

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha*

*Luís Silva Morais*

Com o N.º 4, que agora se publica, a Revista C&R completa o seu primeiro ano de publicação. É o momento adequado para fazer um breve balanço e para ponderar os próximos passos em relação a este exigente projecto editorial e científico. O lançamento da Revista C&R coincidiu com um período de turbulência no domínio do direito e da política da concorrência, bem como da regulação económica, na sequência da crise económica e financeira. Nesse contexto, em constante evolução, assumimos perante os nossos leitores o compromisso de cobrir os desenvolvimentos críticos mais relevantes nestas matérias, designadamente através de dossiers temáticos especiais incluídos

*With the No. 4 that we are now publishing C&R completes its first year of publication. It is time for both a short balance and to look ahead in this challenging editorial and scientific project. The launching of C&R coincided with a period of turmoil as regards competition law and policy and economic regulation, following the international economic and financial crisis. In this context, permanently in flux, we have committed ourselves to cover the most relevant and critical developments, namely through the special thematic files included in each*

em cada número da Revista. Tal veio a materializar-se, entre outros aspectos, mediante dossiers temáticos que foram sucessivamente analisando, (i) na área do direito da concorrência, o abuso de posição dominante, (ii) na área da regulação económica, a reforma da regulação financeira e, (iii) numa área no cruzamento entre política da concorrência, regulação económica e até política industrial, a política e o regime de controlo dos auxílios de Estado.

No quadro desse equilíbrio entre os dois principais pilares deste projecto editorial (concorrência & regulação económica), regressamos com o presente N.º 4 da C&R ao núcleo das questões do direito da concorrência, cobrindo em dois dossiers temáticos as importantes reformas adoptadas no ano de 2010, no enquadramento europeu das denominadas restrições verticais e restrições horizontais (em qualquer dos casos trata-se de reformas que deverão produzir repercussões significativas no plano do direito e política da concorrência ao nível dos Estados-membros, incluindo, naturalmente, Portugal).

Considerando o horizonte temporal de cada uma dessas reformas, propomo-nos desenvolver aqui de modo mais extenso as questões relativas às restrições verticais, na sequência da aprovação, em 20 de Abril de 2010, do novo regime geral de isenção por

*Number of the Review. We have done so, e.g., through thematic files which have successively analysed, (i) in the field of competition law, the abuse of dominant position, (ii) in the field of regulation, the reform of financial regulation and, (iii) in an area with crosscurrents between competition policy, economic regulation and even industrial policy, the policy and rules of state aid control.*

*Within this balance between the two main pillars of our editorial project (competition & economic regulation), we return with the current No. 4 of C&R to the core of competition law issues, covering in two thematic files the important reforms introduced, in the course of 2010, in the EU framework of the so called vertical restraints and in the EU framework of horizontal restraints (in both cases these are reforms that are to produce significant repercussions in terms of competition law and policy at Member States level, including, naturally, in Portugal).*

*Considering the time frame of each of those reforms, we purport to develop here further the issues concerning vertical restraints, in the wake of the approval,*

categoria aplicável aos acordos verticais, Regulamento da Comissão (UE) n.º 330/2010 (referente à aplicação do Artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas) e da adoção das novas “*Orientações relativas às Restrições Verticais*” [substituindo o Regulamento de isenção por categoria e as Orientações Interpretativas de 1999, à data com decisiva importância para a evolução do direito europeu da concorrência, uma vez que corresponderam ao primeiro capítulo de uma nova geração de Regulamentos de isenção por categoria e de Orientações Interpretativas de algum modo relacionados com uma abordagem mais económica e baseada na análise substantiva de efeitos dos comportamentos (“*effects based*”), a qual, em contrapartida, esteve ainda longe de poder considerar-se consolidada durante a década em que esses instrumentos jurídicos foram aplicados].

