

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha
Luís Silva Morais*

O N.º 13 da C&R dá continuidade à nossa política editorial de abranger tanto matérias de direito e política da concorrência como de regulação económica. Este número prossegue igualmente a nossa declarada orientação geral de coordenar matérias relevantes para a jurisdição portuguesa com matérias relativas à União Europeia, considerando o facto de o direito da concorrência e os desenvolvimentos regulatórios europeus serem decisivos para a dinâmica jurídica e económica nestas áreas.

Dada a diversidade de matérias cobertas em ambas as áreas, e a título excecional, este N.º 13 não inclui qualquer dossier temático – ao contrário do que sucedeu em todos os números anteriores da C&R –, projetando-se,

No 13 of C&R pursues our editorial policy of covering both topics of competition law and policy and of economic regulation. It also follows our stated overall approach of combining topics relevant to the Portuguese jurisdiction with topics focused on the EU, given the fact that European competition law and regulatory developments are decisive for the legal and economic dynamics in these areas.

Given the diversity of topics covered in both areas, and quite exceptionally, this No 13 does not include any special thematic file – contrary to what has happened in all previous numbers – while we shall return to our usual

em contrapartida, regressar à nossa habitual orientação editorial de incluir de um dossier temático no N.º 14 da Revista (com enfoque na questão da aplicação das regras da concorrência à internet e ao mundo digital, bem como em matérias respeitantes à regulação deste complexo e dinâmico domínio).

Os artigos incluídos na secção de doutrina geral deste número da C&R refletem alguns dos principais desafios e desenvolvimentos ocorridos nas áreas do direito da concorrência e da regulação económica (conjuntamente com direito penal e contraordenacional aplicável às infrações económicas) no período abrangido pelo mesmo número, o qual, de algum modo, correspondeu a uma fase de transição após ter sido aparentemente ultrapassada a fase mais aguda da crise económica. Em contrapartida, um apreciável grau de tensão tem continuado a registar-se na Zona Euro e dúvidas consideráveis têm persistido sobre a direção global e o ritmo da reforma da regulação do sector financeiro, o estabelecimento de uma União Bancária Europeia e, no domínio do direito da concorrência da União Europeia, sobre as condições de gradual afastamento dos regimes excecionais delineados para a aplicação de regras de controlo de auxílios de Estado às instituições financeiras.

Também em Portugal muito parece estar a fluir em termos de direito e política da concorrência e de regulação

editorial policy of including a thematic file in No 14 of the Review (focused on issues of enforcement of competition rules to the internet and the digital world as well as in issues pertaining to the regulation of this complex and dynamic domain).

The articles included in this No of C&R in the section of General Doctrine duly reflect some of the major challenges and developments experienced in the fields of competition law and economic regulation (combined with penal law and various regimes of misdemeanours applicable to economic infractions) in the period covered by such number. Such period, in turn, somehow corresponded to a time of transition after the bulk of the economic crisis seem to have been overcome. Conversely, a significant degree of tension remained in the Euro area and considerable doubts persisted about the overall direction and pace of reform of financial regulation, the establishment of a European Banking Union, and, in the field of EU competition law about the conditions of phasing out of the exceptional regimes delineated for application of state aid rules to financial institutions. In Portugal a lot also seems to be in flux in terms of competition law and policy and economic regulation,

económica, na sequência da reforma de 2012 do regime jurídico da concorrência – a que previsivelmente se seguirá uma nova fase de aplicação do direito da concorrência e de adoção de instrumentos complementares de “*soft law*”.

No que respeita aos artigos relativos ao direito e à política da concorrência, estes incidem sobre três áreas chave que correspondem à consolidação das perspetivas hermenêuticas decorrentes das Orientações da Comissão Europeia, de dezembro de 2010, aplicáveis à cooperação horizontal entre empresas, ao desenvolvimento potencial da aplicação numa esfera privada do direito da concorrência e ao enquadramento aplicável aos serviços de interesse económico geral (uma área crucial na sequência do Tratado de Lisboa e de um possível reajustamento dos modelos da economia social de mercado – “*Soziale Marktwirtschaft*” – na União Europeia).

