

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO I • NÚMERO 4
OUTUBRO – DEZEMBRO 2010

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direcção

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

presidência do conselho de redacção

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



ALMEDINA



AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano I • Número 4

Outubro – Dezembro 2010

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19

1050-037 Lisboa

NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade

1649-014 LISBOA

NIF: 506764877

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-78-80

3000-164 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

Palheira – Assafarge

3001-453 Coimbra, Portugal

producao@graficadecoimbra.pt

Preço avulso desta Revista € 25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) € 90 (desconto de 10%)

FEVEREIRO 2011

DEPÓSITO LEGAL

304538/10

TIRAGEM

500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 17 DOCTRINA
- 19 **Doutrina Geral**
- 21 Alberto Saavedra – *The Relationship between the Leniency Programme and Private Actions for Damages at the EU Level*
- 53 Fernando Pereira Ricardo – *A aquisição de participações ou de activos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas*
- 65 Patrícia Lopes – *Segredos de negócio versus direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência*
- 109 **Dossier Temático I**
- 109 *Restrições verticais*
- 111 Miguel Gorjão-Henriques/Miguel Sousa Ferro – *The Latest Reform of EU Competition Law on Vertical Restraints*
- 139 Laurence Idot – *La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales*
- 169 Ioannis Lianos – *Upfront Access Payments, Category Management and the New Regulation of Vertical Restraints in EU Competition Law: Importing the Retail Side of the Story*
- 193 **Dossier Temático II**
- 193 *Restrições horizontais*
- 195 Arianna Andreangeli – *Modernizing the Approach to Article 101 TFEU in Respect to Horizontal Agreements: Has the Commission's Interpretation Eventually "Come of Age"?*
- 227 Silke Obst/Laura Stefanescu – *New Block Exemption Regulation for the Insurance Sector – Main Changes*
- 245 LEGISLAÇÃO
- 247 **Legislação nacional**
- 247 Legislação nacional de regulação – Setembro a Dezembro de 2010

255 JURISPRUDÊNCIA

255 Comentário de Jurisprudência da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia* – Helena Gaspar Martinho

273 Jurisprudência Geral

273 Jurisprudência nacional de concorrência – Setembro a Dezembro de 2010

275 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – Setembro a Dezembro de 2010

277 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – Setembro a Dezembro de 2010

279 BIBLIOGRAFIA

281 Recensões

281 Sandra Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010 – Cristina Camacho

287 Jonathan D.C. Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010 – Ricardo Bayão Horta

293 Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Massachusetts/ London: The Belknap of Harvard University Press, 2010 – Miguel Nogueira de Brito

303 **Novidades bibliográficas** – Setembro a Dezembro de 2010

307 ACTUALIDADES

315 NOTAS CURRICULARES

323 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

325 Órgãos Sociais

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).

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

Dossier Temático I

Restrições verticais

Dossier Temático II

Restrições horizontais

DOCTRINA GERAL

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE LENIENCY PROGRAMME AND PRIVATE ACTIONS FOR DAMAGES AT THE EU LEVEL

*Alberto Saavedra*¹

ABSTRACT: The aim of this article is to assess the complementarity and interrelationship between public and private enforcement, on the one hand, and to discuss the several policy options put forward by the Commission that aim to find a proper balance between the leniency programme and actions for damages, on the other hand. Our thesis is that the appropriate balance is obtained by limiting the incentives in the context of private enforcement only to the successful immunity applicant as a price for his contribution in the uncovering of a cartel and the need to preserve the attractiveness of the leniency programme. The incentives can be translated in terms of non-disclosure of evidence provided to the competition authority and limited liability. By contrast, all other cartelists and leniency applicants which only benefit from a fine reduction shall not have any rewards when facing civil claims. The central role of the immunity applicant will provide the key to approach some of the problems that arise from the interrelation between leniency applications and damages claims, such as (i) the question on whether the enhancement of private actions as such will weaken the leniency mechanism and (ii) how a certain degree of protection can be guaranteed to the leniency applicant, in particular by discussing the various policies that limit the scope of the civil liability of the successful leniency applicant proposed by the Commission.

SUMMARY: I. Background. II. Introduction. III. The Complementarity and Independence of Public and Private Enforcement. IV. Consequences of a Leniency Application for Potential Plaintiffs. 1. Awareness of the Cartel Infringement and the Establishment of the Facts during the Administrative Procedure. 2. Access to Evidence by National Courts and Plaintiffs. 3. The Binding Effect of the Commission's Decision in Follow-on Civil Proceedings. V. Protection of Leniency Applicants in Follow-on Actions for Damages. 1. Rebate on Damages Claim. 2. Limiting the Scope of the Immunity Applicant's Liability. VI – Conclusion.

¹ Lawyer. LL.M – Master of Laws, University College London.

I am grateful to the tutor of my LL.M dissertation Florian Wagner-von-Papp, Assimakis Komninos, Dominik Eisenhut, Joaquim Vieira Peres, Inês Gouveia, my other colleagues at my law firm and the Editor for their insightful comments.

All views expressed in this paper are strictly personal and should not be construed as reflecting the opinion of any of the above mentioned persons. Comments are welcome at albertosaav@gmail.com.

I. BACKGROUND

Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU')² (ex-Articles 81 and 82 of the Treaty Establishing the European Community ('EC')) can be enforced, on the one hand, by the national competition authorities ('NCAs') and the European Commission (public enforcement) and, on the other hand, by private plaintiffs³ seeking redress for damages inflicted on them before national courts (private enforcement).⁴ By private enforcement we mean actions for damages. Such actions for damages can be brought either following a finding of infringement by a public authority ('follow-on actions') or by filing civil claims independent from public enforcement ('stand-alone actions').⁵ Unless otherwise stated, all other forms of private enforcement such as actions for nullity and injunctive relief are not considered here. In any case, because the topic of the present paper is the interplay between the leniency mechanism and actions for damages, we shall only analyse infringements that fall within the scope of the leniency mechanism, i.e., secret cartels will be considered.⁶

Contrary to the United States, the current climate of enforcement of competition law in Europe has been mainly dominated by public enforcement.⁷ Several Competition Commissioners long have argued in favour of the development of an efficient system of actions for damages as an important goal of competition policy.⁸ Damages actions aim at compensating those who suffer from restrictive practices and simultaneously increase the deterrent effect.⁹

² OJ (Official Journal of the European Communities) C115, 9.5.2008.

³ Public bodies can equally bring actions for damages. See Commission Decision of 21 February 2007 in Case COMP/38.823 *Elevators and escalators*, press release IP/07/209.

⁴ Generally on private enforcement, Jones, 1999; Ehlermann & Atanasiu, 2003; Komninos, 2008c; Bellamy & Child, 2008: paras.14.042-14.142; Whish, 2009: 290-322; Organisation for Economic Co-operation and Development ('OECD') Report on Private Remedies, DAF/COMP(2006)34, January 2008, available at <http://www.oecd.org/competition> (consulted on January 02, 2011).

⁵ See Komninos, 2008c: 6-7.

⁶ For a definition of hard core cartel, OECD Publication C (98) 35/FINAL, of May 1998, available at <http://www.oecd.org/competition> (consulted on January 02, 2011).

⁷ The ratio of private to public enforcement in the United States is explained in Ginsburg & Brannon, 2005: 29.

⁸ *V.g.*, Monti, 2004; Kroes, 2005b; Almunia, 2010a.

⁹ Commission XXXVth Report on Competition Policy – 2005 (Brussels/Luxembourg, 2006), para.31; *vide* Nebbia, 2008: 23; Wils, 2009: 5-15.

A step in the direction of a more efficient private enforcement has been achieved through Regulation (EC) No 1/2003, according to which national courts are empowered to apply not only Articles 101 (1) and 102 TFEU (ex-Articles 81 (1) and 82 EC), which have direct applicability by virtue of the case law of the European courts, but also Article 101 (3) (ex-Article 81 (3) EC).¹⁰

In fact, recital 7 states that national courts play a crucial role in applying the European Union ('EU') competition rules and that when deciding private disputes, they protect the rights of an individual, '*for example by awarding damages to the victims of infringements*'. However, the Modernization Regulation did not introduce a harmonisation of national remedies. This minimalist approach implied that the European Court of Justice ('ECJ') was the sole entity responsible for safeguarding a certain degree of harmonization of the substantive and procedural rules of the Member States.¹¹

In the meantime, Advocate-General ('AG') VAN GERVEN in his Opinion in *Banks* convincingly suggested that the infringement of EU competition rules conferred the right to obtain reparation in respect of loss and damage.¹² Nonetheless, the ECJ did not address this crucial issue until 2001 in *Courage*.¹³

*The full effectiveness of Article 81 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 81 (1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.*¹⁴

Later, in *Manfredi*, the Court shed light on the constitutive requirements of that right to redress:

¹⁰ Council Regulation No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1, last amended by Council Regulation No. 1419/2006 [2006] OJ L269. See also Ehlermann, 2000: 537; Venit, 2003: 545; Jones, 2003: 96-108; Correia, 2008: 1747; Moniz & Fonseca, 2008.

¹¹ Komninos, 2008c: 164.

¹² Case C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd v British Coal Corporation*, (1994) ECR (European Court Reports) I-833, AG Opinion, paras.37ff.

¹³ On this judgment, see Komninos, 2002: 447; Albors-Llorens, 2002: 38; Woods, Sinclair & Ashton, 2004: 31; Reich, 2005: 35; Drake, 2006: 841.

¹⁴ Case C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, (2001) ECR I-6297, para. 26; Korah, 2006: 311-315.

*It follows that any individual can claim compensation for the harm suffered where there is a causal relationship between that harm and an agreement or practice prohibited under Article 81 EC.*¹⁵

Even though the ECJ has clarified in both *Courage* and *Manfredi* the existence of a right to recover losses as a result of an antitrust infringement, the number of private claims has not substantially increased. An external study was requested by the Commission to identify the obstacles for private actions for breach of European antitrust law (the '*Ashurst Report*').¹⁶ *Brevitatis causa*, it suggests that there is a connection between the low number of damage actions and the 'astonishing diversity' of solutions adopted at the national level. In response to these results, in December 2005, the Commission published a Green Paper on damages actions for breach of the EC Treaty antitrust rules ('GP'), with the declared aim to foster the dialogue on private enforcement and to remove the obstacles for plaintiffs who wish to pursue damages actions before national courts.¹⁷ Following the public consultation on the GP, the Commission published, in April 2008, a White Paper on Damages ('WP'),¹⁸ accompanied by a Commission Staff Working Paper ('SWP to the WP') and an Impact Assessment Report ('IAR').¹⁹ Henceforth, the WP may have the effect of enacting EU law measures.

Although not yet available in the public domain, the European Commission has issued a Proposal for a Council Directive on rules governing actions for damages for infringements of Articles 101 and 102 TFEU (ex-Articles 81 and 82 EC) ('Draft Directive').²⁰ This document, leaked in the typical Commission manner, follows most of the recommendations set out in the

¹⁵ Joined Cases C-295/04 to C-298/04, *Vicenzo Manfredi et al v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al*, (2006) ECR I-6619, para.61.

¹⁶ Waelbroeck, Slater & Even-Shoshan, 2004.

¹⁷ Green Paper – Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Commission of the European Communities, COM (2005) 672 final and Commission Staff Working Paper to the Green Paper ('SWP to the GP'), SEC (2005) 1732. See also Diemer, 2006: 309; De Smijter, Stropp & Woods, 2006: 1; Völcker, 2006: 1409; Pheasant, 2006: 365; Green, 2007: 15, at 18-20; Eilmansberger, 2007: 431.

¹⁸ COM (2008) 165 final, available at COM (2008) 165 final, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. See also Report on Competition Policy 2008, Brussels, 23.7.2009, COM(2009) 374 final, paras.8, 15-18.

¹⁹ SEC(2008) 404, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

²⁰ Reher & Hempel, 2009a; Saavedra, 2009.

White Paper. The Commission has acknowledged the absence of private enforcement in most of the Member States and the harmful costs to society of antitrust infringements. Therefore, the aim of the future Directive is to ensure ‘that all victims are in a position to obtain full compensation for damage caused by an infringement of the EC competition rules’. The Draft Directive contemplates, amongst others, the following suggestions: collective redress mechanisms through group and representative actions, rules on disclosure of evidence held by the opposing party or by a third party ordered by a judge, passing-on of overcharges by the defendant, conferring a binding effect on final infringement decisions by national competition authorities or by a review court, and rules on fault and limitation periods. This will change dramatically the landscape of procedural rules on actions for damages in the EU by removing obstacles to a more efficient system of damages actions.