No que respeita à segunda reforma acima mencionada, que foi apenas concluída em Dezembro de 2010 mediante a aprovação do Regulamento UE n.º 1217/2010, relativo aos acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, do Regulamento UE n.º 1218/2010, relativo aos acordos de especialização, e com a adoção das “*Orientações sobre a aplicação do Artigo 101.º do Tratado aos acordos de cooperação horizontal*”, ini-

*on 20 April 2010, of the new general block exemption applicable to vertical agreements, Commission Regulation (EU) No. 330/2010 (on the application of Article 101(3) to categories of vertical agreements and concerted practices) and of the adoption of the new “Guidelines on Vertical Restraints” (replacing the 1999 block regulation and Guidelines, of groundbreaking importance for the evolution of EU competition law, since they corresponded to the initial chapter of a new generation of regulations and guidelines somehow related with a more economic and effects-based approach, which, conversely, was far from being consolidated during the decade in which such legal instruments were enforced). In the case of the second reform, which was only finalised in December 2010, through the approval of Regulation EU No. 1217/2010, on research and development agreements, Regulation EU No. 1218/2010, on specialisation agreements, and the adoption of the “Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty to Horizontal Cooperation Agreements”, we merely initiate in*

ciamos, tão só, no presente N.º 4 da C&R a discussão crítica sobre o seu possível impacto, compreendendo, por um lado, os progressos subjacentes a esses novos instrumentos jurídicos quanto ao tratamento normativo de modalidades de cooperação horizontal e, por outro lado, aspectos que possam ainda ser tidos como hipotéticas lacunas ou até oportunidades perdidas de reforma neste domínio, à luz das perspectivas de análise largamente inovadoras que vêm sendo abertas pela extensa jurisprudência europeia nessa área e pela discussão que esta tem gerado (conquanto tais perspectivas de análise enfermem amiúde de grande incerteza).

Nessa conformidade, pretendemos aprofundar e desenvolver a análise crítica desta última e muito recente reforma relativa às restrições horizontais nos próximos números da C&R ao longo de 2011 (quer através de um dossier temático correspondente à continuação do que é iniciado neste N.º 4, quer através de futuros artigos a incluir na Secção de Doutrina Geral da Revista).

No que respeita ao regime das denominadas restrições verticais, consideramos absolutamente necessário apresentar uma perspectiva integrada do respectivo processo de reforma, iniciado na primavera de 2008, bem como do contexto geral que o influenciou. Nesse sentido, e tendo

*the current No. 4 of C&R the critical discussion of its possible impact, comprehending, on the one hand, the progress underlying these new legal instruments in terms of normative treatment of horizontal forms of cooperation between undertakings and, on the other hand, hypothetical lacunae and even missed opportunities, in light of the widely innovative, albeit sometimes uncertain, paths opened by the extensive EU case law in this area and by the discussion it has generated. Accordingly, we plan to deepen and extend the critical analysis of this latest and very recent reform in the incoming 2011 Numbers of C&R (both through a thematic file representing the continuation of the one initiated in the current No. 4 and through future articles to be included in the section of General Doctrine of the Review).*

*As regards vertical restraints, we consider absolutely necessary to provide an overall picture of the review process initiated in the Spring of 2008 and of the broader context which influenced it. With that purpose in mind, and considering that the majority of cases*

presente que a maior parte dos precedentes relativos a acordos verticais se situaram no plano nacional (dos Estados-membros da UE) ao longo dos últimos anos, incluímos no nosso dossier temático sobre a reforma das restrições verticais um artigo de Laurence Idot, que passa em revista e procede a uma análise crítica da experiência recente da Autoridade da Concorrência Francesa em matéria de aplicação de regras de concorrência aos acordos verticais. Para essa opção editorial, tomámos também em consideração o facto de que – no sentido destacado por Bruno Lasserre (citado no artigo de Idot) – uma parte significativa desses precedentes relativos a restrições verticais têm ocorrido em França, o que, por seu turno, e como é também justamente apontado nesse artigo, pode ainda explicar a razão pela qual, das três intervenções da Comissão Europeia verificadas até a data com base no artigo 15.º, § 3 do Regulamento (UE) N.º 1/2003 – que se reporta à apresentação de observações por parte da Comissão junto de tribunais nacionais de Estados-membros de modo a assegurar a aplicação coerente dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE –, duas se reportaram à jurisdição francesa e, no contexto da mesma, ao sector da distribuição.

