

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

Com este número duplo da C&R (compreendendo os números 11 e 12), completamos o terceiro ano consecutivo da publicação desta revista.

Para assinalar o encerramento deste terceiro ano do presente projeto editorial, considerámos apropriado, como sucedeu por ocasião do aniversário da C&R, publicar simultaneamente dois *dossiers* temáticos, num número duplo, apesar de o considerarmos um formato claramente excepcional (privilegiando, por isso, números individuais, tratando-se de uma publicação trimestral).

Três anos representam normalmente um período de tempo curto, mas, em termos de lançamento de um projeto científico e editorial – com as características pretendidas

With this double number (comprehending numbers 11 and 12) of C&R we complete a third consecutive year of publication of the Review.

To mark the completion of the third year of this editorial project we found appropriate, as it had occurred with the second anniversary of C&R, to publish simultaneously two thematic files in a double number of the Review, albeit we intend this to be a clearly exceptional format (privileging henceforth individual numbers of C&R as per our normal quarterly publication period).

Three years represent usually a very short period of time but, in terms of launching a scientific and editorial project – with the characteristics

neste projeto C&R e os seus respectivos obstáculos – isto corresponde já a um apreciável grau de consolidação do projeto (particularmente se considerarmos a muito precária ou transitória natureza de múltiplos projetos científicos em áreas que envolvem um alto grau de conhecimento especializado e que, por isso, estão inclinados para mobilização de um público e leitores mais especializados, enquanto a C&R se propõe atingir gradualmente uma audiência mais vasta, numa base interdisciplinar, económica e jurídica, também fazendo um balanço de um foco alargado de atenção que a crise económica, largamente devida a séries de falhas e omissões de regulação, criou em termos da consideração genérica da regulação económica).

Mais do que isso, fomos confrontados no decurso dos últimos três anos com a poderosa e verdadeiramente excecional aceleração do tempo histórico, no início da crise financeira internacional de 2007-2009, que conduziu a um debate internacional sobre a reforma da regulação financeira, que a C&R já trabalhou em *dossiers* temáticos especiais, mas alargando-se a outras áreas da regulação económica – e também a um considerável debate sobre o papel do direito e da política de concorrência (em tempos de sérias dificuldades económicas e sociais).

aimed for in this C&R project and its corresponding hurdles – this already corresponds to an appreciable degree of consolidation (particularly if we consider the rather precarious or transitory nature of multiple scientific projects in areas that involve a high degree of specialized knowledge and that, accordingly, are prone to mobilize a more specialized readership and public, while we purport to reach gradually a wider audience on an interdisciplinary basis, economic and legal, also taking stock of the widened focus of attention that the economic crisis, largely due to a series of regulatory failures and gaps, has created in terms of understanding economic regulation in general).

Furthermore, we have been confronted in the course of the latest three years with a powerful and quite exceptional acceleration of the historical time in the wake of the international financial crisis of 2007-2009, that has led to an international debate on regulatory reform – largely centered on reform of financial regulation, that C&R has already covered in two special thematic files, but spilling over to other areas of economic regulation – and also to a considerable debate on the role of competition law and policy (in times of serious economic and social distress).

Considerando este ambiente excepcionalmente dinâmico – em termos de regulação económica e de políticas públicas – tivemos o objetivo de lidar com aqueles desafios trabalhando regularmente nestes últimos três anos algumas reformas regulatórias a nível mundial, a nível da UE e também ao nível de Portugal (compreendendo aqui, designadamente, a reforma da Lei da Concorrência, decorrente da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

Com este número duplo da C&R procurámos esse objetivo editorial, particularmente através dos dois dossiers temáticos nele incluídos, que compreendem (i) *a arbitragem e o direito da concorrência em Portugal e na UE* e (ii) *o dever de cooperação com as autoridades reguladoras*.

O primeiro dossier temático inclui artigos de José Robin de Andrade, Laurence Idot, Christopher Hodges e Assimakis Komninou e teve a sua principal origem numa conferência realizada em Lisboa, em outubro de 2012, organizada conjuntamente pelo IDEFF (Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa) e pela Direção-Geral de Defesa do Consumidor (DGC).

