

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luís Silva Morais

Paulo de Sousa Mendes

Com o presente número duplo da Revista C&R (N.ºs 14 e 15), regressamos à nossa prática habitual de publicar dossiers temáticos da qual nos afastámos, a título excepcional, na anterior edição da Revista. Tendo selecionado, para o efeito, o tema geral do mundo digital, das tecnologias e mercados digitais, os quais são particularmente dinâmicos e inovadores, a abordagem seguida é dupla. Assim, estes mercados são analisados tanto do ponto de vista da aplicação do direito da concorrência, especialmente no que diz respeito a possíveis utilizações abusivas de poder de mercado nesses domínios, como do ponto de vista da regulação setorial, considerando possíveis intervenções regulatórias orientadas para o

With the current Double Number of C&R (Nos 14 and 15) we return to our usual practice of publishing thematic files which we exceptionally deviated from in the previous edition of the Review. Having selected for that purpose the general theme of the digital world and digital technologies and markets, which are particularly dynamic and innovative, the approach followed is twofold. These markets are analysed both from the perspective of competition law enforcement, especially as regards possible abusive uses of market power in these domains, and from a regulatory perspective, considering

desenvolvimento de certos modelos de governo da internet e do mundo digital. A extensão e a multiplicidade de perspectivas analíticas cobertas neste domínio conduziram-nos entretanto à opção de publicação de um número duplo da C&R (que temos reservado para casos muito especiais).

De facto, tem sido muito discutido se esses mercados podem, no seu conjunto, implicar novos padrões de concorrência e, como tal, novas abordagens em termos de aplicação do direito da concorrência, dada a sua natureza dinâmica e a perspectiva de mercado ‘winner takes all’ que parece comandar a sua evolução (uma dinâmica de mercado e uma perspectiva que implicam uma série de corridas tecnológicas periódicas, conduzindo a uma tecnologia dominante e a posições chave e liderantes no mercado das empresas que, em cada ciclo temporal, de mercado, desenvolvem essas tecnologias). No entanto, conforme tem sido consistentemente defendido pelas autoridades da concorrência – em especial, deve reconhecer-se, do lado europeu do Atlântico – tal impressionante natureza dinâmica destes mercados não impede o surgimento de pontos de estrangulamento críticos com um potencial significativo para a distorção da concorrência. Assim como não impede o surgimento de estruturas oligopolísticas também com forte potencial de distorção da

possible regulatory interventions oriented towards the emergence of certain models of governance of the internet and the digital world. The extension and diversity of analytical perspectives at stake have, thus, led us to the editorial option of publishing a Double Number of C&R (that we have used only in rather special cases so far).

In fact, there has been much debate as to whether these markets may, on the whole, imply new patterns of competition and, as such, new approaches in terms of competition law enforcement given their dynamic nature and the ‘winner takes all’ market perspective that seems to command their evolution (a market dynamic and perspective implying a series of periodic technological races leading to a prevailing technology and to key positions in the market of the undertakings that from time to time develop such technologies). However, as has been consistently argued by competition authorities – particularly, it should be acknowledged, from the European side of the Atlantic – this impressive dynamic nature of these markets does not prevent the emergence of critical bottlenecks with a significant

concorrência, aspeto que porventura tem sido com demasiada frequência subestimado.

Para além deste foco especial na discussão crítica de questões de aplicação do direito da concorrência e da regulação do mundo digital e dos mercados de internet – em linha com os principais desenvolvimentos em curso nas jurisdições dos EUA e da União Europeia (por exemplo, no que se refere à União Europeia, realce-se a iniciativa de adoção de um pacote legislativo e regulatório lançada em 2013 e intitulada “Um Continente Interligado: Construir um Mercado Único de Telecomunicações”, que visa a criação de um continente interligado e competitivo, possibilitando empregos e indústrias sustentáveis na área digital) – a secção de doutrina geral cobre, como é habitual, múltiplos temas tanto sob a perspectiva de direito material da concorrência como de regulação económica (neste último caso, abordando também, sob uma perspectiva crítica, regimes aplicáveis de infrações que envolvem vários graus de interação com o direito penal ou, mais especificamente, com o direito penal económico, profundamente interligado com a regulação, e que requer, nessa conformidade, uma abordagem interdisciplinar, a qual temos procurado promover neste domínio nas sucessivas edições da C&R).