No quadro desta discussão sobre o regime das restrições verticais – ora iniciada e com um duplo enfoque

*concerning vertical agreements have for the past years been handled at national (EU Member States) level, we have included, in our thematic file covering the reform of vertical restraints, an article by Laurence Idot, which critically analyses the recent experience of the French Competition Authority in the enforcement of competition rules to vertical agreements. In that editorial option, we also took into consideration, that, as emphasized by Bruno Lasserre (quoted in Idot's article), a significant part of those vertical restraints cases was handled in France, which, in turn, and as also duly remarked in such article, may explain why of the three interventions by the European Commission that took place up to now on the basis of article 15, § 3 of Regulation (EU) No. 1/2003 – concerning the submission of observations by the Commission to national Courts of Member States where to coherent application of articles 101 or 102 of the TFEU so requires – two were related with the French jurisdiction and concerned the distribution sector. Within the context of this discussion of*

na reforma das regras e orientações da UE e na fundamental experiência de aplicação de regimes de concorrência neste domínio por parte dos Estados-membros – pretende-se também, a breve trecho, analisar, em futuros N.ºs da C&R, a experiência verificada na nossa própria jurisdição (Portuguesa), antes e depois da reforma de 2010, cobrindo precedentes jusconcorrenciais verificados no sector da distribuição e compreendendo também outras iniciativas particularmente relevantes para o enquadramento desse sector, embora numa perspectiva mais ampla, como o Relatório da Autoridade da Concorrência, de Outubro de 2010, “*relativo a relações comerciais entre grupos da grande distribuição e os seus fornecedores*” (discutindo diferentes perspectivas nessa área sensível). Algumas bases para essa discussão futura resultam também do artigo de Ioannis Lianos, publicado no presente dossier temático sobre restrições verticais, que tem como enfoque essencial as questões relativas ao poder de mercado, individual ou colectivo, dos retalhistas.

Está ainda por determinar em que medida o novo enquadramento de 2010 da UE relativo às restrições verticais traduzirá uma evolução verdadeiramente significativa da metodologia analítica baseada nos efeitos dos comportamentos (“*effects based*”), mas espera-se oferecer, através do

*vertical restraints – now initiated and doubly focused in the review of its EU framework and in the fundamental Member States track record in the area – we also plan to analyse presently, in future Numbers of C&R, the experience of the Portuguese jurisdiction, previous to the 2010 review and subsequent to it, related with case law in the distribution sector and with other initiatives particularly relevant for the distribution sector, albeit within a wider perspective, such as the October 2010 Report of the Portuguese Competition Authority “on Commercial Relations between the large Retail Groups and their Suppliers” (discussing different views in this sensitive area). Some seeds for that future discussion also result from Ioanis Lianos’ Article, published in current thematic file on vertical restraints, which is largely focused on issues of individual or collective retailer power.*

*It remains to be seen how much of a truly significant evolution of the effects-based approach the new 2010 EU framework on vertical restraints represents, but we expect to put forward,*

presente N.º da C&R, uma contribuição apreciável para a discussão em curso nesta área.

O *supra* mencionado artigo de Laurence Idot representa também, neste momento em que se conclui o primeiro ano de publicação de C&R, a concretização plena do compromisso assumido com uma abordagem internacional e plurilinguística (afirmado no programa editorial exposto no N.º 1), que compreende, enquanto tal, a publicação de textos doutrinários em língua Francesa (depois de termos incluído regularmente contribuições em língua Inglesa em todos os N.ºs de C&R).

Para além dos dois dossiers temáticos inseridos neste N.º 4 de C&R (que serão objecto de desenvolvimento ulterior, sobretudo no que respeita às denominadas restrições horizontais), os outros artigos publicados neste N.º reflectem a nossa permanente atenção a algumas das matérias mais dinâmicas em termos da actual agenda da política da concorrência (na UE e nos Estados-membros).

Uma dessas matérias corresponde indiscutivelmente à aplicação na esfera privada do direito da concorrência (“*private enforcement*”). Nesta área, após um parêntesis aparente, no quadro da transição do mandato de Neelie Kroes para o de Joaquim Almunia, enquanto Comissário com o pelouro da Concorrência, pare-

*in the current Number of C&R, a significant contribution to the ongoing debate in this area.*

*Laurence Idot’s aforementioned article also represents, at the time we close C&R first entire year of publication, the ultimate fulfilment of our commitment with an international and multilingual approach (stated in our editorial program in No. 1), which extends to the publication of texts in French, as it is the case of such Article (after having included regular contributions in English in every Number of C&R).*

*Besides the two thematic files included in this No. 4 of C&R (to be largely followed-up, as regards the one on horizontal restraints), the other articles we are publishing reflect our continuous attention to some of the most dynamic matters in terms of the current competition policy agenda (in the EU and in Member States).*

