

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luis Silva Morais

Paulo de Sousa Mendes

Com n.º 16 da C&R retomamos o nosso formato usual de número único, após o número duplo da anterior edição, justificado pela inclusão de um extenso dossier temático especializado sobre o mundo digital e as tecnologias e mercados digitais.

Considerando a nossa prática editorial de alternância de temas de direito da concorrência e de regulação económica, o número atual da C&R corresponde, até certo ponto, a um número híbrido, ao incluir um dossier temático sobre prova, o qual é extremamente relevante quer para a aplicação do direito da concorrência, quer para a aplicação das regras de regulação económica em geral (como *infra* destacado em algumas notas sucintas sobre este Dossier Temático).

With No 16 of C&R we return to our usual format of a single Number after the last dual Number justified by the inclusion of an extensive special thematic file on the digital world and digital technologies and markets.

Considering our editorial practice of alternating prevailing competition law and policy topics and economic regulation topics, the current number of C&R corresponds to some extent to an hybrid number, since it comprehends a special thematic file on standards or parameters and framework of proof which is extremely relevant both for the enforcement of competition law and for the application of economic regulation

Além disso, no que se refere à Secção de Doutrina Geral, a abordagem temática seguida é também mista, com artigos focados em questões específicas de direito de concorrência e em temas mais próximos da regulação económica, embora a abordagem do direito da concorrência possa ser considerada prevalecente. Começando pelos temas relevantes de direito da concorrência abordados em alguns dos artigos da Secção de Doutrina Geral, os mesmos dizem respeito a áreas que têm sido objeto de marcada evolução e cujo desfecho ainda não é totalmente claro (assim se justificando um foco analítico crítico, como se pretende desenvolver num desses artigos e neste número da C&R).

Consideremos em primeiro lugar o domínio crucial, no atual estágio de evolução do direito da concorrência e da aplicação das regras da concorrência na União Europeia (UE) e em Portugal, do recurso às transações na prática das autoridades de concorrência. O artigo que abre a Secção de Doutrina Geral, intitulado “Eficácia das sanções e transações”, cobre, de uma forma extremamente atual, o recurso ao procedimento de transação no contexto da aplicação do direito da concorrência português (altamente influenciado, como seria de esperar, pelos desenvolvimentos neste domínio ao nível do direito

rules in general (as highlighted infra on some succinct notes about this thematic file).

Furthermore, as regards the section of General Doctrine, the thematic approach followed is also a mixed one, with articles focusing either on specific competition law issues and on topics pertaining more loosely to economic regulation, while the competition law approach may, nevertheless, be considered the prevailing one. Starting with the relevant topics of competition law brought forward by some of the articles of this initial section of General Doctrine, these involve areas where a marked transition is going on, the outcome of which is not yet entirely clear (thus justifying a critical analytical focus as the one such articles and this Number of C&R purport to develop).

Let us consider in first place the crucial domain, at the current stage of evolution of competition law and enforcement of competition rules in the EU and in Portugal, of the use of settlements in the competition authorities practice. The article, which opens the section of General Doctrine entitled ‘efficiency of sanctions and settlements’, covers in a highly topical manner the use of settlements in the context of enforcement of Portuguese

da concorrência da UE). O artigo analisa o conceito e a relevância das transações para efeitos da aplicação da lei da concorrência e, para além disso, analisa as condições para o desenvolvimento dos procedimentos de transação, em particular quanto às condições relativas à confissão ou reconhecimento de elementos da infração por parte das empresas envolvidas, colocando ainda em perspectiva as potenciais consequências de uma prática decisória muito dependente do recurso às transações, em detrimento da adoção das simples decisões condenatórias, com a orientação hermenêutica que as mesmas tendem a oferecer.