II. INTRODUCTION

The Commission, in the 2006 Leniency Notice, clearly states that the circumstance of granting a fine immunity or reduction does not preclude leniency applicants from actions for damages before national courts for having participated in illegal agreements under Article 101 (1) TFEU (ex-Article 81 (1) EC).²¹ The Commission is aware of the problems that might result from the interplay between the leniency mechanism and private enforcement and has considered several policy options:

*It appears appropriate to maintain the attractiveness of leniency programmes in Europe, on the one hand, by ensuring an adequate level of protection of leniency applications in a future context of an enhanced level of actions for damages, and, on the other hand, to further reflect on the possibility to further incentivise potential immunity applicants.*²²

The aim of this paper is precisely to assess the complementarity and interrelationship between public and private enforcement, on the one hand, and to discuss the several policy options put forward by the Commission that intend to find the proper balance between the leniency programme and actions for damages, on the other hand. Our thesis is that the appropriate balance

²¹ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ 2006 C298/17, para.39.

²² SWP to the WP, as note 19 above, para. 286.

is obtained by limiting the incentives in the context of private enforcement only to the successful immunity applicant as a price for his contribution in the uncovering of the cartel and the need to preserve the attractiveness of the leniency programme. By contrast, all other cartelists and leniency applicants which only benefited from a fine reduction shall not have any rewards when facing civil claims.

If an appropriate trade-off between the leniency mechanism and actions for damages is not found, a decrease of both public and private enforcement might possibly occur. For instance, a reduction in leniency applications could lead to a diminishment of investigation proceedings and ultimately infringement decisions. As a result, a reduction in public enforcement and in the uncovering of cartels would imply a decrease in private enforcement, since the Commission's infringement decisions can prompt victims to bring follow-on actions. The corollary of this is that the Commission is eager to protect the leniency mechanism, which represents at least 70% of all cartel investigations.²³

Unless otherwise referred to, this paper does not seek to examine the national legal systems.²⁴ Hence, national rules on access to documents, discovery and burden of proof or the leniency programmes of the different Member States are not covered in the present discussion.

In terms of the structure of this paper, after the introduction, Chapter III will consider the question of whether private and public enforcement remain institutionally independent from each other or whether there is a hierarchical relationship between the two referred models. Chapter IV explains the effects of a leniency application for potential claimants, i.e., the awareness of the cartel infringement, the establishment of facts during the administrative procedure, access to evidence by national courts and plaintiffs, and the binding effect of the decisions of public authorities in follow-on civil proceedings. In Chapter V we intend to approach some of the problems that arise from the interrelation between leniency applications and damages claims, such as (i) the question on whether the enhancement of private actions as such will weaken the leniency mechanism and (ii) how a certain degree of protection can be guaranteed to the leniency applicant, in

²³ Venit, 2003: 552, fn. 26.

²⁴ For further developments on the relevant national systems, see Möllers & Heinemann, 2007: 387-663.

particular by discussing the various policies that limit the scope of the civil liability of the successful leniency applicant proposed by the Commission. The conclusion will summarize the most important issues raised by the paper and suggest that the optimal relation between actions for damages and the leniency programme should be focused on the pivotal role of the successful immunity applicant.

III. THE COMPLEMENTARITY AND INDEPENDENCE OF PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT

It is appropriate to draw a distinction between public or administrative and private antitrust enforcement. Whereas the former is characterized by a vertical dispute between a public authority and the individual, the latter manifests itself as a horizontal dispute between litigants in the context of a civil dispute, in which the EC competition law provides the reasoning for either civil claims or counterclaims.²⁵

Some authors, such as Harding (1993)²⁶ and Wils (2003),²⁷ advocate that public enforcement is superior to private enforcement, since the latter does not contribute to the effectiveness of the antitrust enforcement. The essence of their argument is that, contrary to the US law where private enforcement compensates the absence of public enforcement, in Europe there are specialized agencies to enforce the law and therefore consumers should not play a similar role.²⁸ Following *Courage* this view is clearly outdated and most commentators agree that the antitrust enforcement model should comprise elements of both private and public regimes.²⁹ Komninos (2008) further emphasizes that the public and private enforcement of EC antitrust law 'remain institutionally independent from each other', in the sense that there is no primacy between them.³⁰

Fundamentally, we agree with this commentator, in particular as regards stand-alone civil antitrust claims. However, the problem with the principle

25 See para.3 of the SWP to the GP, as note 17 above.

26 V.g. Harding, 1993: 116.

27 Wils, 2003: 1-16.

28 See Micklitz, 2007: 252.

29 Jones, 2004: 13; Giudici, 2004: 64; Riley, 2005: 381-382; Epstein, 2008: 36-45; Brkan, 2005: 484-485; Komninos 2008c: 8-11ff..

30 See Komninos, 2008c: 15-17.

of independence taken to its limits is that it is likely to create confusion by suggesting that a system of enforcement may be created by not considering the contribution of both private and public enforcement elements.³¹ To illustrate this point, the US system relies exclusively on private enforcement, whereas in Europe a model of public authority prevails.³² Studies estimate a ratio of private-public antitrust actions at between ten to one and twenty to one in the US.³³ Accordingly, the independence of both models enables an interpretation that there is no complementarity or that one of the enforcement systems can live without the other.³⁴ We thus prefer a doctrine of complementarity, where both factors must be combined and are indispensable for the attainment of an effective antitrust regime.³⁵

The complementarity can be seen, for instance, in the interaction between the leniency programme and the subsequent adoption of prohibition decisions (linked to public enforcement), on the one hand, and follow-on actions for damages (related to private enforcement), on the other hand. In this case there is reliance by private plaintiffs on the public authority's condemnatory decision in order to prove and establish certain facts in a civil action.³⁶ This mutual interrelationship means that the introduction of changes in one model might have implications in the other. The key point to note is that the positive discrimination in relation to the immunity applicant in public enforcement procedures – which consists in a waiver from fines, as opposed to leniency applicants in general that only benefit from a certain reduction in their fines – should be transposed to the ambit of civil actions. Hence, only the immunity applicant will benefit from additional protection when facing civil claims. The rationale for awarding protection to the immunity applicant is the need to ensure the attractiveness, certainty and predictability of the leniency mechanism, whilst rewarding the firm that has contributed the most

³¹ See Wils, 2003: 1–16, which asserts that private enforcement should be discouraged as undesirable. Against, see Jones, 2004.

³² Ashurst Report, as note 16 above, 11, concludes that private actions in Europe are in a state of 'total underdevelopment'.

³³ See Jones, 1999: 16, fn. 89.

³⁴ For a survey of the general economic aspects surrounding the comparison between public and private enforcement, see Segal & Whinston, 2007: 306.

³⁵ WP, as note 18 above, section 1.2, 3; Monti, 2003: 4.

³⁶ See below chapter IV, section 3.

for piercing the cloak of secrecy in which cartels function. To summarize, the right balance between public and private enforcement consists in conferring more protection to the immunity applicant than to the other leniency applicants.

Finally, the complementarity doctrine can also be seen in the ECJ's case law:

*Indeed, the existence of such a right strengthens the working of the Community competition rules and discourages agreements or practices, which are frequently covert, which are liable to restrict or distort competition. From that point of view, actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the Community.*³⁷

IV. CONSEQUENCES OF A LENIENCY APPLICATION FOR POTENTIAL PLAINTIFFS

In Europe the Leniency Notice applies to cartel agreements between undertakings in relation to practices such as price-fixing agreements, production or sales quotas, sharing markets, restricting imports or exports, and/or anti-competitive actions against other competitors.³⁸ The Commission grants immunity from fines to a cartel member, provided certain conditions are met.³⁹ *Inter alia*, the cartel member has to be the first company to reveal its participation in the cartel and to provide evidence that permits the Commission to either pursue a targeted inspection of the cartel in question or find an infringement of Article 101 (1) TFEU (ex-Article 81 (1) EC) concerning the alleged

³⁷ *Courage*, as note 14 above, para. 27. In the same vein, *Manfredi*, as note 15 above, para. 91.

³⁸ 2006 Leniency Notice, as note 21 above and European Competition Network Model Leniency Programme, published September 2006, available at http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf (consulted on January 02, 2011). See Report on leniency convergence published by the European Competition Network <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> (consulted on January 02, 2011). Generally on leniency, Reynolds & Anderson, 2006: 82; Sandhu, 2007: 148; Little, 2007: 136; Suurnakki & Centella, 2007: 7; Korah, 2007: 472-473; Arbault & Sakkers, 2007: paras. 8.105-8.257; Wils, 2007a: 25; Schwab & Steinle, 2008: 523; Walsh, 2009: 14; Billiet, 2009: 14.

³⁹ Differently, according to the settlement procedure, the party has to recognize their liability and to agree to receive the statement of objections and the final decision pursuant to Articles 7 and 23 of Regulation (EC) No 1/2003, as note 10 above, in order to benefit from a reduction of 10% of the amount of the fine. See Regulation (EC) No 622/2008 amending Regulation No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, [2008] OJ L171/3, and Commission Notice on the conduct of settlement procedures in cartel cases, [2008] OJ C167/1. See Wils, 2008: 335.

cartel.⁴⁰ This is in line with economic literature advocating that immunity granted to the first cartel member reporting before an investigation is launched may act as a deterrent by permitting an undertaking to expose the cartel and avoid paying potential fines.⁴¹ Those companies that do not fulfil the requirements for immunity may still be eligible for a reduced fine, if evidence with added value is disclosed to the Commission.⁴²

The leniency mechanism represents the principal source of intelligence and information regarding cartel activities. In the US only the first firm to come forward receives the amnesty, whereas in the EU the other fellow cartel members can receive a fine reduction. The certainty of result for the first whistleblower implies that even minor players in the cartel can come forward and benefit from immunity, the so called ‘race to the courthouse effect’.⁴³ This creates a huge pressure on cartelists, as there is a fear of cheating and a climate of mistrust among them.⁴⁴ The immunity is justified, because the firm’s collaboration in detecting the cartel has an ‘intrinsic value’ and contributes decisively ‘to the opening of an investigation or to the finding of an infringement’.⁴⁵ A successful leniency programme entails the unveiling of cartels and that the competition authority has sufficient evidence to adopt infringement decisions and impose fines.⁴⁶

We shall now consider *infra* the consequences of a leniency application for potential private claimants.

40 2006 Leniency Notice, as note 21 above, paras. 8-13.

41 Spagnolo, 2000; Rey, 2003: Ch. 3; Spagnolo, 2004; Harrington, 2008: 215.

42 2006 Leniency Notice, as note 21 above, paras. 23-26.

43 Hammond, 2004.

44 Dick, 1996: 241.

45 See 2002 Leniency Notice, Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2002] OJ C45/3, para. 6.

46 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, as note 10 above, 2-5; see also Wils, 2006: 183; Wils, 2007b: 197.

1. Awareness of the Cartel Infringement and the Establishment of the Facts during the Administrative Procedure

Some companies are induced to enter into a cartel by raising prices on a market, restricting output, sharing markets or bid-rigging.⁴⁷ Even the most conservative antitrust authors censure cartels:

*The subject of cartels lies at the center of anti-trust policy. The law's oldest and, properly qualified, most valuable rule states it is illegal per se for competitors to agree to limit rivalry among themselves....Its contributions to consumer welfare over the decades have been enormous.*⁴⁸

Cartels are 'cancers on the open market economy'⁴⁹ as they deny the doctrine of the free market economy and 'serve to restrict competition without producing any objective countervailing benefits'.⁵⁰ Consequently, it is commonly acknowledged that cartels should be deterred and heavily punished by means of administrative fines, actions for damages, criminal imprisonment, etc.⁵¹ Between 2004 and 2010 the Commission imposed fines that amounted to more than €12 billion.⁵² The record fines to date were imposed on cartelists in the car glass market. They amounted to a total of €1.3 billion.⁵³ The fine of €896 million imposed to Saint-Gobain, which had already been the addressee of two previous Commission decisions concerning antitrust infringements, was the largest ever imposed on a company.

One of the major enforcement problems of competition policy consists in identifying and punishing cartels.⁵⁴ Although the Commission has established a powerful policy of enforcing competition rules, it seems that there is not a

47 Generally on cartels, Harding & Joshua, 2003; Ehlermann & Atanasiu, 2006; Arbault and Sakkers, 2007: chapter 8; Bellamy and Child, 2008: chapter 5; Whish, 2009: 497-543.

48 Bork, 1978: 263.

49 Monti, 2000.

50 *Ibid.*

51 Wils, 2005: 117.

52 The precise figure is €12.135.425.332 (situation as of 8 December 2010). See <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

53 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1685&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (consulted on January 02, 2011). For a comment on this case see Monke, Piazza & Simon, 2009: 59.