Relativamente às Orientações aplicáveis à cooperação horizontal, o artigo de Imelda Maher versa os acordos de normalização ao abrigo destas Orientações, enfatizando que as mesmas parecem colocar em geral o enfoque num efeito pro-concorrencial dos acordos de normalização (“*standardization*”) (embora admitindo que o artigo 102.º do TFUE pode ainda desempenhar uma função útil neste domínio).

after the 2012 reform of the national competition Act – that should predictably be followed by a new stage of enforcement of competition law and by the adoption of complementary soft law regimes.

Considering the articles that cover competition law and policy, these focus in three pivotal domains that correspond to the consolidation of the December 2010 European Commission Guidelines applicable to horizontal cooperation between undertakings, to the potential development of private enforcement of competition law and to the framework applicable to services of general economic interest (a crucial domain in the wake of the Treaty of Lisbon and of a possible rebalancing of the models of social market economy – “Soziale Marktwirtschaft” in the EU).

As regards the 2010 Horizontal Guidelines, the Article of Imelda Maher covers the treatment of standardisation agreements under these Guidelines, emphasizing that the Guidelines seem generally to focus on a pro-competition effect of standardisation agreements (while admitting that a role for Article 102 of TFEU remains). Given the economic importance of these standardisation agreements, this may represent an important element of

Dada a importância económica destes acordos de normalização, tal enquadramento analítico geral pode representar um importante elemento de previsibilidade para as empresas, apesar de os casos aparentemente excecionais de aplicação problemática do artigo 101.º do TFUE ainda poderem representar uma significativa área de controvérsia.

O artigo de Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro corresponde à segunda parte de um estudo cuja publicação, dada a sua extensão, foi iniciada num número anterior da C&R. Este estudo faz parte de um amplo projeto de investigação que cobre vários Estados membros da União Europeia (coordenado por Barry Rodger e que previsivelmente conduzirá a interessantes conclusões). Tal estudo propõe-se clarificar o quadro legal de opções ao alcance dos lesados em resultado de infrações anticoncorrenciais, incluindo a avaliação de tais opções de uma perspectiva económica, tendo em consideração o histórico em Portugal nesta matéria (que é mais significativo do que poderia supor-se à primeira vista). Esta análise, e o amplo trabalho de pesquisa que lhe subjaz, é particularmente oportuna considerando as perspetivas em aberto no plano da União Europeia em termos de propostas normativas orientadas para facilitar ou promover a obtenção de indemnizações por

predictability for undertakings, although the apparently exceptional cases of problematic application of Article 101 TFEU to such agreements can still represent a significant area of controversy.

The article of Leonor Rossi and Miguel Ferro corresponds to the second part of a global paper and study whose publication, given its length, has been initiated in a previous number of C&R. This global study is part of a comprehensive research project covering multiple Member States in the EU (coordinated by Barry Rodger and which will lead predictably to interesting conclusions in this domain). It purports to clarify the legal framework that governs the options offered to private parties that suffered damages as a result of antitrust infringements, including an assessment of the feasibility of those options from an economic perspective, taking into consideration the existing track-record in Portugal in this field (which is more significant than it could be supposed 'prima facie'). This analysis and the comprehensive line of research underlying it is particularly timely given the prospects opened at EU level in terms of normative proposals intended to foster private enforcement of competition law in the EU after a protracted period of

danos resultantes de infrações anti-concorrenciais (as quais implicam um adequado e muito delicado equilíbrio entre as esferas de aplicação pública e de aplicação privada do direito da concorrência, em particular no que se refere à salvaguarda das condições de aplicação dos regimes de clemência, os quais têm sido decisivos nos últimos tempos para um efetivo escrutínio de cartéis na União Europeia).

