

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha  
Luís Silva Morais*

Após o número duplo (7/8) que encerrou o segundo ano completo de publicação da C&R, incluindo um dossier temático especial sobre concorrência e regulação económica no Brasil, regressamos agora, com o presente n.º 9, ao habitual formato de número singular.

Dar início a um terceiro ano de publicação faz-nos incorrer num compromisso alargado e reforçado com a comunidade crescente dos nossos subscritores, leitores, e, em geral, com a comunidade científica nos domínios das políticas da concorrência e da regulação económica em Portugal, na UE, e, permitimo-nos acrescentar, no plano internacional (beneficiando neste momento

*After the dual number (Nos. 7/8) that closed the second entire year of publication of C&R, including then a special thematic file on competition and economic regulation in Brazil, we return now with the current No. 9 to our usual single number format.*

*To initiate a third year of publication makes us incur in a further and enhanced commitment with the growingly enlarged community of our subscribers, readers and, in general, with the scientific community in the fields of competition and economic regulation policies in Portugal, the EU and, we*

de vínculos mais fortes com o Brasil e a América Latina, que planeamos ainda reforçar proximamente, na sequência de uma conferência realizada no dia 31 de maio, em S. Paulo, para lançamento editorial do antecedente número duplo da C&R e permitindo também uma ampla discussão das novas Leis da Concorrência do Brasil e de Portugal, aproveitando a coincidência temporal de ambas as reformas legislativas nos dois lados do Atlântico).

Seguindo a nossa habitual opção de alternar sucessivamente, em cada número, um maior enfoque ora no direito e política da concorrência ora na regulação sectorial da economia, este n.º 9 da C&R foi largamente centrado na regulação do sector financeiro e das instituições financeiras (incluindo um dossier especial que pretende abordar algumas questões fundamentais neste domínio, na sequência de um prévio dossier especial sobre esta área, publicado no n.º 2 da C&R). Existem, de facto, boas razões para revisitar este sensível campo da reforma da regulação do sector financeiro, como reacção à crise financeira que se tem mostrado mais persistente do que aquilo que inicialmente se supunha em 2007 e 2008. Para além do facto de estarmos confrontados com um processo, em curso, de reforma regulatória na UE e no plano internacional – o que jus-

*daresay, worldwide (with stronger bonds now with Brazil and Latin America that we plan to reinforce in the near future, following an International Conference that was held in May 31 in São Paulo for the editorial launching of the preceding double number of C&R and also allowing an ample discussion of the New Competition Acts in Brazil and in Portugal, taking advantage of this coincidental legislative reform in both sides of the Atlantic).*

*Following our usual option of alternating in each number a greater focus on competition law and policy and on economic regulation, this No. 9 of C&R is largely focused on regulation of the financial sector and financial institutions (including a special thematic file that purports to cover some fundamental issues in this domain, following a previous thematic file in this area published with No. 2 of C&R). There are, in fact, good reasons to revisit this sensitive field of reform of the regulation of the financial sector in the wake of the financial crisis that has been more persistent than initially supposed in 2007 and 2008. Besides the fact that we are faced with an*

tifica por si só uma atenção e discussão científica continuadas –, é possível antecipar neste momento riscos significativos em termos de perda de força e dinâmica deste processo de reforma regulatória ainda altamente inacabado (cujos sinais, são, com efeito, visíveis na última reunião do G20). Neste contexto, a comunidade académica e científica tem um dever reforçado de estimular a discussão nestas áreas de reforma em termos internacionais da regulação financeira, como forma de influenciar a continuação e o aprofundamento do processo da reforma em si mesmo.

Propomo-nos, em termos modestos, fazer parte desse esforço, através do nosso dossier temático, que compreende artigos de largo espectro temático neste campo, *v.g.*, os que abordam especificamente a reforma da regulação financeira ao nível da UE e o novo panorama *institucional* que esta no presente vem gerando, envolvendo certos riscos face a um conjunto de questões jurídicas e institucionais associadas à doutrina *Meroni*, ou o que cobre a significativa criação de um novo *Resolution Fund* para as instituições de crédito (no contexto da extensa reforma do regime legal Português, de recuperação e denominada *resolução* das instituições bancárias, levada a cabo pelo recente Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 12 de fevereiro).