54 Kroes, 2005a.

total abandonment of cartel practices as they are ‘becoming more and more frequent’.⁵⁵ In fact, cartel members continue to collude underground, so that punishment is problematical.⁵⁶

The leniency programme is a tool that benefits both the Commission and the potential claimant as it allows them to uncover a secret cartel.⁵⁷ The Commission acquires insider evidence of the cartel infringement, which in turn enables the establishment of the facts during the investigation and eases the burden of the plaintiff in proving his claim.⁵⁸

2. Access to Evidence by National Courts and Plaintiffs

The ‘*Commission Notice on Co-operation between the Commission and the Courts of the EU Member States in the Application of Articles 81 and 82 EC*’ (now articles 101 and 102 TFEU) clearly denies access to information voluntarily submitted by a leniency applicant, unless the leniency applicant consents.⁵⁹

In our view, however, this policy should only apply to the immunity applicant in order not to endanger the accomplishment of the Commission’s task of enforcing competition law, but not in relation to the remaining cartelists. A leniency application is an important source of information which can be very useful in supporting potential private claims. Access to the Commission’s files can be effectuated either indirectly through Article 15 (1) of Regulation (EC) No 1/2003 which provides that national courts are entitled to obtain legal and economic information from the Commission or directly through Regulation (EC) No 1049/2001 (the so called ‘Transparency Regulation’) which legitimates requests for information from the main institutions of the EU, such as the Commission.⁶⁰

It is submitted that the immunity applicant should be protected in terms of access to evidence. Accordingly, the evidence and any corporate statements

⁵⁵ IAR, as note 19 above, para.32.

⁵⁶ Cases C-204, 205, 211, 213, 217 and 219/00, P *Aalborg Portland A/S v Commission*, (2004) ECR I-123, paras. 54 to 57.

⁵⁷ For a listing of the positive effects of leniency, see Wils, 2007a: 38-45.

⁵⁸ Chapter IV, section 3.

⁵⁹ OJ C101/54 [2004], par. 26.

⁶⁰ Council Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents [2001] OJ L 145. See Curtin, 2000: 7; Heliskoski & Leino, 2006: 735; Adamski, 2009: 521.

provided to the European Commission by the immunity recipient shall not be revealed to private plaintiffs for the purpose of private actions in order to ensure the proper functioning of the leniency mechanism and respect for the principles of legal certainty and legitimate expectations. However, access to documents provided by the other leniency applicants should be left open as it does not have the negative effect of disincentivizing leniency applications as long as some mechanisms for guaranteeing the protection of confidential information are granted.

3. The Binding Effect of the Commission's Decision in Follow-on Civil Proceedings

Article 16 (1) of Regulation (EC) No 1/2003⁶¹ repeats the *acquis communautaire* (*rectius*, *Masterfoods* ruling)⁶² by stating that:

When national courts rule on agreements, decisions or practices under Article 81 (1) or Article 82 EC of the Treaty (now Article 101 or Article 102 TFEU) which are already the subject of a Commission decision, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission.

This obligation upon the national courts relates to the operative part of the decision which ‘*must be construed in the light of the statement of the reasons upon which it is based*’.⁶³ In other words, in follow-on actions for damages, the claimants can rely on the Commission's decision as irrefutable proof that the undertaking has infringed competition rules. An analogous rule was recommended in the WP and in the Draft Directive for the NCA's decisions.⁶⁴ The latter should have a legally binding effect on all civil courts across Europe for which all appeal options have been exhausted or have been precluded by the expiration of time limits, or for judicial decisions that were an infringement.⁶⁵ The application of the rules pursuant to Council Regulation 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in

⁶¹ As note 10 above.

⁶² See Case C-344/98, *Masterfoods*, (2000) ECR I-11369, para. 52.

⁶³ See Joined Cases 40/73 to 48/73 and others, *Suiker Unie*, (1975) ECR 1663, para. 123.

⁶⁴ Draft Directive, as note 20 above and Section 2.3 of the 2008 WP, as note 18 above. Against, Komninos, 2007: 1387; Truli, 2009.

⁶⁵ SWP to the WP, as note 19 above, paras. 134-162.

civil and commercial matters will establish the national courts' jurisdiction.⁶⁶ Currently, in some Member States, in follow-on actions, national courts are not allowed to depart from an earlier NCA decision.⁶⁷ The exposure of cartels by public authorities is likely to contribute to an increase in private antitrust action in the domestic courts.⁶⁸

A further point that is worth mentioning is the impact administrative decisions can have on the leniency applicant when acting as a defendant in civil claims. Most of the Commission's decisions are based on leniency applications, which in turn lead to infringement decisions and the issuance of fines. Since the applicant that has benefited from full immunity is unlikely to appeal to the General Court whereas the remaining cartelists are likely to do so, it appears that there is a foreseeable risk that all victims of the infringement will rely on the Commission's decision in national court proceedings to sue the immunity applicant. In this case, however, the immunity applicant is entitled to request that the national court stay proceedings in the antitrust suit until the EU Courts have issued a decision on the case appealed by any of the other cartelists.

Despite the fact that EU law imposes on national courts the duty not to take decisions running counter to those already adopted by the Commission (the so called 'binding effect'), it is always possible for national courts to depart from a Commission's decision which has been appealed to the EU Courts.⁶⁹ Thus, if the immunity applicant is sued for damages in national proceedings, the national court may decide to stay proceedings pending a final ruling from the EU courts in relation to the cartel practices from the other co-infringers,

*unless it considers that, in the circumstances of the case, a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling on the validity of the Commission is warranted.*⁷⁰

Notwithstanding the fact that the Commission's decisions are not final and binding until there is a confirmation by the Luxembourg courts, such

⁶⁶ 'Brussels I' Regulation, [2001] OJ L21/1.

⁶⁷ *V.g.*, sections 18 and 20 of the UK Enterprise Act 2002, inserted as sections 47A and 58A into the UK Competition Act 1998, and section 33 (4) of the German Competition Act.

⁶⁸ Riley, 2005: 378.

⁶⁹ Komninos, 2007: 1394.

⁷⁰ *Masterfoods*, as note 62 above, para. 57.

decisions may be taken into consideration by national courts as a persuasive document.⁷¹ Furthermore, it is not clear that the national court will stay proceedings, because in some jurisdictions interim measures cannot be ordered *ex officio* or the judge may order that the action should proceed.⁷² This means that in practice victims of antitrust infringements are more likely to sue the immunity applicant who rarely appeals the Commission's decision.⁷³ While the immunity applicant could in theory take legal action against his fellow co-infringers, there are a number of uncertainties surrounding the aforesaid procedure, such as time constraints, financial costs, risk of insolvency, etc.

As will be examined in the next chapter, to afford some degree of protection for the successful leniency applicant, the Commission opens to discussion the possibility of granting some advantages in the context of private damages to those undertakings which cooperated in the public procedure.

V. PROTECTION OF LENIENCY APPLICANTS IN FOLLOW-ON ACTIONS FOR DAMAGES

In theory, if immunity to damage claims could also be offered to the leniency applicant, the attractiveness of the leniency programme would be enhanced at the expense of follow-on actions. At the other end of the spectrum, if leniency applicants cannot benefit from immunity (or at least a leniency) from actions for damages, the prospect of actions for damages constitutes a negative factor to consider in the decision on whether to apply to the leniency programme in the first place.⁷⁴ This trade-off is solved in different ways in the US and at the EU level. As the US Supreme Court has synthesized, while

⁷¹ If the Commission's decision is ruled invalid by the EU courts following an appeal of the remaining tortfeasors, the national court, where the immunity applicant is facing an antitrust action, can 'regard that act as void for the purposes of a judgement it has to give'. See case 66/80, *SpA International Chemical Corporation v Amministrazione delle Finanze dello Stato*, (1981) ECR I-1191, para. 13.

⁷² This argument can be illustrated by the recent decision of the Chancellor in *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd* [2009] EWHC (England and Wales High Court) 1326 (Ch); [2009] U.K.C.L.R. 838. Following an infringement decision of the Commission, National Grid filed damages proceedings against ABB, the immunity applicant implicated in the cartel related to the manufacture, sale and installation of Gas Insulated Switchgear ('GIS') and the design, manufacture, sale and installation of systems involving GIS. Most of the defendants have appealed to the Court of First Instance ("CFI"), but not ABB. The Chancellor rejected the defendants' submission to stay all further proceedings in the follow-on damages action until the EU Courts have issued a decision on the case. Rather, 'he ordered that the action should proceed as far as the close of pleadings, and gave a strong indication that it is likely directions as to disclosure should also occur before a stay is ordered', Holmes, 2010: 165.

⁷³ Bulst, 2008: 88.

⁷⁴ See Wils, 2007a: 57-58.

countries agree in relation to the illegality of certain types of behaviour (e.g., cartels), there is no international consensus about ‘appropriate remedies’.⁷⁵

In the United States, after the 2004 legislative reform, companies that benefited from immunity under the leniency programme⁷⁶ and that were considered in follow-on actions to have provided appropriate cooperation to the victims of antitrust infringements are only liable for single damages on the basis of their own share of the commerce related to the violation, whereas the other cartelists remain jointly and severally liable for treble damages.⁷⁷ Under the US system companies can be required to pay more than treble damages, as it allows the existence of simultaneous treble damages claims by indirect purchasers in some states, treble damages actions by direct purchasers and civil and criminal fines (the so called ‘cluster bomb’ effect).⁷⁸ Other authors opine that in the US damages neither amount to treble damages nor does it adequately deter antitrust infringements.⁷⁹

Currently in Europe, a leniency applicant does not benefit from any reduction or immunity of liability in case of follow-on actions.⁸⁰ With the goal of identifying solutions that would retain the attractiveness of the leniency mechanism in a future scenario of more civil claims, the Commission has put forward three options that benefit the leniency applicant, namely: (1) the granting of a conditional rebate on any civil claim, (2) limiting the scope of the leniency applicant’s liability and (3) the exclusion of disclosure of the leniency application and of corporate statements.⁸¹ As regards (3), this point has already been examined in our analysis.⁸² We will therefore solely scrutinize policy options (1) and (2).

⁷⁵ *F Hoffman La Roche Ltd v Empagran SA*, 542 US 155 (2004) (03-724), 315 F.3d 338.

⁷⁶ US Department of Justice (‘DoJ’), Corporate Leniency Policy (10 August 1993), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf> (consulted on January 02, 2011). See also Frequently Asked Questions (‘FAQ’), 19 November 2008, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/criminal/239583.htm> (consulted on January 02, 2011).

⁷⁷ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. 108–237, §§ 201–214, 118 Stat. 661 (22 June 2004), 15 U.S.C.

⁷⁸ Posner, 2001: 925, at 935.

⁷⁹ Lande, 2004: 329.

⁸⁰ As note 21 above, para. 39 of Leniency Notice.

⁸¹ GP, as note 17 above, options 28-30 and WP, as note 18 above, section 2.9.

⁸² See above, chapter IV, section 2.

1. Rebate on Damages Claim

If there was an application of double damages in civil actions in the first place,⁸³ a rebate for the leniency applicant in the form of a de-doubling of damages would make sense.⁸⁴ It is clear that the GP's option is similar to the US system of treble damages. The leniency applicant would be liable for single damages, whereas the other cartel members would be jointly and severally liable for double damages. However, the Commission in its proposals tries to 'strike the right balance' between effective actions for damages and unnecessary litigation.⁸⁵ For this reason it has rejected both in the WP and in the Draft Directive the option of double damages following the public consultation.⁸⁶ Hence, in the absence of double damages, any rebate granted to leniency applicants would be paid by the remaining cartellists, jointly and severally liable for the whole damage caused. This is a consequence of the observance of the principle of complete compensation of the victims. The Commission has not retained this option,⁸⁷ as it has not been shown that such an incentive is strictly necessary to maintain the attractiveness of the leniency programme.⁸⁸ We concur with the Commission, as an increase in liability for the other cartel members can be discriminatory and unfair. Furthermore, in the event where all the members of the cartel with the exception of the leniency applicant are insolvent, the victims face the risk of not receiving full compensation. Finally, it is coherent with the rejection of the possibility of granting punitive damages in the form of double damages.⁸⁹ The introduction of multiple damages in Europe would unquestionably provide a powerful stimulus to take civil actions.⁹⁰ However, it should be noted that the introduction of double damages could be incompatible with

83 GP, as note 17 above, option 16.

84 *Ibid*, option 29 and SWP to the GP, as note 17 above, para.235.