Como já mencionado, trata-se de um tema de grande atualidade também em termos de aplicação do direito da concorrência na UE, na qual podemos detetar possíveis novas tendências que tornam menos linear o uso do procedimento de transação. Duas tendências em particular podem ser destacadas, *e.g.* (i) a interação muito dinâmica entre os procedimentos de transação e os procedimentos ordinários de investigação e deteção de infrações ao direito da concorrência ou (ii) uma possível tendência de evolução para o surgimento de casos “híbridos” (em procedimentos nos quais algumas das partes envolvidas optam pela transação e outras não, com a continuação do procedimento

competition law (highly influenced, as was to be expected, by developments in this domain at the level of EU competition law). It discusses the concept and relevance of settlements for the purposes of competition law enforcement, and goes on from there to analyzing the conditions for the development of settlement procedures, in particular as regards conditions pertaining to confession or acknowledgement of elements of infraction on the part of the involved undertakings, also putting into perspective the potential consequences of an enforcement practice that may rely heavily on settlements to the detriment of adoption of classic infringement decisions with the underlying hermeneutical guidance these tend to provide.

As aforementioned, this is a highly topical domain also in terms of EU competition law enforcement, in which we may detect possible new trends that render less linear the use of the settlement procedures. Two trends in particular may be emphasized, as e.g. (i) the very dynamic interplay between settlement procedures and the ordinary procedures of investigation and verification of infractions to competition law or (ii) a possible trend of evolution towards the emergence of ‘hybrid’

de investigação quanto a estas últimas). Uma ilustração paradigmática desses casos “híbridos” pode ser encontrada na recente investigação de elevada complexidade da Comissão no chamado cartel ‘Euribor’ (envolvendo a manipulação da Euribor, taxa de juro de referência). Neste caso, a Comissão adotou uma decisão condenatória em procedimento de transação em 2013 relativamente a alguns dos bancos envolvidos, mas os processos de investigação continuaram *vis-à-vis* outros bancos que decidiram não transacionar. O facto é que o recurso generalizado às transações pelas autoridades da concorrência pode, com efeito, levar a um número crescente de casos mais complexos em que a adoção de decisões de condenação em procedimentos de transação não impede a continuação do processo de investigação em relação a alguns dos potenciais infratores (algo que para lá de um certo limiar crítico pode pôr em causa a própria eficácia e relevância das transações como instrumento para a resolução célere dos casos e para a redução da insegurança jurídica associada a processos prolongados, que podem, ademais, originar desafios judiciais de duração indeterminada).

No que diz respeito à interação dinâmica entre os procedimentos de transação e os procedimentos ordinários de investigação, a mesma é

cases (in procedures where some of the involved parties settle while others do not, leading to a continuation of the normal procedure against the latter ones). A paradigmatic illustration of these ‘hybrid’ cases may be found in the recent and high profile Commission investigation of the so called Euribor cartel (involving the manipulation of the Euribor interest rate benchmark). In this case the Commission adopted a settlement decision in 2013, which concerned some of the banks involved but normal proceedings were pursued vis-à-vis other banks which decided not to settle. The fact is that the widespread use of settlements by competition authorities may indeed lead to a growing number of more complex cases in which the formal adoption of settlement decisions does not prevent the further pursuit of ordinary proceedings against some of the potential infringing undertakings (something that beyond a certain critical threshold may call into question the very efficiency and relevance of settlements as an instrument to a speedy solution of cases also curtailing legal uncertainty that is associated with protracted proceedings that may, furthermore, originate judicial challenges of indefinite duration).

ilustrada no recente caso *Smart Card Chips*, no qual a Comissão iniciou negociações com vista à transação, tendo depois retomado o procedimento de investigação, devido à falta de soluções concretas para o caso.

Além disso, os recentes desenvolvimentos em casos de grande complexidade ao nível da UE parecem evidenciar, de alguma forma, que as decisões de condenação em procedimentos de transação e, a um nível diferente, os compromissos, nem sempre garantem o tipo de soluções rápidas e simples que tendiam a estar associadas a estas soluções alternativas às decisões condenatórias por infração *tout court*. Na verdade, a transição para a nova Comissão ocorrerá, em última instância, a meio de procedimentos demorados em casos sensíveis, como os relativos à Google e às investigações às transações de derivados de crédito, envolvendo treze dos maiores bancos do mundo (o primeiro caso referido no número anterior da C&R). Quanto ao segundo desses casos, o mesmo envolve o setor financeiro, em relação ao qual podemos esperar grandes desenvolvimentos em termos de aplicação da lei da concorrência, tanto a nível europeu como português (implicando isto que o setor financeiro continuará a ser uma área extremamente sensível em termos de política de concorrência e das suas delicadas ligações com

As regards the dynamic interplay between settlement procedures and the ordinary procedures of investigation this is illustrated in the recent Smart Card Chips case in which the Commission initiated settlement discussions only to revert to ordinary procedure due to lack of actual solutions of the case.