potential for distortion of competition. Nor does it prevent the emergence of oligopoly structures also with strong potential for distortion of competition, which has perhaps been too frequently overlooked.

Aside from this special focus on the critical debate of competition law enforcement issues and regulation of the digital world and of internet markets – in line with key developments occurring both in the US and the EU jurisdictions (e.g., in the latter case, the initiative of a legislative and regulatory package launched during 2013 and entitled “A Connected Continent: Building a Telecoms Single Market” aimed at building a connected, competitive continent and enabling sustainable digital jobs and industries) – the section of General Doctrine covers, as usual, multiple topics from the perspective of both substantive competition law and economic regulation (in the latter case also critically addressing applicable regimes of misdemeanours that involve various shades of interplay with penal law or, more specifically, with economic penal law, deeply intertwined with regulation, and which requires, accordingly, an

No âmbito desta seção de doutrina geral, Fernanda Paula Stolz estuda a disciplina de defesa da concorrência do Mercosul e seus Estados-membros, a fim de apreender o nível de salvaguarda jusconcorrencial que os agentes económicos envolvidos neste ambiente competitivo obtêm, e como os lesados por infrações neste domínio podem obter ressarcimento pelos danos sofridos. O artigo de Bernardo Feijoo Sánchez analisa os limites da punição de infrações financeiras e o nível de proteção concedido no quadro dos mercados financeiros, com base no exemplo do direito penal Espanhol (fraude financeira e corrupção). Miguel Prata Roque discute a natureza e os limites dos poderes públicos sancionatórios, a fim de decodificar a complexa interação entre princípios e normas penais e administrativas, que se encontra subjacente à aplicação de regimes de regulação económica. Milene Viegas Martins foca a sua abordagem na regra de exclusão, a qual determina que as provas obtidas ilegalmente não devem ser utilizadas pelo tribunal, lidando, mais precisamente, com a questão das imagens captadas por indivíduos, a fim de concluir se este constitui um caso de meio de prova admissível.

No dossier temático, é conferida uma atenção privilegiada, como seria de esperar, à investigação do caso Google conduzida pela Comissão

interdisciplinary approach that we have been trying to foster in this domain in successive editions of C&R).

Within this section of General Doctrine, Fernanda Paula Stolz studies the regulations governing the Mercosur Antitrust Law and its Member States in order to understand the level of protection that the economic agents involved in this competitive environment obtain, and how those harmed by wrongdoing can gain redress. The article by Bernardo Feijoo Sánchez examines the limits on punishing securities fraud and the level of protection granted to financial markets, based on the example of Spanish Criminal Law (Securities Fraud and Bribery). Miguel Prata Roque discusses the nature and limits of public sanctioning powers, in order to decode the intricate melting-pot of criminal and administrative principles and norms implied within the enforcement of Regulatory Law. Milene Viegas Martins focuses on the exclusionary rule, which states that evidence obtained illegally shall not be used by the Court, and more precisely deals with the subject of images captured by individuals, in order to conclude whether this is a case of admissible evidence.

