

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

Com o N.º 10 da C&R regressamos, no âmbito dos dossiers temáticos especiais da Revista, ao domínio do *direito e da política da concorrência* (depois versar no número precedente o domínio da regulação do sector financeiro, assim dando continuidade à nossa cobertura alternativa, nesses dossiers temáticos, de matérias ora de regulação económica ora de direito da concorrência). Neste caso, o dossier temático especial tem por objeto a reforma de 2012 da lei portuguesa da concorrência, compreendendo, na sequência de anteriores contributos publicados na C&R, algumas análises preliminares deste novo regime. Tal corresponde, seguramente, a um domínio ao qual

With No 10 of C&R we return in terms of special thematic files to the domain of competition law and policy (after having covered in the precedent numbers the field of regulation of the financial sector, thus continuing our alternative coverage in such thematic files of topics either of economic regulation or competition law). In this case, the special thematic file is focused on the 2012 reform of the Portuguese Competition Act, comprehending, in the wake of previous analytical contributions published in C&R, some preliminary analyses on this new

regressaremos em números futuros, propondo-nos, assim, proporcionar uma discussão crítica tão alargada quanto possível deste novo regime, a qual não deve ser encerrada com a aprovação da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, mas, pelo contrário, deve ser prosseguida no contexto da adoção de Linhas de Orientação pela Autoridade da Concorrência relacionadas com o novo regime e, sobretudo, dos primeiros passos em termos de aplicação desse regime, envolvendo todos os 'stakeholders' relevantes (sendo este enforcement do novo regime, como sempre sucede no domínio do direito da concorrência, o fator decisivo para produzir as necessárias clarificações e definições em relação às próximas etapas da evolução do sistema nacional de defesa da concorrência, ainda mais interligado do que no passado recente com o direito da concorrência da UE).

Para além deste dossier temático especial, a secção de doutrina geral inclui vários artigos que cobrem tanto o domínio do direito e da política da concorrência como o da regulação económica em geral. No contexto da dimensão internacional que a C&R se propôs desenvolver desde os seus primeiros passos, há dois anos, e cumprindo o nosso programa editorial que contempla a publicação de artigos em português, inglês, francês e castelhano (embora reconhe-

regime. This corresponds manifestly to a domain to which C&R will return in future numbers, thus purporting to foster the widest possible discussion of such new regime, which should not be closed with the approval of Law No 19/2012, of 8 of May, but, on the contrary, should be continued in the context of the adoption of relevant Guidelines by the Portuguese Competition Authority related with the new regime and, above all, of the first steps in terms of enforcement of such regime involving all relevant stakeholders (these, as always in the field of competition law, being the decisive factor in terms of producing the relevant key definitions concerning the next stages of evolution of the national system of competition law, even more intertwined than in the recent past with EU competition law).

Besides this special thematic file, the General Section comprehends several articles that cover both the field of competition law and policy and economic regulation in general. In the context of the internationalization dimension that C&R has purported to develop since its first steps two years ago, and fulfilling our editorial program that contemplates

cendo que, para além do português, e por razões naturais, relacionadas com as características da comunidade *antitrust* internacional, o inglês tem sido dominante na maioria dos números da C&R), inauguramos neste N.º 10 a participação de especialistas espanhóis nestes áreas (publicando em castelhano). Tal ocorre através da publicação de um artigo de Luis Ortiz Blanco e de Alfonso Lamadrid de Pablo, cobrindo o tema fundamental do teste substantivo a utilizar para efeitos do controlo de concentrações de empresas. Estes autores debatem a transição do antigo teste de domínio do anterior Regulamento Comunitário de controlo de concentrações, de 1989, para o novo teste do “*entrave significativo à concorrência efetiva*” (ou teste ‘SIEC’), nos termos do Regulamento N.º 139/2004 (que reformou extensivamente as regras de controlo de concentrações da UE). Para além da relevância científica e prática deste problema sempre controvertido, em termos gerais, a sua discussão crítica é, permitimo-nos acrescentar, especialmente atual em Portugal, também no contexto da *supra* referida reforma de 2012 da lei nacional da concorrência (a qual, na sequência da reforma de 2004 da UE do controlo de concentrações, também substituiu o teste de domínio pelo teste SIEC). Em particular, o artigo de Ortiz Blanco e Lamadrid

