular, o mecanismo ETS como instrumento principal para a implementação dos compromissos da UE relativamente ao protocolo de Quioto e o importante papel que a política de concorrência pode desempenhar para o seu bom funcionamento.

to the so-called Emission Trading System (ETS). Finally, also in the thematic file, the article by Annette Bongardt and João Gata (Competition policy and environmental protection: a critical overview) discusses the possible conflicts and convergences or synergies between competition politics and environmental protection, generally and in the EU. The article analyses particularly the ETD mechanism as the central instrument for the implementation of the EU commitments as regards the Kyoto Protocol and the essential role that competition politics can perform in its good functioning.