

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

Como se anunciou no número anterior, a Direção da Revista de Concorrência & Regulação mudou. O Prof. Paulo de Sousa Mendes, que cessou as suas anteriores funções no n.º 31, e continuará a colaborar com a C&R enquanto editor, foi um fundador e impulsor decisivo deste projeto. A C&R está-lhe muito grata por toda a sua dedicação e esforço ao longo de 7 anos, e manter-se-á fiel ao espírito e objetivos que a têm norteado desde o início.

Neste 32.º número da C&R, Enrico Sanseverino confronta-nos com a perspectiva variável, a nível nacional e internacional, sobre uma dimensão frequentemente negligenciada da corrupção. Tendemos a focar-nos nas manifestações deste fenómeno no setor público, mas a corrupção no setor

*As was announced in the previous issue, the Board of the Revista de Concorrência & Regulação has changed. Professor Paulo de Sousa Mendes, who ceased his previous functions in no. 31, and will continue to cooperate with C&R as an editor, was a founder and decisive promoter of this project. C&R is very thankful to him for all his dedication and efforts throughout 7 years, and will remain true to the spirit and objectives which have guided it since the start.*

*In this 32<sup>nd</sup> issue of C&R, Enrico Sanseverino confronts us with a varying perspective, at the national and international level, concerning a frequently neglected type of corruption. We tend to focus on the cases of corruption in the public sector, but corruption in the private*

privado tem também um importante impacto económico, afetando interesses gerais e difusos do Estado, e merece uma intervenção penal do Estado. O autor realça que as jurisdições que criminalizam estas condutas centram-se sempre em relações de agência, reconduzindo-se ao rompimento de uma relação de confiança e lealdade contratualmente remunerada. Nesta ótica, a criminalização da corrupção no setor privado pode ser vista como um complemento do direito da concorrência, como instrumento de proteção da livre concorrência e do correto funcionamento dos mercados.

O n.º 25 da C&R incluiu a primeira parte de um extensivo estudo de Luís Miguel Romão e Alexandre Miguel Mestre sobre a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito da União e nacional. Publica-se no presente número a segunda e última parte deste estudo, que inclui já a análise de importantes desenvolvimentos recentes na prática administrativa e judicial nacional. A saúde da ordem jurídica e do sistema de justiça depende da garantia do sigilo das comunicações entre advogados e clientes. Desconsiderar esta proteção no caso de correspondência aberta (sem provas de que ela seja, em si, um elemento dum crime), ou limitar esta proteção a documentos detidos pelo/a próprio/a advogado/a, é um desenvolvimento incompatível

*sector also has an important economic impact, affecting general and diffuse interests of the State, and is certainly deserving of intervention by the State under criminal law. The author points out that the jurisdictions which criminalize this type of behaviour focus on agency relations between persons, boiling it down to the breaking of a contractually remunerated relationship of trust and loyalty. From this perspective, criminalizing corruption in the private sector may be seen as a complement to competition law, as an instrument for the protection of free competition and of the correct functioning of markets.*

*Issue 25 of C&R included the first part of an extensive study by Luís Miguel Romão and Alexandre Miguel Mestre on the protection of the confidentiality of attorney-client communications, under European Union Law and national law. The present issue now publishes the second and last part of this study, which includes already the analysis of important recent developments in national administrative and court practice. The health of the legal order and of the judicial system depends on the protection of attorney-client privilege. Disregarding this protection in the case of open correspondence (without evidence that it, in itself, is part of a crime), or limiting it to documents held by the lawyer him/herself, is a development which is incompatible with this*

com esta necessidade. Menos evidente é a questão da extensão desta proteção aos advogados internos, que os autores parecem defender. Apesar da letra da lei, a realidade prática e dos mercados sugere que não é fácil falar em efetiva independência dos advogados que são trabalhadores de empresas, e a extensão do sigilo a estes criaria um mecanismo que facilmente destruiria a possibilidade de provar infrações concorrenciais, atentas as limitações da doutrina do facilitador. Merece maior discussão, cremos (e aqui discordamos dos autores), a difícil relação entre a proteção deste sigilo ao abrigo do direito interno, e a sua desproteção ao abrigo do direito da concorrência da União, sobretudo nos casos em que seja a AdC a aplicar os artigos 101.º/102.º do TFUE, à luz do primado do direito europeu e da necessidade de garantir o seu efeito útil. Aplicar dois standards de proteção jurídica diferentes na aplicação do direito da concorrência da União, consoante a autoridade que seja chamada a aplicar o Tratado, é inerentemente incompatível com os princípios da ordem jurídica da UE.

Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira apresentam-nos um resumo dos resultados da análise interdisciplinar realizada pela Unidade Especial de Políticas Públicas da AdC, ao longo do estudo e da emissão de recomendações sobre vários casos concretos de reorganização de atividades de gestão

*requirement. Less clear is the extension of this protection to in-house lawyers, which the authors seem to argue in favour of. Despite the letter of the law, the practical reality of the markets suggests that it is not easy to identify an effective independence of lawyers who are employees of undertakings, and extending attorney-client privilege to these would create a mechanism which would easily destroy the possibility of proving antitrust infringements, considering the limitations of the facilitator doctrine. Deserving of greater discussion, we believe (and here we disagree with the authors), is the difficult relationship between the protection of privilege under national law, and its lack of protection under European competition law, especially in cases where it is the AdC who applies articles 101/102 TFEU, in light of the primacy of European law and of the need to ensure its effectiveness. Applying two different legal standards of protection in the enforcement of EU competition law, depending on the authority applying the Treaty, is inherently incompatible with the principles of the EU legal order.*

*Miguel Moura e Silva and Manuel Cabugueira present to us a summary of the results of the interdisciplinary analysis carried out by the Competition Authority's Public Policies Special Unit, in the context of the study and issuance of recommendations on several cases of*

de águas e resíduos. De modo mais amplo, está em causa a criação de uma metodologia para a análise da intervenção pública nos mercados, através da expansão de concessões exclusivas a atividades complementares e instrumentais. Esta expansão é permitida pelo direito nacional apenas quando autorizada pelo Governo, desde que se verifiquem certas condições e após parecer não vinculativo da AdC e do regulador setorial. Este artigo explica, assim, a metodologia que uma ANC pode aplicar, ao aconselhar o Governo numa situação como esta, em que se exige uma avaliação de impacto concorrencial. Num contexto nacional em que, em regra, as decisões políticas não são precedidas de avaliações concretas de impacto económico, ambiental, etc., é meritório que se difundam e utilizem, efetivamente, metodologias deste género, a fim de habilitar os decisores públicos a adotarem medidas mais informadas de política pública.

Nuno Cunha Rodrigues debruça-se sobre a fronteira e a relação entre duas áreas do direito em que é especialista, e como estas foram afetadas pela recente revisão do Código dos Contratos Públicos. O autor defende que esta reforma veio reforçar a garantia do respeito pelo direito da concorrência no âmbito da contratação pública, e realça a importância da continuação dos esforços de cooperação entre as entidades adjudicantes e a AdC. Liga

*reorganization of activities of waste and water management. More broadly, they describe the methodology created to analyse public intervention on the markets, through the expansion of exclusive concessions to complementary and ancillary activities. Such expansion is allowed by national law only if authorized by the government, subject to certain conditions and non-binding opinions of the AdC and the sectoral regulator. This paper thus explains the methodology which an NCA may resort to, when advising the Government in such a situation, which requires a competitive impact assessment. In a national context where, as a rule, political decisions are not preceded by concrete assessment of economic impact, environmental impact, etc., it is meritorious that methodologies such as this one should spread and be effectively used, so as to allow public decision-makers to take more informed public policy choices.*

*Nuno Cunha Rodrigues tackles the borderline and the relationship between two branches of the law in which he is a specialist, and how these have been affected by the recent amendments to the Public Contracts Code. The author argues that this reform has strengthened the guarantees of compliance with competition law in public tenders, and highlights the importance of the continued efforts of cooperation between contracting authorities and the AdC. He also connects this issue to*

também esta temática com a problemática da corrupção e chama a atenção para o incentivo que os concorrentes têm para contribuir para a verificação do cumprimento do direito.

Tânia Luísa Faria debruça-se sobre a *vexata quaestio* dos efeitos dos recursos judiciais de decisões contraordenacionais da AdC, em especial de decisões interlocutórias. É sabido que está instalada em Portugal a insegurança jurídica neste plano, depois de várias sentenças do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que defendem a inconstitucionalidade do mero efeito devolutivo de todo e qualquer recurso, sem aferição no caso concreto. O debate judicial continuou no Tribunal da Relação de Lisboa, que já discordou do TCRS nalguns casos. E o Tribunal Constitucional proferiu três acórdãos sobre um dos aspetos deste debate, que podem ser vistos como contraditórios entre si. Encontra-se, à data da escrita, pendente outro caso no TC sobre o mesmo assunto. Esta é uma discussão da maior importância, transponível também para a aplicação do direito por vários reguladores setoriais, e que tem, em última linha, implicações para a lógica e princípios de todo o ordenamento jurídico.

*the fight against corruption, and stresses the incentive of competitors to contribute to the verification of compliance with the law.*

*Tânia Luísa Faria tackles the vexata quaestio of the effects of judicial appeals of decisions adopted by the AdC in misdemeanour proceedings, especially procedural (non-final) decisions. It is known that legal uncertainty now prevails in Portugal in this regard, after several judgments of the Competition, Regulatory and Supervision Court which find the non-suspensory effect of any and all appeals, without an assessment of the specific case, to be unconstitutional. The judicial debate continued at the Lisbon Appeal Court, which has disagreed with the CRSC in some cases. And the Constitutional Court has issued three judgments about one of the aspects of this debate, which may be seen as contradictory. There is, presently, another case pending before the CC on the same issue. This is a very important discussion, which is transposable also to the enforcement of the law by several sectoral regulators, and which, at the end of the day, has important consequences for the logic and principles of the legal order as a whole.*