*ongoing process of regulatory reform in the EU and worldwide – that justifies in itself continued scientific attention and discussion – it is now possible to perceive significant risks in terms of loss of momentum of this largely unfinished regulatory reform process (those signs being, in effect, visible in the latest and recent G20 meeting). In this context, the academic and scientific community has an enhanced duty of fostering the debate in these areas of reform of financial regulation worldwide as a means to influence the continuation and deepening of the reform process in itself. From a modest standpoint, we purport to take part in that effort through our special thematic file, which comprehends articles with a wide thematic spectrum in this field, e.g. the ones covering specifically the reform of financial regulation at EU level and the new institutional landscape it is currently generating, carrying with it certain risks in light of the non resolved issues of the Meroni doctrine, or the noteworthy establishment of a new Resolution Fund for credit institutions (in the context of the extensive reform of the Portuguese legal regime for recovery*

Em qualquer dos dois casos, os artigos em questão abordam aspetos-chave, e da máxima atualidade, que foram trazidos para o primeiro plano do debate europeu nas últimas semanas do final do primeiro semestre de 2012, com o efetivo lançamento da ideia de estabelecimento de uma união bancária na UE (particularmente na zona euro, tal como contemplado na conclusão do Conselho Europeu de 28 de junho).

Outros artigos incluídos neste dossier temático especial abordam questões sensíveis no tratamento de infrações criminais (ou quase criminais) do domínio da regulação dos mercados de valores organizados ('securities'), enfatizando as particularidades envolvidas nesta projeção especial ou aplicação de tipos e princípios criminais no domínio da regulação económica (com especial enfoque no tratamento dos novos poderes de inquérito atribuídos ao regulador português dos mercados de valores mobiliários e no tratamento das práticas de *scalping* nos mercados).

No que respeita à secção de doutrina geral, este n.º 9 da C&R compreende um atualíssimo artigo de Assimakis Komninos (antigo membro do conselho da Autoridade da Concorrência Grega e reconhecido especialista nos domínios do direito e da política da concorrência da UE), tratando questões de *private*

*and resolution of banking institutions carried out by the recent Decree-Law No. 31-A/2012, of 12 February).*

*In both cases, the articles at stake discuss key and timely issues that have been brought to the forefront of the European debate in the last couple of weeks at the end of the first semester of 2012 with the actual launching of the idea of establishing a Banking Union in the EU (particularly in the Euro area, as envisaged in the conclusion of the European Council of June 28).*

*Other articles included in the special thematic file cover sensitive issues in the treatment of criminal (or quasi-criminal) offences in the field of securities markets regulation, emphasizing the particularities at stake in this special projection or application of criminal types and principles in the domain of economic regulation (with special emphasis on the treatment of new powers of preliminary inquiry with which the Portuguese Securities Regulator has been entrusted and on the treatment of the practices of 'scalping' in the securities markets).*

*As regards the section of general doctrine, this No. 9 of C&R*

*enforcement* do direito da concorrência na Europa. Entendemo-lo como um artigo da maior importância, uma vez que este *private enforcement* do direito da concorrência se encontra presentemente numa encruzilhada na UE. Na realidade, após anos de debate continuado sobre a matéria e de múltiplos documentos de análise que foram adoptados pela Comissão Europeia para consulta pública, é agora previsível que a Comissão adopte iniciativas formais deste domínio até ao final deste ano de 2012. Neste contexto muito particular, o artigo de Assimakis Komninos propõe-se identificar e discutir criticamente aquilo que sugestivamente designa como tópicos ou questões de “segunda geração” em termos de ações judiciais referentes a compensação por danos originados em práticas concorrenciais proibidas (assumindo que as questões de “primeira geração” foram devidamente tratadas e consolidadas através da jurisprudência do tribunal de Justiça da UE, *v.g.*, nos acórdãos *Courage e Manfredi*)<sup>1</sup>.

Iniciamos aqui, deste modo, uma discussão sobre as perspectivas de *private enforcement* do direito da con-

*comprehends a most timely article of Assimakis Komninos (former Commissioner of the Greek Competition Authority and renewed specialist in the field of EU competition law and policy) covering issues of private antitrust enforcement in Europe. We regard it as a fundamental article considering that private enforcement of competition law is at a crossroad in the EU. Following years of consecutive debate and multiple analytical documents that were adopted by the European Commission for public discussion it is now foreseeable that the Commission will adopt formal initiatives in this domain until the end of 2012. In this very particular context, the article of Assimakis Komninos purports to identify and critically discuss what it suggestively designates as ‘second generation’ topics in terms of private antitrust damages actions (assuming that basic ‘first generation’ topics have been duly settled through the jurisprudence of the Court of Justice of the EU, e.g. in the “Courage” and “Manfredi” rulings<sup>1</sup>).*

<sup>1</sup> Vd. o acórdão proferido no proc. C-453/99, “*Courage Ltd v. Bernard Crehan*”, bem como o acórdão proferido nos procs. conjuntos C-295/04 a C-298/04, “*Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa et al.*”.