85 Kroes, 2005b; WP, as note 18 above, at 3 and 9.

86 Draft Directive, as note 20 above, SWP to WP, as note 19 above, paras.194-195.

87 GP, as note 17 above, option 29.

88 SWP to WP, as note 19 above, para.279.

89 On the issue of over-deterrence in the US, see Ginsburg and Brannon, 2005: 29; O'Donoghue & Padilla, 2006: 749-751.

90 *V.g.*, the German Monopolies Commission suggested the enactment of rules on double damages: '*Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*', Special Report of the Monopolies Commission provided in accordance with s.44(1) sentence 4 ARC, 2004, para.83, available at http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf (consulted on January 02, 2011).

some national constitutions,⁹¹ or even with fundamental principles of EU law such as the principle of *ne bis in idem*.⁹² The English High Court further pointed out that the award of such damages is also prohibited by Article 16 of Regulation (EC) No 1/2003.⁹³ These arguments could certainly constitute a valid defence brought forward by defendants in civil actions and would delay the declared aim of introducing a competition culture. Moreover, Böge & Ost (2006) contend that the introduction of punitive damages would damage the leniency mechanism.⁹⁴ The prospect of facing multiple damages would constitute a disincentive to the cartel member to cooperate with the competition authority, as the reduction or immunity from fines under the leniency programme would not be sufficient to counterbalance those effects.⁹⁵

2. Limiting the Scope of the Immunity Applicant's Liability

Colluding undertakings are liable for the entire damage caused by their anti-competitive agreements. The co-infringers are jointly and severally liable for the damage, which means that a victim is entitled to claim the entire harm from any member of the cartel. At a later stage, however, the cartel member who paid the total amount of damages has a right to be compensated by the others, since the liability is several.⁹⁶

Contrary to the GP, the WP no longer discusses the option of removing the joint liability for all the leniency applicants.⁹⁷ Rather, the latter document puts forward the recommendation that the immunity applicant should not be held liable neither for the damage suffered as a result of services or products purchased from another cartel member nor for the harm caused to those victims that have not bought, indirectly or directly, cartelized

⁹¹ For instance, the German Federal Supreme Court ruled that multiple damages violates the *ordre public*, pursuant ss. 723(2), 328(1) n.º 4 of the Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung - 'ZPO'). See Judgment of 4 June 1992, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 3096 ff.

⁹² *Devenish etc. v Sanofi-Aventis etc.*, [2007] EWHC 2394 (Ch), 19 October 2007 (Mr Justice Lewison). See also Singla, 2008: 201; McDougall & Verzariu, 2008: 181.

⁹³ As note 10 above.

⁹⁴ See Böge & Ost, 2006: 197, at 202.

⁹⁵ In sharp contrast, Komninos, 2008c: 21, fn. 100.

⁹⁶ Hviid & Medvedev, 2008.

⁹⁷ GP, as note 17 above, option 30.

products from him.⁹⁸ Arguably, this proposal is contrary to primary EU law, since competitors and others not falling within the concept of ‘direct and indirect contractual partners’ are not entitled to a right to damages against the immunity applicant. However, since the rule of joint and several liability continues to apply to the remaining cartelists, they are liable to pay any damages suffered by those harmed by the immunity applicant. Hence, there is no violation of the *Courage* and *Manfredi* judgments which state that ‘any individual’ has a right to damages.⁹⁹ In a similar vein, if there is agreement in the long term as regards the introduction of punitive damages, there would be no violation of the Treaty, as the right to claim single damages would still exist by all harmed individuals in relation to the immunity applicant for the part of the damages that is attributable to him.¹⁰⁰

Incentives to successful leniency applicants have to be carefully considered, since the limited exposure to damages is always at the expense of the victims. Therefore, we concur with the WP’s proposal, as only the first firm to come forward should be protected from being placed in a less favourable position than the other co-infringers. Regrettably, however, the Commission has not followed its own policy option in the Draft Directive in terms of restricting the immunity recipient’s liability to his trading parties.

Going a step further, some commentators recommend that the immunity receiver should be protected from all civil claims.¹⁰¹ We think, however, that the immunity receiver should be held responsible for having participated in an illegal cartel, as in certain circumstances the principle of full compensation can be put at risk. Indeed, a different solution is contrary to primary EU law, as *Courage* and *Manfredi* not only entitle victims to claim damages but also imposes an obligation upon infringers to compensate, including the

⁹⁸ SWP to the WP, as note 19 above, paras.303-306. An original alternative is contained in Section 88/D of the Hungarian Competition Act (Act No. XIV of 2009), as amended in 23 March 2009: “An undertaking that has been granted immunity from fines on the basis of Section 78/A [rules on leniency] may refuse to reimburse the damages caused by violating Section 11 [rules on prohibition of agreements or concerted practices] of this Act or Article 81 of the EC Treaty as long as the claim can be collected from other undertakings being held liable for the same infringement”. For a comment on this legislation, see Bacher, 2010: 3. For a different approach of apportionment of liability between joint tortfeasors, see Kersting, 2008, who argues on the basis of the German law example (§ 426 I 1 BGB) *de lege ferenda* that the successful leniency applicants’ liability towards the victims of the cartel should be reduced.

⁹⁹ Komninos, 2008a: 84, at paras. 28-31.

¹⁰⁰ *Ibid*, para. 29.

¹⁰¹ *Ibid*, para. 32.

immunity applicant.¹⁰² Otherwise, it ‘would ... appear unnecessary and unjust’ in the absence of any particular public interest.¹⁰³

To conclude, we agree with the Commission’s WP, which refuses the option to grant a rebate on any damages claim and advocates a restriction of the immunity applicant’s civil liability. It should be borne in mind that leniency applicants are also cartelists that have committed the most serious infringement of competition law. Therefore, they are liable for their actions before national courts and any advantages conferred to them in that respect should be considered with extreme caution. In relation to the WP’s suggestion of limiting the immunity applicant’s liability to his trading parties, it is in line with our thesis that only the successful immunity applicant should benefit from incentives in the context of private enforcement. Therefore, we strongly recommend that this policy option should be transposed in a future Directive. It would strengthen the effectiveness of the leniency programme and the ‘race to the authority effect’, in particular to the first leniency applicant. The following applicants are not only unable to obtain immunity from fines but are also liable for the entire damages in civil actions. The approach of the competition authority of waiving all fines to the immunity applicant in the context of public enforcement should be replicated in the framework of private enforcement in the sense that this firm should profit from increased protection against civil suits.

VI. CONCLUSION

The WP will not be translated into one single legislative instrument: some are recommendations for soft law instruments (quantification of damages)¹⁰⁴ and some for hard law EU legislation such as a Directive.¹⁰⁵ Both a first

¹⁰² Against Komninos, *ibid*, fn.55, arguing that ‘the language in *Courage* and *Manfredi* ... is rights- and not obligations-centred’.

¹⁰³ Wils, 2009: 25.

¹⁰⁴ See ‘Quantifying antitrust damages – towards non-binding guidance for courts’ (19 January 2010), available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf (consulted on January 02, 2011). It is an external study drawn up by Oxera Consulting Ltd and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr. Assimakis Komninos in collaboration with a team of economists. This external study is likely to constitute the cornerstone of the future non-binding guidelines of the Commission on how to quantify damages in competition cases. The study is also relevant in the sense that ‘it will be interesting to see whether [the Oxera study] will influence the Commission’s next steps, particularly with regard to the difficult reconciliation between leniency applications and damages actions’, Reher & Wiring, 2010.

¹⁰⁵ Chalmers & Monti, 2008: 161-162; Komninos, 2008b. Advocating the enactment of legislation, e.g., W. van Gerven, 2003: 81.

draft directive for rules on governing antitrust damages and a second one were leaked from the Commission in April and in June 2009, respectively. *Grosso modo*, both documents follow the recommendations set out in the White Paper. For instance, national courts are not entitled to order access to settlement submissions or corporate statements.¹⁰⁶

In the June draft of the directive, the Commission states that Article 83 EC (now Article 103 TFEU) constitutes the legal basis of its competence which enables the implementation of regulations and directives to give effect to Articles 81 EC and 82 EC (now Articles 101 and 102 TFEU). This choice is not supported by the European Parliament since the participation of this institution in the legislative procedure is limited.¹⁰⁷ In order to place democratic controls on the legislative procedure we prefer Article 81 TFEU (ex-Article 65 EC) as an alternative legal basis, which contains measures in the field of judicial cooperation having cross-border implications indispensable for the proper functioning of the internal market.¹⁰⁸ It appears, however, that the new commissioner responsible for competition, J. Almunia, is now willing to involve the European Parliament fully in the debate.¹⁰⁹

The Draft Directive is already facing considerable criticism from opponents to legislative intervention at EU level.¹¹⁰ However, this position fails to acknowledge the absence of private enforcement in most of the Member States and the harmful costs to society of antitrust infringements that range from €25 to €69 billion per year.¹¹¹ Therefore, public enforcement must be strengthened by private enforcement. Similarly, the adoption of infringement decisions (mostly contributed by leniency applications) and their legal status before national courts can have the effect of incentivizing follow-on actions for damages.¹¹² If the leniency applicant does not appeal to the EU courts,

¹⁰⁶ Reher & Hempel, 2009a; Saavedra, 2009.

¹⁰⁷ See European Parliament resolution of 26.03.2009 on the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (2008/2154(INI), OJ 2010/C 117 E/27, 06.05.2010, paras. 2 and 23; and more recently, European Parliament resolution of 20 January 2011 on the Report on Competition Policy 2009 (2010/2137(INI)), para. 15; Reher & Hempel, 2009b; Boylan, 2009.

¹⁰⁸ Komninos, 2008a: 12-14.

¹⁰⁹ Almunia, 2010b.

¹¹⁰ Alfaro & Reher, 2009: 1; Reher & Hempel, 2007b; Boylan, 2009.

¹¹¹ IAR, as note 19 above, paras. 42-43.

¹¹² Above chapter IV, section 3.

this undertaking can be placed in a less favourable position in relation to the other cartelists. Hence, the Commission is willing to provide some safeguards to successful leniency applicants in the context of civil claims in order to preserve the attractiveness of the leniency programme.¹¹³ It seems clear, however, that the exercise of the victims' rights 'should not be subjugated to exigencies of administrative efficiency'.¹¹⁴ It is submitted that the immunity applicant should be held responsible for damages,¹¹⁵ yet may benefit from a considerable degree of protection due to his contribution to the uncovering of the cartel, the need of legal certainty and the functioning of the leniency programme. The optimal relation consists in mirroring the primacy conferred to the whistleblower in the context of public enforcement (exemption from fines) into the legal framework of private enforcement (confer protection in terms of access to evidence and limited liability).¹¹⁶

Accordingly, the evidence and any corporate statements provided to the competition authority by the immunity recipient shall not be disclosed to parties claiming damages, neither indirectly through Article 15 (1) of Regulation (EC) No 1/2003¹¹⁷ nor directly pursuant to Regulation (EC) No 1049/2001.¹¹⁸ Furthermore, the successful immunity applicant deserves extra protection because of the likelihood of being sued in follow-on actions, due to the general practice of not appealing against the Commission's infringement decision.¹¹⁹ Finally, contrary to the Draft Directive, the ambit of the immunity applicant's civil liability should be restricted to his indirect and direct trading partners in accordance with the WP's suggestion.¹²⁰ In

¹¹³ The Commission Notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities, as note 61, strongly negates access to information voluntarily submitted by a leniency applicant, unless the leniency applicant consents (par 26). See also option 28 of the GP, as note 17 above and paras. 287 and 293 of the SWP to the WP, as note 19 above, where it is submitted that the protection granted to leniency applications should be conferred to applications submitted both under the EC and national leniency regimes.

¹¹⁴ Komninos, 2008c: 21, fn. 100.

¹¹⁵ See 2006 Leniency Notice, as note 21 above, para.39, and also Association of European Competition Law Judges, 'Comments on the Commission's White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules' (2008), accessible at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/judges_en.pdf (consulted on January 02, 2011), 6-7. Against, Komninos, 2008a: at para. 32.

¹¹⁶ Above chapters IV and V.

¹¹⁷ As note 10 above.

¹¹⁸ Chapter IV, section 2.

¹¹⁹ Chapter IV, section 3.

¹²⁰ Chapter V, section 2.

this respect, the effectiveness and attractiveness of the leniency programme should not be completely sacrificed at the expense of the principle of effective judicial protection and the compensation of all harmed individuals.

By contrast, the remaining cartelists (including the other leniency applicants which benefited from a mere fine reduction) facing civil claims should not have any advantages that function to the detriment of victims of antitrust infringements. With the adoption of the proposed approach, where the immunity applicant is placed in a more favourable position than the other leniency applicants, a balanced result is attained which combines elements of both public and private enforcement, whilst respecting their complementarity and interdependence.

It is foreseeable that civil claims will most likely be grounded on previous cartel enforcement by a competition authority (normally based on a leniency application).¹²¹ The legally binding status of the public authorities' prohibition decisions concomitant with access to the leniency-related evidence will increase follow-on actions and will enable claimants to 'side-step the weaknesses of national discovery rules'.¹²² Plaintiffs, in this kind of action, will have access to the complete details of the cartel, including the participants, the length and time and estimations of the amount of damage caused. These measures, combined with the fact that the remaining leniency applicants and other cartelists facing civil actions will not receive additional protection, will enhance the prospects of strong European antitrust litigation.