the publication of articles in Portuguese, English, French and Spanish (although acknowledging that besides Portuguese, and for natural reasons related with the characteristic of the antitrust scientific community worldwide, English has been dominant in most numbers of C&R), we inaugurate in this No 10 the participation of Spanish experts in these fields (publishing in Spanish). This happens through the publication of an article of Luis Ortiz Blanco and Alfonso Lamadrid de Pablo covering the fundamental topic of the substantive test to be used for purposes of merger control. These authors discuss the transition from the old dominance test under the former 1989 EU Merger Control Regulation to the new ‘substantial impediment to effective competition’ test (or SIEC test), under EU Regulation No 139/2004 (that extensively reformed EU merger control rules). Besides the scientific and practical relevance of this always controversial topic, in general terms, its critical discussion is, we daresay, especially timely in Portugal, also in the context of the aforementioned 2012 reform of the National Competition Act (which, in the wake of the 2004 EU

de Pablo, publicado neste número da C&R, marca o início de um verdadeiro debate científico ibérico, que nos propomos doravante desenvolver com regularidade nos domínios da direito da concorrência e da regulação económica, acompanhando extensas reformas dos regimes do direito da concorrência em Portugal e Espanha e considerando ainda as perspectivas de novas reformas nos regimes da regulação económica destes dois Estados membros da UE. Acresce que acreditamos existirem condições para que os ecos deste debate possam chegar, em moldes para todos vantajosos, à América Latina, espaço ao qual a C&R dedicou já o número duplo que encerrou o seu segundo ano de publicação (culminando essa iniciativa com uma conferência em São Paulo, em maio de 2012, que debateu a reforma das leis brasileira e portuguesa da concorrência, as quais, curiosamente, coincidiram largamente no tempo, e deverá constituir uma fonte de novos artigos para futuros números da C&R, criando pontes entre as discussões críticas do debate do direito da concorrência e da regulação nos dois lados do Atlântico).

Na secção de doutrina geral incluímos igualmente um artigo de Alberto Saavedra (publicado em inglês) que com elevada oportunidade aborda o problema do acesso por tribunais

merger control reform, also replaced the dominance test by the SIEC test). Above all, Ortiz Blanco and Lamadrid de Pablo's article published in this number of C&R marks what we intend to be a regular scientific Iberian debate, in the competition law and economic regulation arenas, following extensive reforms of the competition law regimes in Portugal and Spain and also considering the prospects of further reforms in these two EU Member States of their respective frameworks of economic regulation. Furthermore, we believe the echoes of this debate will advantageously reach Latin America to which C&R has already dedicated its double number that closed its second year of publication (culminating that initiative with a conference in São Paulo in May 2012 that discussed the reform of the Brazilian and the Portuguese Competition acts, curiously largely coincident on time and which is bound to produce new articles to future numbers, bridging the competition law and regulation debate in the two sides of the Atlantic).

Also in the General Section we include an article of Alberto Saavedra

nacionais e denunciante privados a documentos detidos pela Comissão e emergentes de procedimentos fundados no regime de clemência. É sobejamente sabido que o acesso a esse tipo de documentos (com origem em processos de clemência) suscita questões sensíveis, como melhor foi evidenciado pelo importante acórdão *Pfleiderer*, de 2011, do Tribunal de Justiça da UE, em termos que, previsivelmente, gerarão iniciativas normativas neste domínio por parte da Comissão Europeia no decurso de 2013. A discussão deste problema e de questões com o mesmo relacionadas encontra-se, por isso, no centro dos debates em sede de direito da concorrência.

De Leonor Rossi e Miguel Ferro, publicamos (também em inglês) um artigo sobre *private enforcement* no direito português da concorrência, que corresponde à primeira parte de um projeto de investigação – concebido como parte de um programa de investigação global ao nível da UE – o qual se propõe identificar de uma forma razoavelmente exaustiva precedentes judiciais nos tribunais portugueses que, de algum modo, envolvam aspetos ou elementos de *private enforcement* de direito da concorrência (ao mesmo tempo debatendo problemas jurídicos relevantes, que podem constituir obstáculo a uma expansão ulterior do *private*

(published in English) on the timely topic of access by national courts and private plaintiffs to leniency documents held by the Commission. It is widely known that access to leniency documents raises sensitive issues, as further evidenced by the important 2011 Pfleiderer ruling of the Court of Justice of the EU, in terms that will predictably, generate normative initiatives in this domain on the part of the European Commission in the course of 2013. The discussion of this topic and related issues is, therefore, extremely at the core of the EU competition law debate.