<sup>1</sup> See Case C-453/99, “*Courage Ltd v. Bernard Crehan*” and Joined Cases C-295/04 to C-298/04, “*Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa et al.*”.

corrência, que projetamos continuar nos próximos números da C&R (em especial, através de artigos que abordem a situação particular verificada em Portugal em termos de *private enforcement*).

Também na secção da Doutrina Geral, o n.º 9 da C&R inclui artigos que abordam a nova redação da disposição relativa ao abuso de posição dominante, decorrente da reforma do direito português da concorrência (efetuada pela nova Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e os recentes desenvolvimentos, em termos de interação entre a disciplina *antitrust* e a gestão coletiva dos direitos de autor no domínio *online* (área na qual um intenso debate científico se combina com a importantíssima relevância económica das questões debatidas, permitindo-nos antever, como foi já antecipado por alguns dos mais reconhecidos especialistas neste domínio, como John Temple Lang, que as denominadas *collecting societies* no domínio do licenciamento de música, especialmente no subsector *online*, terão de se adaptar, de forma drástica, a um ambiente totalmente novo).

Numa perspetiva do direito português da concorrência, esta secção de doutrina geral assegura a continuidade da discussão que nos temos vindo a propor estimular em torno da reforma da Lei Portuguesa da Con-

*We hereby initiate a discussion on the prospects of private enforcement of competition law that we plan to continue in the coming Nos. of C&R (notably with articles covering the particular situation of Portugal in terms of private enforcement of competition law).*

*Also in the Section of General Doctrine, No. 9 of C&R comprehends articles which cover the new drafting of the abuse of dominance provision arising from the reform of the Portuguese Competition Act (adopted through the recent approval of Law No. 19/2012, of 8 May) and the recent developments in terms of interplay between antitrust online collective copyright movement (an area in which intense scientific debate combines with the extreme economic relevance of the issues debated, allowing us to foresee, as anticipated by some of the most renowned specialists in this field as John Temple Lang, that collecting societies in the field of music licensing, and especially in its online subsector, will have to drastically adapt to a an entirely new environment).*

*From a perspective of Portuguese competition law, this section of general doctrine ensures the continuity of the*

corrência (através do acima referido artigo que equaciona a ideia de um novo e fundamental alinhamento do regime português do abuso de posição dominante com o correspondente regime vigente na UE) e que pensamos desenvolver numa base inteiramente nova, atendendo ao facto de que a aprovação da Lei n.º 19/2012 não representa em si mesma a conclusão da reforma, mas antes o possível começo de uma nova fase, em termos de concretização (*enforcement*) do direito e da política da concorrência em Portugal. Essa aprovação da nova Lei deverá representar, como tal, o começo de um processo de discussão científica aberta das soluções adotadas *de iure condito*, à luz de outras reformas realizadas em vários Estados-membros da UE (tendo ainda presente o contexto mais alargado do direito da concorrência da UE, que, claramente, influenciou esta reforma nacional). Nessa conformidade, a C&R propõe-se dedicar no futuro próximo e nos seus números subsequentes uma série de artigos às várias áreas da reforma resultante da Lei n.º 19/2012 (com relevância para a concretização e o *enforcement* do direito da concorrência nos próximos anos, numa discussão que se pretende aberta aos principais *stakeholders* neste domínio).

Passando agora a dirigir a nossa atenção ao direito da concorrência da

*debate that we have been purporting to foster on the reform of the Portuguese Competition Act (through the article that puts forward the idea of a fundamental new alignment of the Portuguese regime of abuse of dominance with the corresponding EU new regime) and that we plan to develop on an entirely new basis given the fact that the final adoption of Law No. 19/2012 does not represent in itself the end of reform but the possible start of a new stage in terms of competition law and policy enforcement in Portugal. It should represent, as such, the beginning of a process of an open scientific discussion of the solutions adopted 'de iure condito' in light of other national reforms adopted in several EU Member States (and also bearing in mind the wider context of EU competition law that has certainly influenced this reform). C&R accordingly purports to dedicate in the near future and in the coming numbers a series of articles covering various areas of the reform arising from Law No. 19/2012 (with relevance for enforcement in the coming years and opened to the major stakeholders in this domain).*