O artigo de Stéphane Rodrigues, através do qual prosseguimos a nossa opção editorial de publicar textos, para além de inglês, também em língua francesa (na sequência, *v.g.*, da publicação de um artigo muito significativo de Laurence Idot sobre o tratamento das restrições verticais em França), analisa extensivamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa a atividades que podem ser caracterizadas como serviços sociais de interesse económico geral. O artigo analisa o campo altamente sensível de aplicação do par. 2 do artigo 106.º do TFUE (um campo em que ocorreram clarificações hermenêuticas decisivas nos anos mais recentes, mas que ainda gera um apreciável nível de controvérsia). Esta área interage também com o domínio da reforma global das regras de auxílios de Estado, o que aumenta o interesse da análise crítica feita por Stéphane Rodrigues.

Tomando em consideração, noutra plano, as matérias cobertas no campo

discussion of the best options in this sensitive domain (that requires a proper and most delicate balance of the interplay of private and public enforcement, particularly as regards the safeguard of conditions for application of leniency regimes which have been decisive in recent areas for the effective antitrust scrutiny of cartels in the EU).

The Article of Stéphane Rodrigues, through which we further pursue our editorial option of publication of papers in French beside English (after, e.g., the publication of a highly significant paper of Laurence Idot on the treatment of vertical restraints in France), thoroughly analysis the case law of the Court of Justice of the EU on activities that may be characterized as social services of general economic interest. It accordingly deals with the highly sensitive field of application of par 2 of Article 106 TFEU (a field in which decisive hermeneutical clarifications have taken place in the course of recent years, but that still gives rise to an appreciable level of controversy). This area also interacts with the overall reform of the framework of state aid rules, something that enhances the potential interest of the critical analysis undertaken by Stéphane Rodrigues.

da regulação económica e da aplicação do direito penal e contraordenacional às infrações económicas, um enfoque especial é colocado nos crimes financeiros e nos complexos e exigentes problemas analíticos que estes suscitam, dado a interação extremamente sensível entre os conceitos e princípios penais e o grau de conhecimentos especializados e 'know-how' ou tipo de informações subjacentes à investigação e prova de elementos chave destes crimes financeiros.

Nessa conformidade, o artigo de Bernardo Feijoo Sánchez versa o direito penal espanhol e ilustra de forma sugestiva as sérias dificuldades experimentadas ao nível dos sistemas penais nacionais para limitar e punir de forma efetiva a fraude transnacional envolvendo valores mobiliários (e desta forma proteger os mercados financeiros internacionais e os consumidores de serviços financeiros no contexto de um ambiente de mercado globalizado).

Continuando esta linha de análise largamente orientada para o crime financeiro, o artigo de André Paralta Areias pretende analisar criticamente, num contexto caracterizado pelo aumento da prática destes crimes, a aplicação do regime estabelecido no artigo 225.º do Código de Processo Penal português, que prevê a responsabilidade extracontratual do Estado por danos resultantes do exercício do poder judicial na área criminal

Turning our attention to the topics covered in the field of economic regulation and of application of penal law and of various regimes of misdemeanours to economic infractions a special focus is placed on financial crimes and the challenging issues it raises, given the complex and rather intractable interaction between penal concepts and principles, the degree of specialized knowledge or know-how and data underlying the investigation and proof of key elements of those financial crimes.

Accordingly, the Article of Bernardo Feijoo Sánchez deals with Spanish penal law and suggestively illustrates the serious difficulties experimented at the level of national penal legal systems in order to effectively constrain and punish transnational securities fraud (and thus protect international financial markets and consumers of financial services confronted with a globalized market environment).

Pursuing such analytical line largely oriented towards financial crime, the Article of André Paralta Areias purports to critically analyse, in a context characterized by increased practice of these crimes, the fulfilment of the regime set out in article 225 of the Portuguese

relacionada com a indevida privação da liberdade, tomando em consideração a Constituição portuguesa e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (que tem consistentemente ganho relevância para efeitos de aplicação das regras de regulação económica e também de direito da concorrência, matéria a que concederemos especial atenção em números futuros da Revista).