Tal como referido no artigo de José Robin de Andrade, esta Conferência pretendeu, pela primeira vez em Portugal, analisar a pos-

Given this exceptionally dynamic environment – in terms of economic regulation and public policies – we have purported to cope with such challenges, addressing regularly throughout these latest three years some of the key topics involved in regulatory reforms at worldwide level, at EU level and also at the national level in Portugal (comprehending here namely the reform of National Competition Act, arising from the adoption of Law No. 19/2012, of 8 of May, 2012).

With this double number of C&R we pursue that editorial goal, particularly through the two thematic files included therein, which cover (i) arbitration and competition law in Portugal and the EU and (ii) the duty to cooperate with regulatory authorities.

The first thematic file comprehends articles by José Robin de Andrade, Laurence Idot, Christopher Hodges and Assimakis Komninou and was essentially originated in a Conference held in Lisbon, in October 2012, jointly organized by IDEFF (Institute of Economic Financial and Tax Law of Lisbon Law University) and the Portuguese Directorate-General of Consumer Affairs (DGC).

As referred in the article by José Robin de Andrade, this Conference

sível interação entre a arbitragem e o direito da concorrência, na sequência da aprovação da nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro). Os documentos que resultaram da conferência, incluídos neste *dossier* temático especial, acrescentados e atualizados, baseados neste recente desenvolvimento normativo nacional, nos desenvolvimentos jurisprudenciais relevantes a nível da UE (compreendendo também as sentenças arbitrais em vários Estados membros da UE) e em recentes discussões analíticas sobre esses temas cruciais, especialmente os decorrentes das *Hearings on Arbitration and Competition* da OCDE, de 2010 (com dois estudos notáveis aí apresentados, de Luca di Radicati Brozzolo e Laurence Idot, o segundo dos quais é, compreensivelmente, amplamente referido no artigo de Laurence Idot incluído no nosso dossier temático).

Na verdade, embora o conteúdo de numerosas sentenças arbitrais não seja divulgado publicamente – impedindo, assim, uma maior consciência das potenciais simbioses entre a arbitragem comercial e a aplicação do direito da concorrência – é um facto que, num número crescente de casos de arbitragem, as questões do direito da concorrência são consideradas pelos tribunais arbitrais. A relevância destas simbioses e o seu signifi-

purported for the first in time in Portugal to address the possible interplay between arbitration and competition law enforcement, in the wake of the adoption of the new Portuguese Law on Voluntary Arbitration (Law No. 63/2011 of 14 December). The resulting, expanded and updated papers included in this special thematic file build on this recent normative development (in terms of Portuguese Law), on the relevant jurisprudential developments at EU level (comprehending also arbitral awards in various EU Member States) and on recent analytical discussions of these crucial topics, particularly the ones arising from the 2010 OECD Hearings on Arbitration and Competition (with two remarkable Studies presented therein, of Luca Radicati di Brozzolo and Laurence Idot, the second of which is understandably largely referred to in the article of Laurence Idot included in our thematic file).

In fact, although the content of numerous arbitral awards is not publicly disclosed – thus preventing a wider awareness of the potential crosscurrents between commercial arbitration and the enforcement of competition law – the fact remains that in a growing number of arbitral cases competition law issues

cado para a aplicação do direito da concorrência no contexto decorrente da descentralização na aplicação do direito da UE (desenvolvido desde 2003 e preparado pela Comissão desde 1999) foi compreendida por alguns dos mais notáveis especialistas em política de concorrência, como Claus-Dieter Ehlermann, que, já em 2001, antecipava – no contexto da modernização de 2003 do direito da concorrência da UE, orientada não só para a descentralização, mas também para um campo potencial de *private enforcement* das regras da concorrência – que “no futuro, a Comissão terá de adotar uma abordagem mais positiva em relação à arbitragem, pois esta é uma pré-condição para o exercício de modernização”¹. Os vários artigos incluídos no nosso *dossier* temático especial abordam os diversos desenvolvimentos relevantes que possam promover essa interação virtuosa entre a arbitragem e a aplicação do direito da concorrência e as perspectivas futuras neste domínio ao nível da UE (estendendo-se também essa análise de novas formas de ressarcimento dos consumidores para além dos limites do direito da concorrência e dos limites estritos de arbitragem, lidando também com os proce-