BIBLIOGRAPHY

ADAMSKI, D.

2009 "How Wide is 'the Widest Possible'? Judicial Interpretation of the Exceptions to the Right of Access to Official Documents Revisited", in *Common Market Law Review*, vol. 46, pp. 521 ff.

ALBORS-LLORENS, A.

2002 "Courage v Crehan: Judicial Activism or Consistent Approach?", in *Competition Law Journal*, vol. 61, pp. 38 ff.

¹²¹ O'Donaghue & Padilla, 2006: 752.

¹²² Riley, 2005: 389-390.

ALFARO, J. & REHER, T.

2009 *Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?*, available in www.globalcompetitionreview.com (consulted on January 02, 2011).

ALMUNIA, J.

2010a “The road ahead International Forum on EU Competition Law”, speech n.º 10/81, Brussels.

2010b “Los nuevos retos de la política de competencia de la UE Comisión Nacional de la Competencia”, speech n.º 10/95, (Madrid).

ARBAULT, F. & SAKKERS, E. (eds. FAULL & NIKPAY)

2007 *The EC Law of Competition*, Oxford.

BACHER, G.

2010 “Limitation of liability of the leniency applicant and calculation of amount of damages in the new Hungarian legislation”, in *Concurrences*, vol. 1.

BELLAMY & CHILD (eds. ROTH & ROSE)

2008 *European Community Law of Competition*, Oxford.

BILLIET, P.

2009 “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, pp. 14 ff.

BÖGE, U. & OST, K.

2006 “Up and Running, or is it? Private enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives”, in *European Competition Law Review*, vol. 27, pp. 197 ff.

BORK, R.

1978 *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York.

BOYLAN, P.

2009 “Draft Damages Directive: Off the Agenda for Now”, available at <http://competition.practicallaw.com/8-500-5687> (consulted on January 02, 2011).

BRKAN, M.

2005 “Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms”, in *World Competition*. vol. 28, pp. 479 ff.

BULST, F.

2008 “Of Arms and Armour – The European Commission’s White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law”, in *Bucerius Law Journal*, vol. 2, available at <http://ssrn.com/abstract=1162811> (consulted on January 02, 2011).

- CHALMERS, D. & MONTI, G.
2008 *European Union Law (updating supplement)*, Cambridge.
- CORREIA, J.M.S.
2008 “Efectividade e Limitações do Sistema Português de Aplicação Impositiva do Direito da Concorrência através de Meios Processuais Administrativos e Cíveis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 2, Coimbra, pp. 1747 ff.
- CURTIN, D.
2000 “Citizens’ Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?”, in *Common Market Law Review*, vol. 37, pp. 7 ff.
- De SMIJTER, E., STROPP, C. & WOODS, D.
2006 “Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, in *Competition Policy Newsletter* 1.
- DICK, A.R.
1996 “When are Cartels Stable Contracts?”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 39, pp. 241 ff.
- DIEMER, C.
2006 “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules”, in *European Competition Law Review*, vol. 27, pp. 309 ff.
- DRAKE, S.
2006 “Scope of Courage and the Principle of ‘Individual Liability’ for Damages: Further Development of the Principle of Effective Judicial Protection by the Court of Justice”, in *European Law Review*, vol. 31, pp. 841 ff.
- EHLERMANN, C.D.
2000 “The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution”, in *Common Market Law Review*, vol. 37, pp. 537 ff.
- EHLERMANN and ATANASIU, I. (eds.)
2003 *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford.
2006 *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford.
- EILMANSBERGER, T.
2007 “The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules and Beyond: Reflections on the Utility and Feasibility of Stimulating Private Enforcement through Legislative Action”, in *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 431 ff.

EPSTEIN, R.

2008 “The Coordination of Public and Private Antitrust Actions”, in *OECD Report on Private Remedies*, DAF/COMP(2006)34, available at <http://www.oecd.org/competition> (consulted on January 02, 2011).

GINSBURG, D.H. & BRANNON, L.

2005 “Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States”, in *Competition Policy International*, vol. 1, pp. 29 ff.

GIUDICI, P.

2004 “Private Antitrust Enforcement in Italy”, in *Competition Law Review*, vol. 1, pp. 61 ff.

GREEN, N.

2007 “Recent Experiences in the High Court”, in *Lawyers Europe*, pp. 15 ff.

HAMMOND, S.

2004 “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, presented before the ACCC Cracking Cartels: International and Australian Developments, Sydney, available at www.accc.gov.au/ (consulted on January 02, 2011).

HARDING, C.

1993 *European Community Investigations and Sanctions. The Supranational Control of Business Delinquency*, Leicester/London/New York.

HARDING & JOSHUA, J.

2003 *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford.

HARRINGTON, J.

2008 “Optimal Corporate Leniency Programs”, in *Journal of Industrial Economics*, vol. 56, pp. 215 ff.

HELISKOSKI, J. & LEINO, P.

2006 “Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation No. 1049/2001 on Access to Documents”, in *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 735 ff.

HOLMES, E.

2010 “Follow-on damages claims: the CAT or the High Court? National Grid v ABB Ltd [2009] EWHC 1326”, in *European Competition Law Review*, pp. 4 ff.

HVIID, M., & A. MEDVEDEV

2008 “The Role of Contribution among Defendants in Private Antitrust Litigation”, *Centre for Competition Policy*, Working Paper 08-3, available

at <http://ccpweb.mgt.uea.ac.uk/publicfiles/workingpapers/CCP08-3.pdf>.
(consulted on January 02, 2011).

JONES, C.A.,

- 1999 *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford.
- 2003 “A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US”, in Ehlermann, C.D., & Atanasiu, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford.
- 2004 “Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and a Reality Check”, in *World Competition*, vol. 27, pp. 13 ff.

KERSTING, C.

- 2008 “Perspectives for Private Enforcement in European Antitrust Law (Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht)”, available at <http://www.ssrn.com> (consulted on January 02, 2011).

KOMNINOS, A.P.

- 2002 “New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right in Damages”, in *Common Market Law Review*, vol. 39, pp. 447 ff.
- 2007 “Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight”, in *Common Market Law Review*, vol. 44, pp. 1387 ff.
- 2008a “The EU White Paper for Damages Actions: A First Appraisal”, in *Concurrences*, vol. 2, pp. 2-84.
- 2008b “Enter the White Paper for Damages Actions: a First Selective Appraisal”, available at www.globalcompetitionpolicy.org (consulted on January 02, 2011).
- 2008c *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford.

KORAH, V.C.

- 2006 *Cases and Materials on EC Competition Law*, Oxford.
- 2007 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford.

KROES, N.

- 2005a “Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe, International Bar Association/European Commission Conference ‘Anti-trust reform in Europe: a year in practice’”, Brussels.
- 2005b “Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Law in Europe”, speech n. 05/533 at the Harvard Club, New York.

LANDE, R.H.

2004 “Why Antitrust Damage Levels Should be Raised”, in *Loyola Consumer Law Review*, vol. 16, pp. 329 ff.

LITTLE, D.R.

2007 “The European Commission’s Revised Leniency Notice for Cartel Cases”, in *Trinity Common Law Review*, vol. 10, pp. 136 ff.

MCDUGALL, A. & VERZARIU, A.

2008 “Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages”, in *European Competition Law Review*, vol. 3, pp. 181 ff.

MICKLITZ, H-W.

2007 “Transborder Law Enforcement – Does it Exist?” in Weatherill & Bernitz (eds), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and New Techniques*, Oxford.

MOELLERS, T. & HEINEMANN, A.

2007 *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge.

MONIZ, C.B. & FONSECA, M.R.

2008 “First Experiences with Regulation 1/2003”, in FIDE (Fédération Internationale pour le Droit Européen) XXIII Congress *The Modernisation of the European Competition Law*, Linz.

MONKE, S., PIAZZA, L., & SIMON, S.

2009 “Commission imposes the highest-ever cartel fine (more than 1.3 billion) on four car glass manufacturers”, in EC Competition Policy, Newsletter 1, pp. 59 ff.

MONTI, M.

2000 “Fighting Cartels Why and How?”, 3rd Nordic Competition Policy Conference Stockholm.

2003 “Opening Speech: Effective Enforcement of EC Antitrust Law”, in Ehlermann, C.D., & Atanasiu, I., (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, pp. 4 ff.

2004 “Private Litigation as a Key Complement to Public Enforcement of Competition Rules and the First Conclusions on the Implementation of the New Merger Regulation”, speech n.º 04/403, IBA-8th Annual Competition Conference, Fiesole (Italy).

NEBBIA, P.

2008 “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, in *European Law Review*, vol. 33, pp. 23 ff.

- O'DONAGHUE, R. & PADILLA, A.J.
 2006 *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford.
- PHEASANT, J.
 2006 "Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper", in *European Competition Law Review*, vol. 27, pp. 365 ff.
- POSNER, R.A.
 2001 "Antitrust in the New Economy", in *Antitrust Law Journal*, vol. 68, pp. 925 ff.
- REHER, T. & HEMPEL, R.
 2009a "Commission Plans Private Antitrust Enforcement Directive", available at <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=a322a24-df47-4225-ae44-42bf93f9c216> (consulted on January 02, 2011).
 2009b "Plans for Private Antitrust Damages Actions Suffer Setback", available at <http://www.internationallawoffice.com> (consulted on January 02, 2011).
- REHER, T. & WIRING, R.
 2010 "Commission publishes study on quantification of damages", available at <http://www.internationallawoffice.com> (consulted on January 02, 2011).
- REICH, N.
 2005 "The 'Courage' Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?", in *Common Market Law Review*, vol. 42, pp. 35 ff.
- REY, P.
 2003 "Towards a Theory of Competition Policy", in Dewatripont, M., Hansen, L.P. & Turnovsky, S.J. (eds.), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications, Eight World Congress*, Cambridge.
- REYNOLDS, M. & ANDERSON, D.
 2006 "Immunity and Leniency in EU Cartel Cases: Current Issues", in *European Competition Law Review*, vol. 27, pp. 82 ff.
- RILEY, A.
 2005 "Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law", in *World Competition*, vol. 28, pp. 377 ff.
- SAAVEDRA, A.
 2009 "Non-published Proposal for a Private Antitrust Enforcement Directive", Newsletter n.º 5, available at www.mlgs.pt. (consulted on January 02, 2011).
- SANDHU, J.S.
 2007 "The European Commission's Leniency Policy: A Success?", in *European Competition Law Review*, vol. 28, pp. 148 ff.

SCHWAB, A., & STEINLE, C.

2008 “Pitfalls of the European Competition Network – Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is Needed”, in *European Competition Law Review*, vol.9, pp. 523 ff.

SEGAL, I., & WHINSTON, M.

2007 “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey”, in *European Competition Law Review*, vol. 5, pp. 306 ff.

SINGLA, T.

2008 “The Remedies (Not) Available for Breaches of Article 81 EC”, in *European Competition Law Review*, vol. 3, pp. 201 ff.

SPAGNOLO, G.

2000 “Optimal Leniency Programs’, *F.E.E.M. Nota di Lavoro No. 42.00, Fondazione ENI ‘Enrico Mattei’*”, available for download at <http://www.ssrn.com> (consulted on January 02, 2011).

2004 “Divide et Impera: Optimal Leniency Programs”, in *CEPR Discussion Paper No. 4840*, available at <http://www.ssrn.com> (consulted on January 02, 2011).

SUURNAKKI, S. & CENTELLA, M.L.

2007 “Commission Adopts Revised Leniency Notice to Reward Companies that Report Hard-Core Cartels”, (2007-1) *EC Competition Policy Newsletter* 1.

TRULI, E.

2009 “White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The Binding Effect of Decisions Adopted by Competition Authorities”, available at <http://ssrn.com> (consulted on January 02, 2011).

VAN GERVEN, W.

2003 “Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules Before National Courts”, in Ehlermann, C.D., & Atanasiu, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford.

VENIT, J.S.

2003 “Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty”, in *Common Market Law Review*, vol. 40, pp. 545 ff.

VOELCKER, S.

2006 “Developments in EC Competition Law in 2005: An Overview”, in *Common Market Law Review*, vol. 43, pp. 1409 ff.

WAELEBROECK, D., SLATER, D. & EVEN-SHOSHAN, G.

2004 “Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules – Comparative Report” Ashurst, accessible at: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf. (consulted on January 02, 2011).

WALSH, D.J.

2009 “Carrots and Sticks – Leniency and Fines in EC Cartel Cases”, in *European Competition Law Review* 14, vol. 30.