Europeia, com dois artigos de Konstantina Bania e de Lucas Saretta Ferrari, com especial enfoque na investigação iniciada pela Comissão no final de 2010, e que parece encontrar-se numa decisiva encruzilhada com a perspectiva de adoção de uma decisão juridicamente vinculativa de compromissos (com base no artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003). Deve sublinhar-se que, aproximadamente uma década após o precedente de referência Microsoft, uma empresa (Google) que parecia em si mesma encarnar o próprio conceito de mercados abertos e de livre acesso à informação para benefício dos consumidores e do público em geral, e que, até certa medida, representava o oposto da ideia de práticas de exclusão potencialmente contribuindo para o encerramento de novos mercados de informação, não obstante a sua natureza dinâmica, encontra-se, agora, no centro do que pode constituir o principal caso de *antitrust* da segunda década do século XXI em termos de mercados de informação e internet. Também é digno de nota, e em grande medida revelador – evidenciando uma nova abordagem global da Comissão Europeia em matéria de implementação do artigo 102.º do TFUE –, que este caso Google vá com toda a probabilidade, após a rejeição de dois conjuntos iniciais de propostas de compromissos apre-

As regards the Special Thematic File, privileged attention is given, as would be expected, to the Google investigation conducted by the European Commission, with two articles by Konstantina Bania and Lucas Saretta Ferrari focusing on this investigation opened by the Commission at the end of 2010, and which seems to be at a decisive crossroads with the perspective of adoption of a legally binding commitments decision (on the basis of article 9 of Regulation No 1/2003). It is noteworthy that, roughly a decade after the landmark Microsoft case, an undertaking (Google) that seemed to epitomise the very idea of open markets and open access to information for the benefit of consumers and of the public in general and that, to some extent, represented the opposite of the idea of exclusionary practices that potentially contributed to the foreclosure of new information markets, in spite of its dynamic nature, is now at the very core of what may represent the leading antitrust case of the second decade of the twenty first century in terms of information and internet markets. It is also noteworthy, and to a large extent telling – evidencing a new comprehensive approach of the

sentados pela Google, ser encerrado não com uma decisão de infração (tal como aconteceu no caso Microsoft, que esteve na origem de precedentes jurisprudenciais de referência), mas com uma decisão de compromissos.

Os dois artigos acima mencionados proporcionam ampla discussão, sob diversos ângulos do direito da concorrência, quanto ao alegado abuso de posição dominante por parte do Google na busca geral *online*, nomeadamente, sobre como lidar com as práticas comerciais da Google, as quais, de acordo com o entendimento da Comissão, são suscetíveis de infringir o artigo 102.º do TFUE (com especial ênfase, especialmente para o artigo de Bania Konstantina, sobre a prática de relativa desqualificação dos *sites* de concorrentes no domínio de resultados orgânicos, a qual pode suscitar problemas particularmente complexos). Permanece em aberto a questão de saber como as múltiplas questões suscitadas e discutidas de forma crítica nestes dois artigos poderão, em última instância, ser clarificadas e levar à adoção de critérios analíticos de referência e consistentes de determinadas práticas empresariais em mercados da nova economia (especialmente se for adotada uma decisão de compromissos). Tal irá, por seu turno, alimentar, igualmente, a discussão geral sobre o recurso significativo por parte da

European Commission in the field of implementation of article 102 TFEU cases –, that this Google case will in all probability, after the rejection of two initial sets of proposals of commitments put forward by Google, be closed not with an infraction decision (as happened in the Microsoft case leading in time to subsequent landmark judicial rulings) but with a commitments decision.

The two aforementioned articles provide extensive discussion, from various competition law perspectives, of the alleged abuse of dominant position by Google in general online search, namely dealing with the Google business practices that according to the Commission could infringe article 102 TFEU (with special emphasis, particularly in the article by Konstantina Bania, on the practice of downgrading competitors' websites in organic results, which may raise particularly complex problems). It remains to be seen how the multiple issues raised and critically discussed in these two articles may ultimately be clarified and lead to reference assessment criteria of certain business practices in new economy markets (particularly if a commitments decision is adopted). This, in time,

Comissão a este tipo de decisão de compromissos – considerado excessivo por alguns comentadores – especialmente no campo de aplicação do artigo 102.º do TFUE (independentemente das vantagens indiscutíveis que essas decisões podem oferecer em vários casos ou situações).