are raised and taken into consideration by arbitral courts. The relevance of these crosscurrents and its significance for the enforcement of competition law in the context arising from the decentralization in the application of EU competition law (developed since 2003 and prepared by the Commission since 1999) was perceived by some of the most remarkable specialists in competition policy, like Claus-Dieter Ehlermann, who as early as in 2001, already anticipated – in the context of the post 2003 modernization of EU competition law, oriented not only to decentralization but also towards a potential field of private enforcement of competition rules – that “in future the Commission will have to take a more positive stand towards arbitration, as this is a pre-condition for the modernization exercise”¹ The various articles comprehended in our special thematic file comment the various relevant developments that may foster this virtuous interplay between arbitration and enforcement of competition law and the prospects ahead in this domain at EU level

1 Cfr. C-D Ehlermann, I Atanasiu, (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2003, p. 303.

1 See C-D Ehlermann, I Atanasiu, (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2003, p. 303.

dimentos de resolução alternativa de litígios – RAL).

O artigo de Robin de Andrade, como já foi referido, inicia-se com o novo Direito Português da Arbitragem Voluntária, de 2011, revendo também alguns precedentes portugueses dignos de nota, nos quais as questões do direito da concorrência foram ponderadas pelos tribunais arbitrais (e determinou mesmo o resultado de alguns sentenças arbitrais). O artigo suscita as questões levantadas pela aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais, à luz das disposições pertinentes do direito português sobre arbitragem e dos princípios jurídicos aplicáveis neste domínio, bem como da jurisprudência do TJUE.

O artigo de Laurence Idot, em grande parte fundado na sua já referida comunicação na Conferência de Lisboa de 2012 e no seu estudo apresentado no contexto das *2010 OCDE Hearings*, trata o conceito fundamental da ordem pública e o seu significado e relevância para a aplicação das regras de concorrência da UE por tribunais arbitrais, na esteira da jurisprudência “Eco Swiss” do TJUE, de 1999, mas também das decisões “Mostaza Claro” (2006) e “Asturcom” (2009), casos de direito do consumidor. Também se discutem aí as condições para a apresentação de problemas de direito da concorrência

(extending also that analysis to new forms of redress for consumers beyond the boundaries of competition law and the strict boundaries of arbitration, dealing also with alternative dispute resolution procedures – ADR).

The article by Robin de Andrade, as already referred, starts from the new rules of the 2011 Portuguese Law on Voluntary Arbitration, also reviewing some noteworthy arbitration precedents in Portugal where competition law issues were pondered by arbitral courts (and even determined the outcome of some arbitral awards). The article discusses the issues raised by the application of competition law by arbitral courts in light of the relevant provisions of Portuguese law on arbitration and of legal principles applicable in this domain and of the ECJ jurisprudence as well.

The article of Laurence Idot, largely based on her Communication in the aforementioned Lisbon October 2012 Conference and on her Study presented in the context of 2010 OECD Hearings, discusses the crucial concept of public order and its significance and relevance for the application of EU competition rules by arbitral courts in the wake of ECJ “Eco Swiss” case of 1999, but also of the ECJ “Mostaza

e arbitragem, à luz da jurisprudência relevante dos Estados membros da UE, para concluir, otimistamente, que, apesar de uma discussão teórica persistente neste domínio em cada vez maior número de casos, estão a reunir-se condições para que as questões do direito europeu da concorrência sejam amplamente debatidas nos tribunais arbitrais.