Also, recent developments in high profile cases at EU level somehow seem to evidence that settlements and, at a different level, commitment decisions, do not always ensure the kind of quick and straightforward solutions that tended to be associated with such alternative solutions to formal infringement decisions tout court. In fact, the transition to a new Commission will ultimately happen in the midst of protracted proceedings in sensitive cases as the ones concerning the Google and the credit derivative trading investigations, involving thirteen of the world's largest banks (the former case covered in the preceding number of C&R). As regards the second of these cases, this involves the financial sector in which major developments in terms of competition law enforcement may be expected both at EU and Portuguese level (this implying that the financial sector will remain an extremely sensitive area in terms

a reforma da regulação e supervisão das instituições financeiras, devendo ser dada atenção não só aos potenciais casos de má cooperação entre estas entidades, mas também aos auxílios de Estado decorrentes das necessidades de recapitalização que possam ser identificadas no decurso do processo tendente à transferência do poder de supervisão para o mecanismo único de supervisão em Frankfurt a. M.).

Além destes aspetos, os artigos da Secção de Doutrina Geral também abordam os principais desenvolvimentos relacionados com os problemas específicos dos mercados *on-line* e digital, que são muito dinâmicos, garantindo-se, assim, a continuação das análises desenvolvidas no Dossier Temático sobre o mundo digital incluído no último número da C&R. É o caso, nomeadamente, do artigo de Nuno Sousa e Silva sobre a proposta de diretiva europeia relativa ao licenciamento multiterritorial para a música *on-line*, que irá estabelecer um quadro legal totalmente novo para a ação das tradicionais sociedades de gestão coletiva de direitos de autor (cujo papel é colocado em causa pela difusão e comercialização de música através da Internet).

A um nível diferente, o conjunto complexo de problemas relacionados com as práticas de lavagem de dinheiro é abordado oportunamente pelo artigo de José Danilo Lobato e, num domí-

of competition policy and its delicate crossroads with reformed regulation and supervision of financial institutions, as attention must be paid not only to potential cases of undue cooperation between these entities but also to state aid cases arising from recapitalization needs that may be identified in the course of the process leading to the transfer of supervisory power to the single supervisory mechanism in Frankfurt).

Beside these aspects, the articles of the section of General Doctrine also deal with key developments related with the specific problems of very dynamic online and digital markets, thus ensuring a continuation of the analyses developed in the special thematic file on the digital world included in the last number of C&R. This happens, namely, with the article of Nuno Sousa e Silva on the proposed EU Directive on multi-territorial licensing for online music, which will involve an entirely new landscape for the action of traditional collecting societies (whose role is being challenged by the diffusion and commercialization of music through the Internet).

At a different level, the complex set of problems related with money laundering practices is covered in a timely manner

nio de alguma forma relacionado – de luta contra o crime organizado com objetivos económicos –, o artigo de Érico Barin aborda as novas e mais abrangentes formas de recuperação de ativos que podem ser usadas como parte de uma estratégia global de política penal (embora com um grau significativo de controvérsia quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais e os princípios processuais penais amplamente aceites).

Como já mencionado, este número da C&R inclui um Dossier Temático sobre prova. O direito probatório não é apenas um conjunto de regras sobre a valoração de meios de prova em processo judicial. Pelo contrário, estas regras são uma componente de um quadro conceptual mais amplo, que engloba um determinado número de princípios e práticas. O quadro conceptual da produção e valoração de prova tem sido objeto de muito debate nos sistemas de *common law*, como o dos Estados Unidos da América. Hoje em dia, os sistemas de *civil law* também revelam um interesse crescente sobre várias áreas do direito probatório. Seguindo essa tendência, o nosso Dossier Temático pretende acompanhar as correntes fundamentais neste domínio.

Como tal, este Dossier compreende várias abordagens. O artigo de Mafalda Melim aborda o tema dos *standards* de prova e grau de convicção

by the article of José Danilo Lobato and, in a somehow related domain – of fight against organized crime with economic objectives –, the article of Erico Barin addresses new and expanded forms of asset recovery that may be used as part of an overall criminal policy strategy (although involving a significant degree of controversy as regards its compatibility with fundamental rights and widespread criminal procedural principles).