UE, o final de 2011 e o 1.º semestre de 2012 caracterizaram-se por desenvolvimentos relevantes, que compreendem, para além das intenções reiteradas da Comissão Europeia em termos de novas iniciativas no domínio do *private enforcement* (já mencionadas *supra*), o lançamento de um novo e vasto processo de modernização do controlo dos auxílios de Estado (através da Comunicação sobre Modernização da Política dos Auxílios de Estado, adotada pela Comissão em 8 de maio de 2012) ou um renovado e intenso enfoque nos mercados em transformação acelerada de serviços de busca na *internet* (e mercados relacionados, nos domínios das comunicações digitais e eletrónicas), através das investigações relativas à *Google*, que levaram a Comissão a contemplar, em maio de 2012, a discussão sobre possíveis soluções de adoção de compromissos (*antitrust remedies*) com o grupo *Google* (assim enfatizando a relevância que atribui ao mecanismo das decisões de compromissos, previsto no artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, num contexto em que devemos ainda sublinhar o significado de um mecanismo similar de decisões de compromissos recentemente adotado no direito Português, através da Lei n.º 19/2012).

Outros desenvolvimentos, que apresentam também alguma rele-

*Turning our attention to EU competition law, the end of 2011 and the first semester of 2012 have been characterized by relevant developments including, besides the restated intentions of the European Commission in terms of new initiatives on private enforcement (already mentioned supra), the launching of a new extensive process of state aid control modernization (through a Communication on the Modernisation of State Aid Policy adopted by the Commission on the 8 May 2012) or a renewed and intensive focus on fast-moving markets of web search services (and related markets in the digital and electronic communications fields) through the Google investigation that has led the Commission to consider in May 2012 a discussion on possible antitrust remedies with the Google group (thereby emphasizing the relevance it attributes to the mechanism of article 9 commitment decisions of Regulation No 1/2003 in a context in which we should also underline the significant of a similar mechanism of commitment decisions newly adopted under Portuguese Law through Law No. 19/2012).*



vância para a aplicação do direito da concorrência em Portugal, correspondem às decisões do Tribunal de Justiça da UE, de dezembro de 2011, nos casos *Chalkor* e *KME*<sup>2</sup>, nos quais o Tribunal procedeu a avanços muito significativos na clarificação do problema extremamente debatido da natureza e da extensão do escrutínio jurisdicional de decisões de aplicação do direito da concorrência adotadas pela Comissão. Em particular, o Tribunal clarificou que a inegável margem extensa de apreciação da Comissão Europeia – e, acrescentaríamos, das Autoridades Nacionais de Concorrência no âmbito de um sistema de aplicação do direito da concorrência de tipo administrativo, – não dispensa, mesmo nos casos mais complexos, um profundo escrutínio jurisdicional, do direito e dos factos, assegurando-se assim uma completa e efetiva proteção judicial, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Como sempre, propomo-nos acompanhar estreitamente estes desenvolvimentos na C&R, em particular participando ativamente na intensa discussão que terá lugar sobre a reforma da política de auxílios de Estado no segundo semestre de 2012 e na transição para 2013.

<sup>2</sup> Vd, respetivamente, os acórdãos proferidos no proc. C-386/10 P (“*Chalkor*”) e nos procs. C-389/10 P e C-272/09 P (“*KME*”).

*Other noteworthy developments with relevance for the enforcement of competition law in Portugal correspond to the December 2011 rulings of the Court of Justice of the EU in the “Chalkor” and “KME” cases<sup>2</sup> in which the Court went a long way to clarify the much debated topic of the nature and extent of judicial review of decision of competition law enforcement adopted by the Commission. In particular, the Court has made clear that the undeniable extensive margin of discretion of the Commission – and, we could add, of other National Competition Authorities following an administrative type system of enforcement – does not dispense, even in the most complex cases, an in-depth judicial review of the law and the facts, thus ensuring full and effective judicial protection under the EU Charter of Fundamental Rights).*

*As always, we purport to follow closely these developments at C&R, in particular taking an active part in the extensive debate that will take place on reform of state aid policy in the second half of 2012 and in the transition to 2013.*

<sup>2</sup> See respectively Case C-386/10 P (“*Chalkor*”) and Cases C-389/10 P and C-272/09 P (“*KME*”).