O artigo de Christopher Hodges assume uma perspetiva mais ampla, enveredando pela discussão dos desenvolvimentos ao nível da UE em matéria de ações coletivas, aplicada a ações individuais de dano concorrencial e de RAL de consumo (resolução alternativa de litígios em conflitos que envolvem consumidores e direito do consumidor). O artigo segue e comenta o debate europeu neste domínio, algo parado desde 2008, mas com novas perspetivas em curso, tanto no que diz respeito ao *private enforcement* da concorrência (com um papel relevante a ser, potencialmente, aqui interpretado pela arbitragem *stricto sensu*), e no que diz respeito às iniciativas legislativas da UE para promover meios mais amplos de RAL, compreendendo a mediação e outras alternativas de tipo misto para lidar com conflitos que envolvam comerciantes e consumidores, situadas entre a arbitragem e a mediação (que, no conjunto, podem mudar completamente a paisagem jurisdic-

Claro” (2006) and “Asturcom” (2009) cases in consumer law. It also discusses the conditions to submit competition law problems to arbitration in light of relevant EU Member States case law to conclude, optimistically, that in spite of the persistent theoretical discussion in this domain in more and more cases conditions are being met to have EU competition law issues extensively discussed before arbitral courts.

The article of Christopher Hodges takes a wider perspective and engages in the discussion of developments at EU level on collective redress, applied to private actions for competition damages and to consumer ADR (alternative dispute resolution in conflicts involving consumers and consumer law). It follows and comments the European debate in this domain, somewhat stalled since 2008, but with new prospects currently underway, both as regards private enforcement of competition role (with a relevant role being potentially played herein by arbitration *stricto sensu*) and as regards EU legal initiatives to foster wider means of ADR, comprehending mediation and other alternative mixed-type alternatives of handling conflicts involving traders and consumers comprehended between

cional europeia e o tipo e o número dos casos que dependem de tribunais judiciais tradicionais nos vários Estados membros da UE, trazendo para a dianteira alguns tipos inteiramente novos de interação entre os órgãos de RAL e as autoridades reguladoras, em vários campos relevantes para a defesa do consumidor). O artigo de Assimakis Komninos aborda amplamente como os litígios do direito da concorrência podem ser objeto de arbitragem, não obstante a sua natureza de ordem pública, analisando criticamente como as sentenças arbitrais podem ser revistas pelos tribunais estaduais sediados na UE com fundamentos de política pública (*ordre public*), em termos que deveriam mesmo levar os árbitros, em determinados casos, a aplicar direito da concorrência da União por sua própria iniciativa (*ex officio*).

Se o primeiro dossier temático sobre arbitragem e direito da concorrência está, em grande parte, escorado no direito da UE, embora abordando também as perspectivas que se colocam neste campo a partir da nova Lei Portuguesa da Arbitragem, de 2011, o segundo *dossier* temático, sobre o dever de cooperar com as autoridades reguladoras, é, em grande parte, orientado para o direito português, ligando e colocando em perspectiva enquadramentos especiais de supervisão das

arbitration and mediation (which, on the whole, may entirely change the European jurisdictional landscape and the type and number of cases relying on traditional judicial Courts in the various EU Member States, also bringing forwards some entirely new kind of interplay between ADR bodies and Regulatory Authorities in various fields relevant to consumer protection).

The article of Assimakis Komninos extensively discusses how competition law disputes may be arbitrable notwithstanding their public order nature and goes on to critically analyze how arbitral awards may be reviewed by EU-based State courts on public policy (ordre public) grounds, in terms that should even lead arbitrators in certain cases to apply EU competition law of their own motion (ex officio).

If the first thematic file on arbitration and competition law is largely anchored on EU law, although also discussing the prospects arising in this field from the new Portuguese Arbitration Law of 2011, the second thematic file on the duty to cooperate with regulatory authorities is largely oriented towards Portuguese law, combining and putting into perspective particular frameworks of supervision of economic activities conducted by some public

atividades económicas, conduzida por algumas autoridades públicas [a Autoridade da Concorrência (ADC), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) ou a Autoridade Nacional das Comunicações (ICP-ANACOM)] à luz de uma perspetiva transversal e geral sobre os pontos de contacto, relevantes e admissíveis, entre os procedimentos de supervisão e os procedimentos de sancionamento de ilícitos de natureza contraordenacional, no que respeita aos elementos de prova recolhidos àquele nível (como é especialmente abordado no artigo de Paulo de Sousa Mendes).