As aforementioned, this number of C&R includes a Thematic File on evidence. The law of evidence is not merely a set of rules that determine the admissibility of facts into the judicial process. On the contrary, these rules are ingredients of a broad conceptual framework that encompasses a number of principles and practice. The conceptual framework of evidence has been subject to much debate in common law systems like the United States. Nowadays, the civil law systems also reveal a growing interest on several areas of the law of evidence. Following this trend, our special thematic file purports to follow key analytical currents in this domain.

As such this file comprehends various approaches. The paper by Mafalda Melim deals with the subject of the standard of proof in criminal

do julgador em processo penal e sugere uma perspectiva dinâmica, destacando a variedade de *standards* nas diversas fases do processo penal. David Silva Ramalho analisa o uso de *malware* pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal como meio de obtenção de prova em processo penal. O uso de *malware* ganhou visibilidade nos últimos anos devido à sua grande eficácia e à sua capacidade de combater as medidas antiofensivas adotadas por cibercriminosos. O artigo de Catiuce Ribas Barin analisa o valor probatório, em casos criminais, das gravações de áudio realizadas por particulares. Em especial, aborda um caso em que a gravação foi feita por um advogado com o objetivo de ampliar o debate sobre se a recolha deste tipo de prova ultrapassa, ou não, os limites legais. José Neves da Costa analisa a exclusão das provas ilícitas obtidas por indivíduos no âmbito de “investigações particulares”, colocando assim a questão de saber se os indivíduos estão (ou deveriam estar) vinculados, ou não, pelas mesmas normas que disciplinam a obtenção de meios de prova pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal. Finalmente, o artigo de Catarina Abegão Alves analisa a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, fazendo referência especial ao acórdão Teixeira de Castro v. Portugal do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

proceedings and suggests a dynamic perspective, emphasizing the variety of standards in the different stages of criminal proceedings. David Silva Ramalho studies the use of malware by the public prosecutor and the police as means of gathering evidence in criminal proceedings. The use of malware has gained visibility over the last years due to its high effectiveness and its ability to counter anti-forensic measures adopted by cybercriminals. The paper by Catiuce Ribas Barin deals with the probative value, in criminal cases, of audio recordings made by individuals. In particular, it refers to a case where the recording was made by a lawyer, in order to broaden the debate on whether gathering this type of evidence violates legal boundaries. José Neves da Costa discusses the exclusion of illicit evidence gathered by individuals when conducting a “private investigation”, thus raising the question of whether or not individuals are (or should be) bound by the norms that regulate the collection of evidence by the public prosecutor and the police. Finally, the paper by Catarina Abegão Alves analyses the distinction between undercover actions and entrapment, making reference to the judgement Teixeira de Castro v.

Como sempre, renovamos o compromisso com os nossos leitores no sentido de oferecer uma cobertura permanente dos desenvolvimentos mais significativos quer em termos de regulação económica, quer de direito da concorrência, na UE e em Portugal. Como tal, especial atenção será dedicada em futuros números da C&R, por exemplo, à adoção em Portugal da chamada Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras e aos principais corolários que dela possam resultar; ao possível desfecho de importantes investigações por infrações anticoncorrenciais relativas ao setor financeiro na União Europeia e em Portugal; às perspetivas abertas pela programada aprovação da nova legislação da UE sobre ações de indemnização por infrações anticoncorrenciais ou pelos novos casos de elevada complexidade de auxílios estatais, na esteira da grande reforma do regime de controlo dos auxílios estatais que tem vindo a ser realizada pela Comissão cessante.

Portugal of the European Court of Human Rights.

As always, we renew the pledge with our readers of a permanent coverage of the more significant developments both in terms of economic regulation and competition law, at EU and Portuguese level. As part of such coverage particular attention will be, e.g., dedicated in future numbers of C&R to the adoption in Portugal of the so called Framework Law of Regulatory Authorities and to major corollaries that may arise from it, to the possible outcome of major antitrust investigations concerning the financial sector at the EU and in Portugal, to the prospects opened by the prospective approval of new EU legislation on antitrust damages actions or to new high profile state aid cases in the wake of the major overhaul of the state aid control regime that has been undertaken by the outgoing Commission.