WHISH, R.

2009 *Competition Law*, Oxford.

WILS, W.

2003 “Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?”, in *World Competition*, vol. 26-3, pp. 1 ff.

2005 “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, in *World Competition*, vol. 28, pp.117 ff.

2006 “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, in *World Competition*, vol. 29, pp.183 ff.

2007a “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, in *World Competition*, vol. 30, pp. 25 ff.

2007b “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 30, pp. 197 ff.

2008 “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, in *World Competition*, vol. 31, pp. 335 ff.

2009 “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in *World Competition*, vol. 32-3.

WOODS, D., SINCLAIR, A. & ASHTON, D.

2004 “Private Enforcement of Community Competition Law: Modernisation and the Road Ahead”, in *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2, pp. 31 ff.

A AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES OU DE ACTIVOS DA EMPRESA INSOLVENTE E O CONCEITO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

*Fernando Pereira Ricardo*¹

ABSTRACT: Article 8 (4) (a) of the Portuguese Competition Act (Lei n.º 18/2003) establishes that the acquisition of assets or shares in the framework of the insolvency proceedings is not considered a merger. From the analysis of Article 8, paragraphs (1) to (3), of the Portuguese Competition Act we conclude that a merger is synonymous with a lasting change in the market structure (number of independent firms in the market). Paragraph (4), subparagraphs (a), (b) and (c), of Article 8 excludes certain situations from the merger control regime, on the grounds of a presumed absence of a meaningful and lasting impact on the market structure. Because the insolvent company has a limited competitive strength [paragraph (4), subparagraph (a)], the acquisition of a decisive influence on the insolvent company is not considered a merger. On the contrary, the acquisition of shares or assets belonging to the insolvent company giving one or more persons, already controlling at least one company, the possibility of exercising a decisive influence on the activity of a third company is considered a merger, because the acquisition of a decisive influence over an undertaking with an intact competitive strength, which can even be a direct competitor of the acquiring company, it is not, a priori, irrelevant.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento da questão. 2. Os elementos relevantes para a interpretação da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003. 3. A interpretação da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 no sentido de exceptonar apenas a aquisição de uma influência determinante sobre a actividade da própria empresa insolvente. 4. A refutação da interpretação da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 no sentido de exceptonar a aquisição de uma influência determinante sobre a actividade de uma terceira empresa. 5. Conclusões.

¹ Jurista no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

1. ENQUADRAMENTO DA QUESTÃO

Ao estabelecer, na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), que não é havida como concentração de empresas a aquisição de participações ou de activos no quadro do processo especial de recuperação de empresas ou de falência [leia-se processo de insolvência, após o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, aprovando o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)]², o legislador nacional terá pretendido excluir do controlo prévio das operações de concentração:

– Apenas a aquisição, no quadro do CIRE, de participações ou de activos da empresa insolvente conferindo a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade da *própria* empresa insolvente?³ ou

– Também a aquisição, no quadro do CIRE, de participações ou de activos pertencentes à empresa insolvente conferindo a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa terceira (através da aquisição de activos ou participações que a empresa insolvente possa deter numa empresa terceira)?

2. OS ELEMENTOS RELEVANTES PARA A INTERPRETAÇÃO DA ALÍNEA *A*) DO N.º 4 DO ARTIGO 8.º DA LEI N.º 18/2003

A interpretação da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 deve atender ao disposto no artigo 9.º do Código Civil, enunciando os princípios e as regras de interpretação dos textos legais.

² “Cessa, assim, porque desnecessária, a duplicação de formas de processo especiais (de recuperação e de falência) existente no CPEREF [Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência], bem como a fase preambular que lhes era comum, e que era susceptível de gerar, inclusivamente, demoras evitáveis na tramitação do processo, nomeadamente pela duplicação concomitante de chamamento dos credores, e também por, em inúmeros casos, o recurso ao processo de recuperação se traduzir num mero expediente para atrasar a declaração de falência. A supressão da dicotomia recuperação/falência, a par da configuração da situação de insolvência como pressuposto objectivo único do processo, torna também aconselhável a mudança de designação do processo, que é agora a de ‘processo de insolvência’. A insolvência não se confunde com a ‘falência’, tal como actualmente entendida, dado que a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas, em que a primeira noção fundamentalmente consiste, não implica a inviabilidade económica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira postuladas pela segunda.” Ponto 7 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004.

³ A aquisição de participações ou de activos em geral só é jus-concorrencialmente relevante, nos termos dos n.ºs 1, alínea *b*), e 3 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, se a mesma permitir a aquisição de uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa.

Assim, a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo. Atendendo à razão de ser da lei (*ratio legis*), o intérprete pode chegar à conclusão de que o alcance da letra da lei é excessivo, caso em que deve interpretar restritivamente o texto legal, não obstante a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Para tanto, o intérprete deve atender, sobretudo, à unidade do sistema jurídico, às circunstâncias em que a lei foi elaborada e às condições específicas do tempo em que é aplicada. Em todo o caso, não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

Concluído este breve excursus teórico, atendamos à evolução legislativa.

O Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, que consagrou o primeiro regime de controlo de concentrações em Portugal, não previa qualquer excepção ao conceito de concentração.

Excepção semelhante à ora analisada passou a constar do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 371/93), o qual estabelecia que não era havida como operação de concentração “[...] a aquisição de participações no quadro do processo especial de recuperação de empresas” [artigo 9.º, n.º 3 (1)].

Tal como se refere na Informação n.º 74 (ref.ª DS 6/PA-645/95) da antiga Direcção-Geral de Concorrência e Preços (Despacho da Subdirectora-Geral), de 9 de Fevereiro de 1996, mantendo a empresa em recuperação financeira a sua autonomia no mercado, nada impediria que fosse qualificada de concentração de empresas a aquisição de participações da empresa em recuperação, o que o legislador nacional quis expressamente evitar.

Atendendo ao Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, que regulava os processos especiais de recuperação de empresa e de falência (CPEREF), na redacção que vigorava à data do início de vigência do Decreto-Lei n.º 371/93, havia que distinguir entre a empresa em situação de insolvência, objecto do processo de recuperação, e a empresa em situação de falência, objecto do processo de falência (artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, e 25.º do CPEREF).

Considerava-se em estado de insolvência a empresa que, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontrasse impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações (artigo 3.º, n.º 1, do CPEREF).

A empresa insolvente economicamente viável, capaz de superar a sua deficiente situação financeira, podia requerer em juízo a providência de recupera-

ção adequada (artigo 5.º do CPEREF). Providências de recuperação possíveis eram a concordata, o acordo de credores, a reestruturação financeira e a gestão controlada (artigo 4.º do CPEREF).

A falência da empresa insolvente era decretada, apenas, quando se demonstrasse que a empresa não era economicamente viável ou passível de recuperação financeira (artigo 1.º, n.º 2, do CPEREF).

O artigo 9.º, n.º 3 (1), do Decreto-Lei n.º 371/93 aludia à aquisição de participações no processo especial de recuperação de empresas. E a aquisição de participações em processo de falência?

No caso *Persuínos, SA./Emasa, SA.*, de 1996, os serviços técnicos da antiga Direcção-Geral de Concorrência e Preços concluíram que a aquisição de participações da empresa falida no quadro do CPEREF não devia ser considerada uma operação de concentração nos termos do Decreto-Lei n.º 371/93.

Não constituindo a empresa falida um agente activo no mercado, não exercendo, por conseguinte, qualquer concorrência actual ou potencial, não poderia a aquisição de participações da mesma por uma empresa terceira ser considerada uma operação de concentração⁴.

A *ratio* que levava à exclusão da aquisição de participações da empresa insolvente (do conceito de concentração) justificava, outrossim, a exclusão da aquisição de participações da empresa falida⁵.

Não surpreende, pois, que a Lei n.º 18/2003, complementando, neste particular, o Decreto-Lei n.º 371/93, tenha estabelecido, na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º, que não é havida como concentração de empresas “[a] aquisição de participações ou de activos no quadro do processo especial de recuperação de empresas ou *de falência*” (itálico nosso).

3. A INTERPRETAÇÃO DA ALÍNEA A) DO N.º 4 DO ARTIGO 8.º DA LEI N.º 18/2003 NO SENTIDO DE EXCEPCIONAR APENAS A AQUISIÇÃO DE UMA INFLUÊNCIA DETERMINANTE SOBRE A ACTIVIDADE DA PRÓPRIA EMPRESA INSOLVENTE

Tratemos agora de precisar o alcance da excepção em apreço, procurando enquadrar o que enunciámos a respeito da evolução legislativa.

4 Informação n.º 74 (ref.ª DS 6/PA-645/95) da Direcção-Geral de Concorrência e Preços, Despacho da Subdirectora-Geral, de 1996.

5 *Idem*, pp. 1-9.

A exceção constante da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º não pode deixar de ser interpretada atendendo à economia de todo o artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 (à sua *ratio legis*).

“Cada número dum artigo só é compreensível se o situarmos perante todo o texto do artigo, cada artigo perante os que o antecedem ou imediatamente o seguem. Atender ao contexto é situar uma disposição”⁶.

As alíneas *a*) a *c*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei da n.º 18/2003 configuram exceções ao conceito de concentração de empresas, cujos contornos estão enunciados nos n.ºs 1 a 3 do mesmo artigo.

Há uma operação de concentração de empresas quando se verifica uma fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes ou quando uma ou mais pessoas singulares, que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa, ou uma ou mais empresas adquirem o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas [n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do artigo 8.º].

O controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente a aquisição da totalidade ou de parte do capital social ou a aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa (n.º 3, alíneas *a*) e *b*), do artigo 8.º).

A criação ou a aquisição de uma empresa comum constitui uma operação de concentração, desde que esta empresa desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma (n.º 2 do artigo 8.º)⁷.

Da análise ao artigo 8.º, n.ºs 1 a 3, da Lei n.º 18/2003 podemos concluir que o conceito de concentração é sinónimo de alteração duradoura da estrutura concorrencial do mercado, entendida, *grosso modo*, como o número de empresas agindo autonomamente no mercado.

Ao delimitar negativamente o conceito de concentração no n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, o legislador exclui certas situações do controlo prévio

6 Oliveira Ascensão, 2006: 410.

7 Na linha do critério comunitário, ver ponto 92 da Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01).

das operações de concentração, com fundamento na (presumida) ausência de um impacto estrutural significativo e duradouro⁸.

Assim, deixando para último a análise à excepção da alínea *a*) (do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003), o legislador nacional presumiu que a aquisição de participações com meras funções de garantia [alínea *b*)] e a aquisição por instituições de crédito de participações em empresas não financeiras, quando não abrangida pela proibição contida no artigo 101.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras [alínea *c*)], não têm um impacto significativo e duradouro na estrutura concorrencial do mercado, não correspondendo, por conseguinte, a operações de concentração.

Nestes casos, é manifesto o carácter acessório, tendencialmente não duradouro, da aquisição, assim se compreendendo a presunção de inexistência de um impacto estrutural significativo e duradouro.

Quanto à alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º, o legislador nacional terá entendido que, se a empresa está impossibilitada de cumprir com as suas obrigações vencidas ou não é economicamente viável, a aquisição de participações ou de activos da mesma dificilmente causará uma degradação das condições da concorrência naquele mercado, a qual, em todo o caso, sobreviria.

Na óptica do legislador nacional, não seria possível estabelecer, neste caso, uma relação de causa e efeito entre a aquisição de participações ou de activos e a degradação da estrutura concorrencial do mercado.

Um parêntese para referir que se trata de um pressuposto falacioso. Só em mercados com apenas duas empresas (duopólios) se pode conceber que a aquisição de uma influência determinante sobre a empresa objecto de um processo de insolvência por parte da empresa concorrente tem um efeito neutro em termos concorrenciais (a clientela da insolvente seria, em todo o caso, absorvida, na sua totalidade, pela empresa concorrente).

A aquisição de participações ou de activos conferindo a uma empresa concorrente a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade da empresa insolvente é susceptível de outorgar um poder de mercado significativo, não fazendo sentido a exclusão da mesma do controlo prévio das concentrações.

8 Rosado da Fonseca & Nascimento Ferreira, 2009: 67.

Retomando o pensamento do legislador nacional, a aquisição de participações ou de activos da empresa insolvente poderá até obviar a desequilíbrios sociais graves (desemprego) e ao desaproveitamento de recursos produtivos⁹.

O legislador pretendeu “[...] facilitar a saída das empresas não viáveis do mercado, designadamente através de processos de recuperação e falência de empresas que não permitam a criação de verdadeiras situações de distorção de concorrência através da subsistência de empresas inviáveis e incumpridoras”¹⁰.