Assim, voltamos ao tema principal de um dos *dossiers* temáticos do N.º 1 da C&R (o dever de cooperar com os reguladores e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*), mas fazendo uso de uma perspetiva mais ampla e aprofundada, tanto no que diz respeito à extensão das análises nele desenvolvidas como no que concerne à extensão total da sua aplicação em vários domínios da regulação económica.

Por isso, para além de dois artigos sobre o dever de cooperar com a Autoridade da Concorrência, um, de âmbito mais geral, de Diana Alfafar, e outro que, na esteira da aprovação da nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012), trabalha as questões específicas e altamente sensíveis do

authorities [Portuguese Competition Authority (ADC), Securities and Exchange Commission (CMVM) or Electronic Communications Authority (ICP-ANACOM)] in light of a general, transversal perspective on the relevant or admissible points of contact between procedures of supervision and procedures of enforcement of misdemeanors of a quasi-criminal nature (processos sancionatórios de contraordenação) as regards elements of proof collected at this latter level (as especially discussed in the article by Paulo de Sousa Mendes).

*Accordingly, we come back to the chief topic of one of the thematic files of No. 1 of C&R (on the duty to cooperate with regulators and the principle *nemo tenetur se ipsum accusare*), but following a wider and deepened perspective both as regards the extension of the analyses developed therein but also as regards the full extension of its application in various domains of economic regulation.*

Therefore, beside two articles on the duty to cooperate with the Competition Authority, one of a more general scope, of Diana Alfafar, and other covering, in the wake of the adoption of the New Competition Act (Law No. 19/2012), the specific and highly sensitive issues of

uso de provas obtidas no decurso de ações de supervisão para efeitos sancionatórios, de Paulo de Sousa Mendes (uma questão que, sem dúvida, irá lançar um frutuoso debate teórico e prático), são cobertas outras questões importantes. Referimo-nos a um artigo de Helena Magalhães Bolina, que, fazendo uso de um apreciável número de decisões judiciais, debate os limites ou as fronteiras do privilégio contra a autoincriminação de entidades supervisionadas pela Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, bem como a um artigo de Ana Proença Coelho, que, de uma forma muito original, pretende conciliar o dever de cooperar com as autoridades reguladoras com o privilégio contra a autoincriminação no sector português das comunicações eletrónicas, com base na análise de um caso fictício, usado como ponto de partida.

Passando agora para a habitual secção de doutrina geral, incluem-se no corrente número da C&R dois artigos na área do direito da concorrência e da regulação económica (nomeadamente no que respeita aos sectores financeiro e da energia).

Um dos temas abordados, num artigo de Alexandra Amaro, respeita à relação entre os auxílios de Estado e os contratos públicos. A autora coloca um especial enfoque nas situações em que o Estado, apesar de

the use of proof obtained in the course of actions of supervision for purposes of enforcement of misdemeanors, of Paulo de Sousa Mendes (a matter which will undoubtedly kindle a fruitful theoretical and practical debate), other outstanding issues are covered. We refer to an article, of Helena Magalhães Bolina, which, building on an appreciable number of court cases, discusses the limits or boundaries of the privilege against self-incrimination of entities supervised by the Portuguese Securities and Exchange Commission, and to an article of Ana Proença Coelho, which, in quite an original fashion, purports to reconcile the duty to cooperate with regulatory authorities with the privilege against self-incrimination within the Portuguese sector of electronic communications on the basis of the analysis of a fictitious case used as a starting point of such analysis.

Turning now to the usual Section of General Doctrine, this covers in the current number of C&R both articles in the field of competition law and of economic regulation (namely as regards the financial and energy sectors).

One of the topics covered, in an article by Alexandra Amaro, concerns the relationship between state aids and public procurement activities. A

recorrer aos procedimentos de contratação pública, não pretende satisfazer necessidades próprias, casos em que a análise da qualificação como auxílio de estado não se pode limitar à estrita verificação do cumprimento das regras da contratação, exigindo-se antes uma avaliação dos efeitos da medida estatal segundo o teste do investidor em economia de mercado.

Outro dos artigos integrantes da secção de doutrina geral, da autoria de Vinicius Melo de Lima, analisa a relação entre as chamadas “ações neutras” (ou ações socialmente adequadas) e o fenómeno do branqueamento de capitais.