O artigo de Manuel da Costa Cabral lida com o problema extraordinariamente atual da regulação ou governo da internet. Em ambos os lados do Atlântico, a atenção dada a este tema sensível tem aumentado recentemente devido, em especial, às revelações do caso Snowden em matéria de acesso e utilização de dados pela Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA), com esta entidade, aparentemente, a envolver-se numa interação delicada e sensível com empresas da nova economia. Dada a diversidade de questões jurídicas que podem ser suscitadas pelo acesso e controlo de dados que circulam na internet – com aspectos de salvaguarda de dados pessoais e privacidade em jogo, mas também com outros problemas económicos envolvidos – uma discussão crítica sobre as estruturas de regulação da internet é crucial, devendo aqui colocar-se, igualmente, o enfoque, tal como o autor se propõe fazer neste artigo, no papel apropriado que deve ser atribuído aos governos nacionais neste domínio.

will also feed the overall debate on the significant reliance – even over-reliance according to some commentators – of the Commission on this type of commitment decision, especially in the field of article 102 TFEU enforcement (regardless of the indisputable advantages that these decisions may offer in multiple cases or situations).

The article by Manuel da Costa Cabral addresses an extraordinarily topical issue concerning the governance of the internet. On both sides of the Atlantic the attention given to this sensitive topic has heightened recently due, inter alia, to the Snowden revelations on the access and use of data by the US National Security Agency (NSA) with this agency apparently engaging in a delicate and most sensitive interplay with new economy undertakings. Given the vast array of legal issues that may arise from the access and control of data circulating through the internet – with privacy problems at stake but also with other economic problems involved – a critical discussion on the structures of governance of the internet is now imperative, also focusing – as the author purports to do in this article – on the proper role

Enquanto o artigo de Manuel da Costa Cabral aborda a forma como esses temas centrais estão a ser tratados em Portugal como parte de uma discussão mais geral, o artigo de Marta Moreira Dias centra-se totalmente no posicionamento de Portugal no quadro da internet, analisando a evolução da gestão e da manutenção do código de domínio de Portugal e abordando importantes alterações nesta área tão pouco conhecida e raramente comentada.

Ainda no campo da internet e da sua utilização, o artigo de David Silva Ramalho analisa a utilização da internet no plano do denominado ciber-crime e envolvendo a chamada “*Dark Web*”, tirando partido do desenvolvimento de tecnologias orientadas para garantir um nível considerável de anonimato na navegação na *web* e abordando criticamente alguns instrumentos previstos pela lei Portuguesa para lidar com esses desafios complexos.

Por último, e seguindo uma abordagem distinta, embora igualmente interligada com a nova economia e o mundo digital, o artigo de Victor Castro Rosa lida com os problemas relacionados com a reprodução digital universal ou constante de obras e conteúdos e o desafio correspondente que tal representa no que respeita a direitos de autor (e ‘*copyright*’), exigindo hipoteticamente – nos termos

that should be carved out for national governments in this domain.

Whereas Manuel da Costa Cabral’s article addresses the way these core topics are being dealt with in Portugal as part of a more general discussion, the article by Marta Moreira Dias is entirely focused on the positioning of Portugal in the internet, and analyses the evolution of the management and maintenance of the country code top level domain corresponding to Portugal and addresses important changes in this little known and rarely commented area.

Still in the field of internet and internet use, the article by David Silva Ramalho explores the use of the internet by cybercriminals within the so called Dark Web, taking advantage of the development of technologies oriented towards guaranteeing an appreciable level of anonymity in web browsing and critically addressing some instruments provided by Portuguese Law to deal with these complex challenges.