Assim, atendendo ao critério subjacente à delimitação negativa do conceito de concentração – o da presumida irrelevância estrutural da operação – poderá sustentar-se que a alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 abarca, apenas, a aquisição de participações ou de activos conferindo a uma ou mais pessoas singulares, já detentoras do controlo de uma ou mais empresas, ou a uma ou mais empresas a possibilidade de exercerem uma influência determinante sobre a actividade da própria empresa insolvente.

A alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º não abarca as aquisições de participações ou de activos da empresa insolvente conferindo a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa terceira, visto que a alteração estrutural daí verosimilmente resultante – a aquisição de uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa com um potencial competitivo não diminuído, que até pode ser um concorrente da empresa adquirente – não é, *a priori*, pouco relevante (não podendo estas beneficiar, por conseguinte, da referida presunção legal).

Chegamos, assim, à conclusão de que o legislador se exprimiu em termos demasiado amplos relativamente ao que pretendia, impondo-se, por conseguinte, uma interpretação restritiva da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003.

9 “*In vigorously competitive markets, mergers involving failing firms will often enhance general welfare either through increasing the efficiency of existing capacity, redeploying that capacity to socially more valued uses, or preserving jobs and having other socially beneficial impacts*”, OCDE, 1996:18. “Vigora, pois, entre nós uma espécie apriorística de *failing firm defense*, já que o argumento da empresa insolvente se basta com a constatação da própria insolvência [...] sem requisitos adicionais de índole concorrencial [...]”, Cunha, 2005: 199.

10 Diário da Assembleia da República, I série, n.º 86/IX/1, de 13 de Fevereiro de 2003.

4. A REFUTAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DA ALÍNEA *a*) DO N.º 4 DO ARTIGO 8.º DA LEI N.º 18/2003 NO SENTIDO DE EXCEPCIONAR A AQUISIÇÃO DE UMA INFLUÊNCIA DETERMINANTE SOBRE A ACTIVIDADE DE UMA TERCEIRA EMPRESA

Não obstante o acima exposto, importa ainda considerar a remissão da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º para o CIRE. De facto, o artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, manda atender, entre outros aspectos, à unidade do sistema jurídico.

O Decreto-Lei n.º 53/2004, aprovando o CIRE, muito centrado na satisfação dos direitos dos credores, pela forma mais célere e eficaz possível, apresenta algumas características que podem dificultar a sua articulação com a Lei n.º 18/2003, o que pode ser esgrimido a favor da interpretação da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 no sentido de excepcionar a aquisição de uma influência determinante sobre a actividade de uma terceira empresa.

Assim, por exemplo, o CIRE consagra o princípio da insusceptibilidade de suspensão do processo de insolvência: a instância do processo de insolvência não é passível de suspensão, excepto nos casos expressamente previstos (artigo 8.º, n.º 1, do CIRE). Transitada em julgado a sentença declaratória da insolvência e realizada a assembleia de apreciação do relatório do administrador da insolvência, este procede com prontidão à venda de todos os bens apreendidos para a massa insolvente (artigo 158.º, n.º 1, do CIRE).

Estas características do processo de insolvência não são facilmente compagináveis com a obrigatoriedade de notificação prévia e o efeito suspensivo até à decisão de não oposição: uma operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objecto de uma decisão de não oposição (artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003), excepto nos casos do artigo 11.º, n.º 4, da Lei n.º 18/2003.

Interessa, por conseguinte, considerar em que medida o CIRE pode ser lei especial face à Lei n.º 18/2003.

O n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 371/93 exceptuava do âmbito de aplicação deste diploma as restrições de concorrência decorrentes de lei especial, o que constituía uma mera indicação ao intérprete, já que as normas especiais prevalecem obviamente sobre as leis gerais, mesmo que posteriores.

Com especial relevância para o esclarecimento desta questão, interessa considerar o seguinte caso.

Em 1996, na análise jus-concorrencial à aquisição de 65% do capital social da Tabaqueira pela UREX e Empresa Madeirense de Tabacos, no quadro do concurso público regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 63/96, de 28 de Maio,

que aprovou o processo de reprivatização do capital social da Tabaqueira, colocou-se a hipótese de esta aquisição resultar de lei especial.

Por um lado, porque as valorações concorrenciais teriam o seu lugar próprio no quadro jurídico das privatizações. Ao não lograrem aí expressão, estariam as mesmas subalternizadas aos objectivos estabelecidos no artigo 3.º da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril, consagrando a Lei das Privatizações.

Por outro, porque, se assim não se entendesse, se estaria a adoptar uma solução oposta à que havia sido consagrada a propósito da aplicação dos artigos 517.º e 528.º do Código de Mercado de Valores Mobiliários, tidos como não aplicáveis às operações de privatização.

Concluiu, porém, o Conselho da Concorrência – órgão que tinha competência, nos termos do artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 371/93, para, nomeadamente, decidir os processos relativos às práticas restritivas da concorrência e para formular pareceres, a solicitação do ministro responsável pela área do comércio, em procedimentos relativos a operações de concentração – que, não fazendo a Lei das Privatizações ou o próprio Decreto-Lei que regulamenta a privatização em causa qualquer referência às regras de concorrência, dificilmente se poderia aí ver uma legislação especial em relação ao quadro geral da concorrência.

De resto, apesar do seu valor jurídico reforçado, as normas constantes da Lei das Privatizações não podem desprezar o artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, que estabelece como incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social a salvaguarda de um eficiente funcionamento dos mercados (através da concorrência)¹¹.

Os argumentos então expendidos pelo Conselho da Concorrência relativamente à relação entre a Lei das Privatizações e o Decreto-Lei n.º 371/93 valem também, *mutatis mutandis*, na relação entre o CIRE e a Lei n.º 18/2003.

Por outro lado, é um dado adquirido no plano comunitário que os processos de insolvência não podem constituir um obstáculo ao exercício das competências da Comissão Europeia e das autoridades nacionais de concorrência, em particular no que respeita ao controlo prévio das operações de concentração¹².

É aos interessados na aquisição de activos da massa insolvente que cabe agir no sentido de evitar a violação da Lei n.º 18/2003, porventura solicitando

11 Conselho da Concorrência, 1998: 135.

12 Cf. Autorité de la concurrence, 2009: 164.

à Autoridade da Concorrência (AdC), mediante pedido fundamentado, ao abrigo do n.º 4 do artigo 11.º, uma derrogação ao n.º 1 do artigo 11.º, ambos da Lei n.º 18/2003.

Os interessados poderão ainda lançar mão do procedimento de avaliação prévia (n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003).

De acordo com as *Linhas de orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração de empresas*, adoptadas pelo Conselho da AdC, em 3 de Abril de 2007, este procedimento dá às empresas a possibilidade de discutirem com os serviços competentes da AdC, de modo informal e absolutamente confidencial, os aspectos legais e procedimentais da operação e, se possível, identificarem os aspectos concorrenciais porventura mais problemáticos da operação de concentração projectada (ponto 6).

Este procedimento permite aos interessados na aquisição de activos da massa insolvente esclarecer dúvidas e, deste modo, delimitar os próprios termos das suas ofertas de aquisição¹³.

5. CONCLUSÕES

- 1 – A alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 deve ser interpretada no sentido de exceptonar a aquisição de participações ou de activos da massa insolvente conferindo a uma ou mais pessoas singulares, já detentoras do controlo de, pelo menos, uma empresa, ou a uma ou mais empresas a possibilidade de exercerem uma influência determinante sobre a actividade da empresa insolvente.
- 2 – A alínea *a*) do n.º 4 do artigo 8.º *não* abarca as aquisições de participações ou de activos da empresa insolvente conferindo a uma ou mais pessoas singulares, já detentoras do controlo de, pelo menos, uma empresa, ou a uma ou mais empresas a possibilidade de exercerem uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa terceira (através da aquisição de activos ou participações que a empresa insolvente possa deter numa empresa terceira), visto que a alteração estrutural daí verosimilmente resultante – a aquisição de uma influência determinante sobre uma empresa com um potencial competitivo não diminuído, que pode até ser um concorrente da empresa adquirente – não é, *a priori*, pouco relevante.

¹³ Autorité de la concurrence, 2009: 165.

BIBLIOGRAFIA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2007 *Linhas de orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração de empresas*, in http://www.concorrenca.pt/download/Avaliacao_Previa_concentracoes.pdf

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

2009 *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, in http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_dec09.pdf.

BAPTISTA MACHADO, J.

1983 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

CONSELHO DA CONCORRÊNCIA

1998 *Relatório de Actividade 1996*, Lisboa: Ministério da Economia.

CUNHA, Carolina

2005 *O Controlo Das Concentrações De Empresas – Direito Comunitário e Direito Português*, Coimbra: Almedina.

CRUZ VILAÇA, José Luís da

2006 “Introdução à nova legislação da concorrência”, in Soares, António Goucha & Marques, Maria Manuel Leitão (coord.), *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 13-44.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICOS (OCDE)

1996 *Policy Roundtables – Failing Firm Defense*, Paris.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

2006 *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA PAIS, Sofia

2006 “O novo regime do controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003”, in Soares, António Goucha & Marques, Maria Manuel Leitão (coord.), *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 71-101.

ROSADO DA FONSECA, Margarida & NASCIMENTO FERREIRA, Luís do

2009 *O Procedimento de Controlo das Operações de Concentração de Empresas em Portugal*, Coimbra: Almedina.

SEGREDOS DE NEGÓCIO *VERSUS* DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO NAS CONTRA-ORDENAÇÕES DA CONCORRÊNCIA

*Patrícia Lopes*¹

ABSTRACT: This article discusses the conflict that may arise, within a competition infringement proceeding, between the access to confidential documents that contains trade secrets and the defense guarantees. The paper intends, consequently, to demonstrate that it is not possible to find a single line solution to all eventual conflicting cases, but that each of these cases should be analyzed ad hoc.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento e objecto do presente estudo – breves notas. 1.1. O direito das contra-ordenações e a ciência do direito e processo penal. 1.2. A regulação económica e a concorrência. 1.3. A Autoridade da Concorrência. 1.4. As contra-ordenações da concorrência. 1.4.1. Os direitos de defesa do arguido nos processos sancionatórios da concorrência no ordenamento jurídico português. 1.4.2. O direito de defesa no âmbito do direito comunitário da concorrência. 2. Os direitos de defesa do arguido nos processos contra-ordenacionais da concorrência e o acesso a documentos constantes dos autos do processo reputados como confidenciais por conterem segredos de negócio. 2.1. O direito de consulta do processo ou de acesso aos documentos constantes dos autos processuais. 2.2. Os segredos de negócio e as confidencialidades. 2.3. As confidencialidades por segredo de negócio *vs.* os direitos de defesa do arguido. 2.4. A conciliação possível? 3. Considerações finais.

¹ Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As posições expressas neste artigo são da estrita responsabilidade da autora, não vinculando, por conseguinte, a Autoridade da Concorrência. O presente estudo corresponde a uma versão actualizada do essencial do relatório preliminar de acesso ao Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito (Escola de Lisboa) da Universidade Católica Portuguesa, elaborado sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva, a quem agradecemos, desde já, a disponibilidade e o incentivo permanentes.

1. ENQUADRAMENTO E OBJECTO DO PRESENTE ESTUDO – BREVES NOTAS

1.1. O direito das contra-ordenações e a ciência do direito e processo penal

O objectivo do presente estudo consiste, primacialmente, em analisar e aclarar o regime jurídico que regula os segredos de negócio e a classificação dos mesmos como confidenciais no âmbito das contra-ordenações da concorrência, confrontando-o com os direitos de defesa dos arguidos nos respectivos processos. A matéria ora em foco assume um maior relevo no âmbito de uma abordagem de índole tendencialmente pragmática, já que as maiores dificuldades inerentes ao tratamento da mesma fazem-se, sobretudo, notar ao nível da aplicabilidade do próprio regime, designadamente no que respeita, desde logo, à definição de segredos de negócio num caso em concreto, aos requisitos e aos procedimentos da reputação como confidenciais dos documentos onde esses elementos que constituem segredos de negócio se inserem e à conciliação destas confidencialidades com os direitos de defesa dos arguidos, como veremos de seguida.

Trataremos, assim, nesta sede, de uma temática que se insere, especificamente, na matéria das contra-ordenações da concorrência. Neste sentido, daremos aqui por adquiridas as posições defendidas pela generalidade da Doutrina que tem vindo a debruçar-se sobre a mencionada matéria (na sua enorme maioria, aliás, penalista), abstendo-nos de explanar as questões relativas à natureza e à definição das contra-ordenações (designadamente a discussão concernente à sua inclusão no Direito Penal ou no Direito Administrativo).