Por fim, integra a mesma secção um artigo de Miguel Sousa Ferro sobre direito nuclear, no qual o Autor analisa a evolução da jurisprudência da União Europeia desde 2000 neste domínio, identificando e discutindo as questões gerais que se suscitam e apresentando de forma sumária as particularidades de cada caso.

Na sequência deste número duplo, pretendemos alcançar no quarto ano de publicação (2013) a gama de temas-chave que se avizinham, tanto em termos do direito da concorrência da UE e português como de âmbito regulamentar, no seio da turbulência das crises paralelas de mercados de dívida soberana e do setor financeiro, que, especialmente na UE, ainda não foram resolvidos de forma decisiva

special emphasis is placed in situations in which the State, although using public procurement procedures, does not strictly intend to satisfy its own needs or requirements, and that, therefore, call for an assessment of the measures at stake on the basis of the market economy investor principle and not merely to a formalistic approach on the basis of public procurement rules.

The article of Vinicius de Melo Lima discusses the relationship between the so called ‘neutral actions’ (or socially adequate actions) and the rather intractable problem of money laundering.

Finally, the article by Miguel Sousa Ferro extensively reviews the evolution of the case-law of the ECJ and of the European General Court related to nuclear law, especially in the course of the latest decade, identifying some general trends in this field.

Following this double number, we intend to pursue throughout our fourth year of publication (2013) the range of key topics that loom ahead both in terms of EU and Portuguese competition law and regulatory landscape, in the midst of the turbulence of the twin crises of sovereign debt markets and of the financial sector which, particularly in the EU, have not yet been decisively tackled

(apesar das repetidas declarações, a partir de junho de 2012, de chefes de Estado e de governo da UE, que se propõem romper os laços ou espiral perversa entre ambas). Referimo-nos – como questões que devemos ter na nossa agenda crítica nos próximos números da C&R –, por exemplo, (i) aos desenvolvimentos de *soft law* em Portugal, na sequência da aprovação da Lei da Concorrência de 2012, às resoluções de bancos e de reestruturação dos bancos portugueses no contexto da avaliação e acompanhamento das medidas de assistência financeira pública concedidas aos bancos, ou, (ii) a nível da UE, a questões relativas a uma aparentemente maior utilização das decisões de compromissos (como no artigo 9.º do Regulamento 1/2003) em conexão com alegados comportamentos anticoncorrenciais da Google nos mercados de Internet e digitais, ou com o setor de cartões de pagamento e aos acontecimentos futuros no que se refere à reforma do regime de auxílios de Estado (aumentando uma *abordagem dos efeitos* neste domínio, que envolve mais diretamente considerações de política pública e, como tal, mais difícil de conciliar com os efeitos estritamente baseados em considerações de eficiência económica e também envolvendo um maior enfoque nos serviços de interesse económico

(in spite of the repeated statements, as from June 2012, of EU heads of State and government that purport to sever the ties or perverse spiral between those two crises).

As such, we refer – as issues that we shall keep in our critical agenda in the incoming numbers of C&R – e.g., to the ones (i) concerning soft law developments in Portugal, following the adoption of the 2012 Portuguese Competition Act, resolution of banks and restructuring of Portuguese banks in the context of assessment and follow-up measures on public financial assistance granted to those banks, or, (ii) at the EU level, to issues pertaining to an apparently enhanced use of commitment decisions (as per article 9 of Regulation 1/2003) in connection with allegedly anticompetitive actions by Google in the Internet and digital markets or with the payment cards sector, and to prospective developments as regards the reform of state aid regime (further enhancing an effects approach in this domain more directly involving public policy considerations and, as such, harder to reconcile with strictly effects based economic efficiency considerations and also involving a greater focus on services of general economic interest in the wake of the

geral, na esteira da crise económica), os novos desenvolvimentos sobre a aplicação privada do direito da concorrência, que tem sido adiada por parte da Comissão Europeia e, no campo da regulação económica, os novos passos cruciais para a construção da União Bancária Europeia.

economic crisis), new developments on private enforcement of competition law that have been long delayed on the part of the European Commission and, in the field of economic regulation, new crucial steps for the building of the European Banking Union.