Finally, and following a different approach although also connected with the new economy and the digital world, the article by Victor Castro Rosa deals with the problems related with the

que são de forma preliminar conceitualmente esboçados pelo autor neste domínio – uma verdadeira reinvenção dos direitos de autor e de direitos de propriedade intelectual para lidar com estes desafios, envolvendo tensões entre direitos e interesses distintos de muito difícil solução, colocados pelo mundo digital e pela internet. Partindo deste cruzamento crítico, o artigo analisa e discute várias abordagens jurídicas possíveis para lidar com essas novas tensões entre os direitos de propriedade intelectual e o mundo digital, abrangendo tanto as regras da União Europeia neste domínio como algumas soluções jurídicas nacionais dos Estados-membros da União Europeia, nomeadamente os da Alemanha, França e Reino Unido.

Espera-se, pois, que os artigos reunidos neste dossier temático proporcionem aos nossos leitores uma boa base para acompanhar os desenvolvimentos em curso nesta área, tais como a conclusão do caso Google ao nível da União Europeia e as possíveis consequências jurídicas do caso, bem como os desenvolvimentos potenciais em três domínios relacionados com (i) a regulação global da internet, (ii) o tratamento de questões de privacidade e proteção de dados pessoais no universo digital – onde, como se pode observar, em certa medida, nos EUA, uma aparente proatividade jurídica ou posturas dinâmicas de agências regu-

ubiquitous digital reproduction of works and contents and the corresponding challenge this represents to copyright, hypothetically requiring – as the author tentatively envisages – a true reinvention of copyright and intellectual property rights to cope with these apparently intractable challenges posed by the digital world and the internet. Starting from this critical crossroads, the article reviews and discusses several possible legal approaches for dealing with these new tensions between intellectual property rights and the digital world, covering both EU rules in this domain and some national legal responses from EU Member States, namely the ones from Germany, France and the UK.

It is our hope that the articles brought together in this Special Thematic File will provide our readers with a good basis to follow ongoing developments in this area, such as the closing of the Google case at EU level and possible legal consequences of the case and the prospective threefold developments concerning (i) global governance of the internet, (ii) the handling of privacy issues in the digital world – in which, as observed to some extent in the US, some

ladoras, tais como a Comissão Federal de Comércio (FTC), nem sempre se traduzem num acompanhamento eficaz ou abrangente dos problemas encontrados – e (iii) a busca de um novo equilíbrio entre, por um lado, um conceito reinventado de *copyright* e de um determinado conjunto de direitos de propriedade intelectual e, por outro lado, os requisitos desejáveis de acesso aberto aos conteúdos na internet.

Outros desenvolvimentos relevantes a tomar em consideração e aos quais nos propomos dedicar atenção em futuros números da C&R compreendem a conclusão da reforma global do enquadramento da UE de controlo dos auxílios estatais, a qual apresenta pontos de cruzamento extremamente interessantes com a aplicação em geral das regras relativas aos auxílios estatais, com a reestruturação dos bancos na sequência da adoção da designada nova Comunicação Bancária de julho de 2013 (da Comissão), e com o processo de avaliação ou verificação da qualidade dos ativos detidos por instituições bancárias ('AQR') a ser conduzida pelo Mecanismo Único de Supervisão Bancária ('SSM') no quadro do Banco Central Europeu e abrangendo todos os grandes bancos na União Europeia, incluindo os principais grupos financeiros em Portugal.

apparent legal activism or proactive stances of regulatory agencies, such as the Federal Trade Commission, do not always translate into effective or comprehensive monitoring of the problems encountered – and (iii) the striking of a new balance between a reinvented concept of copyright and set of intellectual property rights and the desirable requirements of wide open access to contents in the internet.

Other developments that should be considered and to which we intend to turn our attention in future editions of C&R include the conclusion of the comprehensive review of the EU framework of State Aid control with interesting crossroads with enforcement of State Aid rules, the restructuring of banks following the so called new Banking Communication of July 2013 (of the Commission), and the asset quality review process to be conducted by the Single Supervisory Mechanism within the European Central Bank and covering all the major banks in the EU, including the major financial groups in Portugal.