*One of such matters indisputably corresponds to private enforcement of competition law. In this area, after an apparent parenthesis in the context of the transition from Neelie*

ce existir um esforço renovado para produzir resultados relevantes (e provavelmente numa base mais realista do que aquela que foi configurada num passado não muito distante). Tal deverá traduzir-se numa proposta de enquadramento de mecanismos de acção colectiva na UE – associada a uma consulta pública sobre estas questões lançada pela Comissão em Fevereiro de 2011 – a qual poderá, segundo se espera, vir a converter-se no suporte de iniciativas legislativas futuras em diversas políticas conexas com a da concorrência (incluindo, *inter alia*, as de protecção do consumidor, do ambiente ou outras). Essas iniciativas tenderão a compreender um projecto de Directiva relativo a acções de indemnização no domínio da concorrência, no segundo semestre de 2011. Neste contexto de mudança, o N.º 4 de C&R inclui um artigo que analisa as perspectivas de acções de indemnização a intentar por entidades privadas e a sua sensível interacção com o programa europeu de clemência no domínio da concorrência. Numa perspectiva nacional, essas discussões são também relevantes numa altura em que se pretende criar em Portugal um Tribunal especializado para o direito da concorrência e da regulação. Na realidade, esse tipo de reforma judicial pode ser associado a ajustamentos complementares do nosso sistema

*Kroes's mandate as Competition Commissioner to Joaquin Almunia's, there seem to be renewed attempts to produce a relevant outcome (probably on a more realistic basis than the one considered in a not too distant past). These will take the shape of a proposal of framework for collective redress in the EU – associated with a public consultation which the Commission has just launched in February 2011 – that may, hopefully, become the basis for prospective legislative initiatives in several policy areas beside competition (and including, 'inter alia', consumer protection, environment or others). Such initiatives could comprehend a Draft Directive on antitrust damages actions in the second half of 2011. In this changing context, No. 4 of C&R includes an article analysing the prospects of private actions for damages and its sensitive interplay with the EU leniency program. From a Portuguese perspective, these discussions are also relevant at a time Portugal is establishing a specialised Court for competition law and regulation. In fact, this type of judicial reform may*

judiciário orientados para o potencial desenvolvimento do “*private enforcement*” do direito da concorrência (assentes em mecanismos de acção colectiva já existentes nesse sistema).

Outros artigos, incluídos na Secção de Doutrina Geral, abordam, na sequência de outras análises em N.ºs precedentes da C&R, questões sensíveis relativas aos direitos da defesa em procedimentos sancionatórios de direito da concorrência, bem como matérias conexas relacionadas, numa perspectiva mais lata, com o debate europeu e nacional sobre o possível aprimoramento qualitativo do denominado “*due proces*” no domínio do direito da concorrência (que corresponde a uma das prioridades da agenda do actual Comissário para a Concorrência). Trata-se de uma área em que ainda não se conseguiram estabelecer as ponderações mais adequadas e, tomando aqui, uma vez mais, em consideração o contexto Português, encontra-se em causa um domínio no qual a reforma em perspectiva da actual Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003) pode contribuir para um novo tipo de equilíbrios (cabendo aqui recordar, a este propósito, que foram dadas a conhecer no N.º 3 da C&R orientações gerais versando análises prévias e propostas da Autoridade da Concorrência sobre essa reforma legislativa, estando em curso um “*call for papers*”, que

*be associated with complementary adjustments of our judicial system aimed towards the potential development of private enforcement of competition law (and building upon mechanisms of collective action already existing in such system).*

*Other articles included in the General Doctrine Section touch once more upon the sensitive issues concerning rights of defence in competition law sanction proceedings, and related issues, that have to do with the wider EU and Portuguese debate on the possible upgrade of ‘due process’ in the field of competition law (a priority high in the agenda of the current Competition Commissioner). That’s an area where adequate balances are still to be established and, turning again to the Portuguese context, it is an area where the prospective reform of the current Competition Law Act (Law No. 18/2003) may contribute to a new equilibrium (general guidelines concerning previous analysis and proposals by the Portuguese Competition Authority on that reform were announced in C&R No. 3, in the context of a call for papers, still in course,*

desejavelmente poderá gerar uma discussão aberta das várias opções e perspectivas nesse plano de reforma legislativa, com intervenção dos mais variados intervenientes ou interessados na matéria).

*hopefully generating an open discussion of various options and perspectives from several stakeholders in this field).*