From Leonor Rossi and Miguel Ferro, we publish (also in English) an article on private enforcement of competition law in Portugal, which corresponds to the first part of a research project – intended as part of a global research project at the level of the EU – that purports to identify in a comprehensive manner judicial precedents in Portuguese Courts that have somehow involved aspects or elements of private enforcement of competition law (at the same time discussing relevant legal problems which may be on the way of a further expansion of private

enforcement do direito da concorrência no sistema judicial português e soluções potenciais para tais problemas, o que corresponde a um conjunto de matérias da maior relevância, num momento em que novas iniciativas da Comissão Europeia para aprofundar o *private enforcement* nos vários Estados membros da UE são também esperadas no decurso de 2013). Esta constitui, de resto, uma área que nos propomos continuar a acompanhar, numa dupla via, quer publicando a segunda parte dos resultados desta investigação no que respeita ao *private enforcement* do direito da concorrência em Portugal, quer comentando em futuros números da C&R as iniciativas da Comissão neste domínio, há muito aguardadas e de algum modo proteladas, assim que estas se concretizarem em 2013).

Num plano temático diverso, a secção de doutrina geral do presente número da C&R inclui artigos de Olívio Mota Amador, Márcio Schlee Gomes e André Lacerda Azevedo, tratando respetivamente novos desafios da regulação do sector da saúde em Portugal, a sempre sensível questão das buscas e apreensões em escritórios de advogados *in house* e um possível novo paradigma mundial que possa representar a lei anticorrupção do Reino Unido de 2010, em termos da luta internacional con-

enforcement of competition law in the Portuguese judicial system and potential solutions for such problems, a matter of the utmost relevance at a time in which new initiatives of the European Commission to foster private enforcement in the various EU Member States are also to be expected in the course of 2013). This is an area that we commit to follow on, in a dual manner, both publishing the second part of the results of this research as regards private enforcement of competition law in Portugal, and duly commenting the long waited and rather protracted Commission initiatives in this domain once these materialise during 2013.

At a different level, the General Section of the current number of C&R includes articles by Olívio Mota Amador, Márcio Schlee Gomes and André Lacerda Azevedo, respectively covering new challenges of regulation of the health sector in Portugal, the always sensitive issue of searches and seizures in offices of in-house lawyers and the possible new paradigm worldwide that may represent the UK Bribery Act 2010 in terms of international fight against corruption (dealing, inter alia, with

tra a corrupção (equacionando, entre outros aspetos, o complexo problema da potencial expansão de jurisdição dos tribunais do Reino Unido, questão jurisdicional que se verifica também em conexão com vários sistemas de *common law*, em vários domínios do direito da economia, *v.g.*, mas não somente, nos domínios da regulação financeira). No que respeita ao artigo sobre regulação do sector da saúde, sublinhamos igualmente a sua relevância atual para um necessário debate alargado sobre as condições de reforma do sector da saúde, muito condicionada neste momento por consabidos problemas de finanças públicas, a qual possa, em termos gerais, assegurar uma apropriada garantia de direitos e padrões de assistência para os utentes dos serviços de saúde.

Retornando ao dossier temático especial deste número da C&R, compreendendo análises iniciais da nova lei da concorrência de Portugal, este inclui um artigo de João Espírito Santo Noronha, sobre questões de aplicação no tempo do novo regime *antitrust* e dos procedimentos de controlo de operações de concentração iniciados na vigência da anterior lei da concorrência; um artigo de Paulo de Sousa Mendes sobre contencioso jurisdicional no domínio da concorrência, procedendo em paralelo a um balanço geral de casos anteriormente

difficult topics of potential expansion of jurisdiction of UK courts, a problem that is also felt in connection with various Common Law systems in various domains of economic law, e.g. but not only in the field of financial regulation). As regards the article on regulation of the health sector, we also underline its current relevance for a much needed wide debate on conditions of reform of the health sector, much constrained these days by well known problems of public finance, in overall terms that may ensure a proper safeguard of the rights and patterns of assistance to health care service users.