Finalmente, também nesta área geral do direito penal e das contra-ordenações com relevância para a aplicação das regras de regulação económica, o artigo de Tiago Geraldo propõe-se apresentar uma visão geral do quadro jurídico aplicável à reabertura de procedimentos criminais, discutindo, em particular, o valor e efeito da decisão de arquivamento de um caso, a extensão e consequências do crucial princípio *ne bis in idem* neste contexto, ou o conceito de “novidade da prova” para efeitos de reabertura do inquérito, e as limitações gerais a este instituto.

Numa área diversa, o artigo de Orlindo Francisco Borges aborda a questão da responsabilidade civil de sociedades designadas “sociedades de classificação”, que levam a cabo avaliações para a classificação ou certificação de navios com base em contratos privados ou associados a funções públicas no campo do controlo estadual das atividades portuárias. O papel

Criminal Procedural Code that foresees the extra-contractual liability of the State for damages resulting from the exercise judicial power in the criminal area, related with the undue deprivation of liberty, taking into consideration the Portuguese Constitution and the case law of the European Court of Human Rights (which has been consistently gaining relevance for the purposes of enforcement of rules of economic regulation and also of competition law, something to which we shall turn our attention also in future numbers of C&R).

*Finally, also in this general area of criminal and misdemeanours law relevant for the enforcement of rules of economic regulation, the article of Tiago Geraldo purports to present a comprehensive picture of the legal framework applicable to the re-opening of criminal proceedings, discussing, in particular, the value and effectiveness of the decision to close a case, the extent and consequences of the crucial *ne bis in idem* principle in such context, or the concept of new evidence required to re-open proceedings and the general restraints of this institute.*

In a different domain, the article of Orlindo Francisco Borges deals with issues of civil liability of companies

destas sociedades é, de facto, crucial no campo – que tem vindo a ganhar contínua relevância – da litigância relativa à responsabilidade por poluição por derrames petrolíferos (e, logo, no domínio mais amplo da regulação do ambiente).

É possível antecipar desde já que 2014 venha a ser também um ano crucial em termos de concorrência e regulação económica. Em termos de aplicação do direito da concorrência da União Europeia, encontram-se em curso desenvolvimentos significativos no que respeita a casos envolvendo instituições financeiras (em especial no que se refere a acordos anticoncorrenciais de manipulação de taxas de juro) ou o mundo digital (neste caso, com a previsível conclusão do chamado “caso Google”, que deveremos abordar já no próximo N.º 14 da C&R através do dossier temático sobre internet e governação do mundo digital, a que já fizemos referência neste editorial).

No que respeita a desenvolvimentos previsíveis em Portugal, deverá ser concedida especial atenção à efetiva concretização das disposições resultantes do número 3 do artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, sobre prioridades da política da concorrência a fixar anualmente e às políticas ou práticas de ‘enforcement’ resultantes das mesmas e envolvendo, enquanto tais, todos os ‘stakeholders’ relevantes

designated as ‘classification companies’ which undertake surveys for the classification or certification of ships in the basis of private contracts or associated to public functions in the field of State control of port activities. The role of these companies is, in fact, crucial in the field – gaining continuous relevance nowadays – of litigation on liabilities for oil pollution (and therefore in the larger domain of environmental regulation).

2014 will also prove a crucial year in terms of competition and economic regulation. In terms of EU competition law enforcement, serious developments are underway as regards cases concerning financial institutions (especially as regards anticompetitive agreements on the manipulation of key interest rates) or the digital world (in this case with the foreseeable conclusion of the so called ‘Google case’ that we shall follow already in the next number of C&R through the aforementioned thematic file on internet and digital world governance).

As regards foreseeable developments in Portugal, attention should be given to the actual implementation of the provisions of par 3 of article 7 of Law N° 19/2012, of 8 of May on priorities of competition law and policy and to enforcement

no domínio do direito e política da concorrência.

Como sempre sucede, a C&R assume perante os seus leitores o compromisso de acompanhar criticamente esses e outros desenvolvimentos quer no plano da União Europeia, quer no plano nacional.

policies arising from it and involving, as such, all the stakeholders in the field of competition law and policy.

As always, C&R will make a point of critically following these and other relevant developments both at EU and national level.