Turning again our attention to the special thematic file comprehending initial analyses of the new Portuguese Competition Act, this includes an article by João Espírito Santo Noronha, on issues of application of the new regime to antitrust and merger control procedures initiated under the previous 2003 Competition Act; an article by Paulo de Sousa Mendes on judicial litigation on competition law cases, at the same time drawing an overall balance of cases previously decided by Portuguese Courts and exploring potential developments

decididos por tribunais portugueses e explorando potenciais desenvolvimentos que possam ser esperados neste domínio crucial, à luz da nova lei da concorrência; e, finalmente, um artigo de Fernando Xarepe Silveiro, sobre o novo regime da clemência, resultante da já referida lei da concorrência de 2012, tendo em consideração a extensa revisão desse regime no contexto desta reforma legislativa e equacionando também os termos em que esta reforma possa, ou não, contribuir para desenvolver uma política de clemência mais eficiente em Portugal, à luz dos desenvolvimentos ocorridos ao nível da UE e em outros Estados membros.

Globalmente, como já referido, tal representa, tão só, o ponto de partida para uma discussão crítica alargada, em números futuros da C&R, congregando desejavelmente visões contrastantes de vários *stakeholders*, procurando antecipar os novos rumos do *enforcement* do direito e da política da concorrência em Portugal. Na realidade, depois de uma primeira fase de gradual, embora difícil, consolidação de jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, na sequência da criação da Autoridade da Concorrência, em 2003, e considerando a criação de um novo tribunal especializado em concorrência e regulação, em paralelo com a aprovação da nova lei da concorrência, o teste funda-

that might be expected in this crucial domain in light of the new Competition Act; and, finally, an article by Fernando Xarepe Silveiro on the new leniency rules arising from the aforementioned 2012 Competition Act, bearing in mind the extensive review of such regime in text context of this legislative reform and discussing also how this reform may or may not contribute to develop a more effective leniency policy in Portugal in light of the developments occurred at EU level and in other EU Member States.

On the whole, as aforementioned, this represents the starting point of a comprehensive critical discussion, in future numbers of C&R, ideally reuniting contrasting views from various stakeholders, in order to foresee the new paths to be followed by competition law enforcement and policy in Portugal. In reality, after a first phase of gradual, albeit difficult, consolidation of case law of the Commercial Court of Lisbon, following the establishment of the Competition Authority in 2003, and considering the creation of a new Specialised Competition and Regulation Court, in parallel with the adoption of the New Competition Act,

mental para o novo regime jurídico da concorrência e, arriscaríamos dizer, para uma renovada cultura do direito da concorrência em Portugal, advirá de futuros desenvolvimentos jurisprudenciais que resultarão da aplicação da lei de 2012 (bem como das novas condições de publicitação das decisões da Autoridade da Concorrência, assim abrindo caminho para uma mais frutuosa e aberta discussão, tecnicamente fundamentada, do regime da concorrência, tal como consubstanciado nos seus componentes-chave de aplicação).

O atual contexto de crise económica aguda reforça, de resto, sobremaneira, os desafios a enfrentar na nova fase do direito português da concorrência que agora se inicia (e que a C&R, de acordo com a sua missão editorial, acompanhará nos vários planos relevantes).

Ao nível da UE, os futuros desenvolvimentos expectáveis em 2013 incluem, para além do domínio já referido de *private enforcement* das regras da concorrência, a reforma do regime e política de auxílios de Estado, envolvendo um delicado equilíbrio global num momento em que as atuais condições económicas requerem novas formas de intervenção pública na economia e também, potencialmente, uma melhor conjugação entre a aplicação das regras de concorrência ao sector financeiro

the key test for the new competition law regime and, we daresay, for a renewed competition law culture in Portugal, will result from future jurisprudential developments that will arise from the enforcement of the 2012 Act (as well as from the new conditions for disclosure of the Competition Authority decisions, thus paving the way to a more fruitful and open, technically based, discussion, of the competition regime as materialised through its key enforcement component).

The current context of acute economic crisis only enhances the challenges to be met in the new phase of Portuguese competition law to be now initiated (and that C&R will duly follow at the various relevant levels).

At EU level, future developments to be expected in 2013 include, beside the already mentioned domain of private enforcement of competition rules, state aid law and policy reform, involving a delicate overall balance in times in which the current economic conditions require new forms of public intervention in the economy and also, potentially, a better interplay between application of competition rules to the

e regras de regulação deste sector, extensamente reformadas (no contexto do estabelecimento gradual de uma verdadeira *união bancária europeia*, para a qual as decisões do último trimestre de 2012 vieram abrir caminho, conquanto ainda muito incompleto e com múltiplas interrogações no horizonte no que respeita ao seu objetivo e contribuição efetiva para enquadrar, ao menos parcialmente, os atuais dilemas da zona euro, matéria a que dedicaremos igualmente atenção considerável em números futuros).

Em sede de aplicação de direito da concorrência, dois potenciais desenvolvimentos, entre outros, podem ser salientados e justificarão atenção continuada no decurso de 2013. Referimo-nos à nota de ilicitude de 2012 da Comissão sobre o alegado incumprimento pela Microsoft dos compromissos sobre escolha de *browser*, que pode vir a constituir, em última análise, um caso paradigmático em termos do alcance global das decisões de compromissos e do seu efetivo escrutínio pelas autoridades da concorrência. Reportamo-nos aqui, também, às atuais averiguações relativamente a atuações da Google por parte da Comissão e ao novo caso Gazprom, formalmente desencadeado em setembro de 2012 pela Comissão, com a vista a apurar se este grupo empresarial russo poderá estar

financial sector and largely reformed rules for regulation of this sector (in the context of the gradual establishment of a true European Banking Union, for which decisions of the last quarter of 2012 have been preparing the ground, albeit still a very incomplete one and with multiple question marks in the horizon as regards its scope and actual contribution to partially addressing the current dilemmas of the Euro area, something to which we shall also dedicate appreciable attention in future numbers). In terms of competition law enforcement, two potential developments, among others, may be underlined as justifying continued attention in the course of 2013. We refer to the October 2012 statement of objections of the Commission on the alleged non-compliance by Microsoft with browser choice commitments, which may be ultimately a paradigmatic case in terms of the global reach of commitment decisions and its effective scrutiny by Competition Authorities. We refer also to the ongoing Google investigations by the Commission and to the new Gazprom case arising from the September 2012 opening of formal

a restringir a concorrência nos mercados energéticos (o qual pode eventualmente vir a representar quanto ao sector energético um contributo comparável ao que o caso Microsoft deu para a área da *nova economia*, em termos de novos avanços da política de concorrência).

Finalmente, novas perspectivas de um melhor e mais exigente *enforcement* das regras de concorrência podem desejavelmente estar no horizonte através do contínuo reforço qualitativo do chamado *due process* neste domínio e de um conhecimento e utilização mais alargados de áreas alternativas de *enforcement* (menos frequentemente discutidas, mesmo no contexto das iniciativas de desenvolvimento do *private enforcement* da UE). Estas duas dimensões são particularmente consideradas em dois dossiers temáticos especiais que a C&R está a finalizar e que aqui antecipamos à comunidade dos nossos leitores. Referimo-nos, por um lado, a um dossier temático especial sobre deveres de cooperação com autoridades de concorrência e autoridades reguladoras sectoriais (versando o seu objeto e seus possíveis limites) e, por outro lado, a um dossier temático especial sobre o interface entre a arbitragem e o *enforcement* das regras de concorrência, que serão publicados no próximo número da C&R, encerrando o terceiro ano de

proceedings by the Commission, to investigate whether this Russian energy group may be restricting competition in EU energy markets (which may come to represent to the energy sector what the Microsoft case represented for the new economy area in terms of a new leap of competition policy).

Finally, new prospects of better and more demanding enforcement of competition rules may ideally be expected through the continuous refinement of due process in this domain and a wider knowledge and use of alternative areas of enforcement (less frequently discussed even in the context of the EU private enforcement process and initiatives). These two dimensions are particularly envisaged in two special thematic files that C&R is completing and which we may here anticipate to the community of our readers. We refer, on the one hand, to a special thematic file on duties of cooperation with Competition and Regulatory Authorities, its scope and its limits and, on the other hand, to a thematic file on the interplay between arbitration and the enforcement of competition rules, that are to be published in the next number of

publicação, e que, por essa razão e excepcionalmente, será de novo um número duplo, compreendendo os números 11 e 12 (não obstante projetarmos doravante, e em geral, o regresso ao nosso formato habitual de um único número). Esses aspectos, em paralelo com o conteúdo do atual número da C&R, representam ótimas razões para continuar e aprofundar o diálogo crítico com os nossos leitores em Portugal, na UE, na América latina, e, como também nos propomos, em termos internacionais mais alargados.

C&R, closing its third complete year of publication, and which, for that reason and exceptionally, will be again a dual number, comprehending Nos 11 and 12 (while we plan henceforth and in general to return to our usual format). These, together with the content of the current number, represent good reasons for continuing and deepening the critical dialogue with our readers in Portugal, the EU, Latin America, and hopefully worldwide.