Nesta medida, partiremos de uma orientação segundo a qual, como salienta José Lobo Moutinho, “*o pano de fundo normativo sobre o qual se recorta o Direito das contra-ordenações é o Direito e processo penal, assim também o fundo doutrinário sobre o qual importará compreendê-lo será a Ciência do direito e processo penal*”².

2 Vide Moutinho, 2008: 57 e ss. Para maiores desenvolvimentos ao nível da dogmática do direito contra-ordenacional, vide Correia, 1998: 3-18; Figueiredo Dias, 1998a: 19-34; Costa Andrade, 1998: 75-108; Faria Costa, 1998: 109-145; Pedrosa Machado, 1998: 145-209; Costa Pinto, 1998b: 209-276. Sobre a inclusão do Direito das contra-ordenações nos ramos do Direito Penal ou do Direito Administrativo, vide, por todos, Lumbrales, 2006: 29 e ss.

1.2. A regulação económica e a concorrência

De forma bastante sintética e dando, também aqui, como adquiridas diversas concepções jurídicas às quais será feita menção ao longo deste texto, abordaremos, de seguida, as matérias relativas à regulação da economia e à concorrência, em geral, por forma a efectuar um abreviado mas sempre dogmaticamente útil enquadramento ao tema que pretendemos que seja o centro da análise que desenvolveremos ao longo do presente trabalho, o qual enunciámos acima.

Pode afirmar-se que, no que concerne ao tema da regulação, há que atentar à evolução política desenvolvida desde o final do século passado, sobretudo a partir da década de oitenta, na economia europeia, a qual assistiu ao afastamento dos poderes públicos dos respectivos Estados da vida económica, os quais deram lugar à iniciativa privada, tendo os Estados intensificado as suas funções de controlo na economia, passando a desempenhá-la enquanto reguladores³.

Partindo do conceito adoptado por Santos, Gonçalves & Marques (2006: 207), podemos definir a regulação pública da economia como “*o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis*”⁴.

Nesta senda, o Estado criou entidades reguladoras com vista a assegurar o correcto e eficiente funcionamento do mercado, designadamente para garantir a existência de concorrência no mesmo. Estas entidades assumiram as formas de Institutos Públicos ou de Entidades Administrativas Independentes ou Autoridades Administrativas Independentes (AAI), inserindo-se a Autoridade da Concorrência (AdC) nestas últimas, como veremos adiante, no ponto seguinte desta exposição. Estas, para cumprirem as finalidades do Estado, dispõem de poderes regulamentares, sancionatórios e de supervisão,

3 A propósito desta evolução e do papel do Estado na regulação, *vide* Santos, Gonçalves & Marques, 2006: 124 e ss.; Paz Ferreira, 2002: 393 e ss.; Saldanha Sanches, 2000: 5-22; Moreira, 1997: 34 e ss.; Vasconcelos, 2000: 162-171; Capitão Ferreira, 2004: 9 e ss. Especificamente sobre a função do Estado na regulação dos mercados em concorrência, Böge, 2007: 345-350.

4 Também sobre a regulação do Estado e para maiores desenvolvimentos, *vide* Gonçalves, 2000: 535-537.

caracterizando-se por ser pessoas colectivas de direito público que gozam de independência orgânica, funcional e financeira⁵.

De entre as áreas de regulação pública, destaca-se a regulação da concorrência, esta de carácter transversal a toda a economia. A concorrência é um bem constitucional, consagrando a alínea *f*) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), como incumbência prioritária do Estado, no plano económico, “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolista e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”⁶⁻⁷.

A génese da regulação *antitrust* encontra-se nos Estados Unidos da América. Foi o *Sherman Act* que, em 1980, consagrou normas jurídicas específicas para regular a disciplina da concorrência, matéria que, aliás, se encontra entre as normas de carácter constitucional material naquele país⁸.

A regulação da concorrência foi, sucessivamente, alastrando por todo o mundo, tendo o direito da concorrência passado a ser, desde logo, um dos ramos fundamentais do ordenamento jurídico comunitário (a nível comunitário, a política de concorrência é instrumental para construir o mercado comum) e, conseqüentemente, aplicável em Portugal, enquanto Estado-membro da União Europeia (UE)⁹. O sistema jurídico nacional acolheu uma primeira tentativa de consagração de um conjunto de normas a regerem a matéria da concorrência através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, o qual nunca teve verdadeiramente aplicação. O primeiro regime legal de defesa da concorrência a vigorar, efectivamente, em Portugal, aprovado

5 Para maiores esclarecimentos quanto às AAI, *vide* Blanco de Moraes, 2001: 101-154; Costa e Silva, 2006: 541-569; e Cardoso, 2002: 245 e ss.

6 Para Gomes Canotilho, 2007: 969-970, “a tarefa de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (al. f), de modo a garantir desde logo a equilibrada concorrência entre as empresas, constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária”.

7 Sobre as especificidades da concorrência no domínio da regulação, *vide* Kirchner, 2004: 306-320.

8 No que respeita à origem e ao desenvolvimento do direito e da política da concorrência, *vide* Moura e Silva, 2008: 32 e ss.; Motta, 2004: 1 e ss.; Lopes Rodrigues, 2005: 19-118; Neumann, 2002: 47-98; Gerber, 1998: 16-42; Sobral & Ferreira, 1985: 71 e ss.

9 Sobre o direito comunitário da concorrência, *vide* Wish, 2005: 49 e ss.; e Gerber, 1998: 334-416; para uma perspectiva comparatística no que respeita à implementação da disciplina da concorrência em diversos Estados-membros da UE, *vide* Ammammatti, 1998. Para desenvolvimentos acerca da globalização das políticas de concorrência, *vide* Martin, 2004: 16-64; Basedow, 2004: 321-338; e Wish, 2005: 427-452, o qual se refere à dimensão internacional da política da concorrência.

já na iminência da entrada do país na Comunidade Europeia, foi o contido no Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro (o qual seguia a tramitação prevista no Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, doravante designado pela usual denominação RGCO). Este veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 37/93, de 29 de Outubro, o qual só veio ser revogado com a aprovação e a entrada em vigor da actual Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência ou LdC)¹⁰.

Mas, afinal, o que deve entender-se por concorrência? Em termos muito amplos, poderia definir-se concorrência como a situação de competição entre dois sujeitos económicos ou sectores económicos com o fito de produzir ou comprar nas melhores condições¹¹.

Mais detalhadamente e nas palavras de Mateus, a concorrência “é o mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado. É o mecanismo em que cada empresa decide autonomamente das suas concorrentes as variáveis sob o seu controlo, tais como preços, quantidades, investimentos, mercados geográficos e de clientes, actividades de marketing, de forma a maximizar o lucro dessa mesma empresa. Através deste mecanismo dá-se a descentralização das decisões de produção, investimento e consumo dos diversos produtos e serviços que satisfazem as necessidades humanas, segundo a alternativa mais eficiente, tendo em conta a restrição da escassez de recursos”¹². “A defesa/promoção da concorrência estabelece um conjunto de regras do jogo da concorrência de forma a que se preserve o funcionamento eficiente do mercado e os incentivos daí decorrentes para o comportamento dos agentes económicos, nomeadamente das empresas”¹³.

1.3. A Autoridade da Concorrência

Para defender e fomentar, precisamente, a concorrência, foi criada a AdC – pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (diploma legal que aprova, também, os Estatutos da AdC e o qual designaremos, daqui por diante, por Estatutos da AdC) –, sendo esta “uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira”, tendo por missão “assegurar a aplicação das regras de concor-

10 Vide Severino, 2006: 125-151; Moura e Silva, 2008: 41 e ss. Acerca da origem e do desenvolvimento da política da concorrência em Portugal, vide Guerra, 1997; e Xavier, 1970: 87-182.

11 Vide Sousa Franco, 1998: 1240.

12 Vide Mateus.

13 Vide Mateus, 2007: 11.

rência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores” (artigo 1.º dos Estatutos da AdC).

No desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe, nos termos do artigo 7.º dos seus Estatutos, de poderes sancionatórios (nomeadamente a investigação de práticas anti-concorrenciais e a instrução e a decisão dos respectivos processos, com a aplicação das correspondentes sanções legalmente previstas), poderes de supervisão – designadamente a instrução e a decisão de procedimentos de controlo prévio de operações de concentração de empresas ou procedimentos relativos à compatibilidade de acordos entre empresas com as regras da concorrência – e poderes de regulamentação (como a aprovação ou a proposta para aprovação de regulamentos e a emissão de recomendações ao Governo).

A capacidade jurídica da AdC abrange todos os direitos e obrigações necessários à prossecução das suas atribuições, gozando de capacidade judiciária activa e passiva (artigo 5.º dos Estatutos da AdC), estando as suas decisões sujeitas a controlo judicial, nos termos do artigo 50.º da LdC¹⁴⁻¹⁵.

1.4. As contra-ordenações da concorrência

As infracções à LdC estão tipificadas como contra-ordenações, prevendo-se a aplicação de coimas a título de sanção¹⁶.

O artigo 19.º da LdC estabelece o regime aplicável aos processos sancionatórios da concorrência. Dispõe este preceito legal que, “*sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código do Procedimento Administrativo [...], bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social [...]*”. A propósito deste artigo da LdC, escreve Men-

14 Refira-se que o regime de recurso dos processos contra-ordenacionais da AdC deve ser efectuado junto do TCL e rege-se pela Secção I do Capítulo V da LdC e, subsidiariamente, pelo RGCO, que, por sua vez, remete para o CPP, como já vimos (artigo 49.º da LdC).

15 Para um desenvolvimento sobre a matéria do controlo judicial das AAI, vide Maçãs, 2006: 21-49; Maçãs, Catarino & Costa, 2004: 319-444; Albuquerque & Albuquerque, 2004: 249-285; Ferrão, 2007: 601-637.

16 Estando, também, previstas, em determinados casos, a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, nos termos do disposto no artigo 46.º da LdC e a aplicação de sanções acessórias, conforme o disposto no artigo 45.º do mesmo diploma legal.

des Pereira (2009: 265-266) que “*é uma das disposições mais bizarras da LdC, tendo a sua utilidade vindo a ser posta directamente em causa pela jurisprudência do TCL, o que não surpreende. Com efeito, este preceito parece corresponder a um assomo de excesso de zelo por parte do legislador que, de um só passo, determina de modo extraordinariamente confuso a aplicação simultânea de uma multiplicidade de regimes a uma mesma realidade, sem sequer levar em conta o teor do art. 22.º deste mesmo diploma, por força do qual se aplica subsidiariamente às práticas proibidas pelos arts. 4.º, 6.º e 7.º o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social*”¹⁷.

A jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) veio já clarificar esta matéria no sentido de afastar a aplicação do Código do Procedimento Administrativo (CPA) nos processos contra-ordenacionais da concorrência¹⁸: “*Fica, assim, claramente definida a posição do TCL no sentido de que, apesar do que dispõe o art. 19.º, o CPA não é aplicável no âmbito de processos contra-ordenacionais, num notável exemplo de interpretação abrogante que cremos, aliás, justificada*”¹⁹⁻²⁰.

O *supra* citado artigo 22.º da LdC, no seu n.º 1, estabelece que, no que concerne aos processos relativos às práticas proibidas pelos artigos 4.º, 6.º e 7.º desta Lei, deve aplicar-se o regime especificamente consagrado neste diploma legal e, subsidiariamente, as normas processuais constantes do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social²¹.

Neste domínio, cumpre não olvidar que no âmbito do RGCO aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Penal (CPP), conforme dispõe o n.º 1 do artigo 41.º daquele diploma. O regime pelo qual se rege a matéria das contra-ordenações da concorrência tem vindo a ser designado pela Doutrina através de expressões diversas, tais como dupla subsidiariedade, subsidiariedade mediata ou subsidiariedade em cascata, que em comum acarretam uma clara chamada de atenção por parte dos respectivos Autores para a complexidade e a dificuldade acrescidas que o mesmo impõe²².

17 Moura e Silva, 2008: 163, refere-se ao artigo 19.º da LdC como “*uma curiosa disposição*”.

18 Vide Sentença do 2.º Juízo, de 15/02/2007, Processo n.º 766/06.4TYLSB.

19 Mendes Pereira, 2009: 265-266; e, no mesmo sentido, Moura e Silva, 2008: 163.

20 Sobre a espécie e o resultado da interpretação abrogante, vide Castro Mendes, 1994: 233 e ss.; e Galvão Telles, 1997: 184 e ss.

21 Vide Severino, 2006: 125-151; Dantas, 2007: 99-110.

22 Referindo-se às “*remissões em cascata*”, Moura e Silva, 2008: 163; reportando-se “*ao plano mediata de subsidiariedade*”, Morais, 2009: 99 e ss.; defendendo uma dogmática autónoma do direito contra-

O n.º 2 do artigo 22.º da LdC impõe a aplicação do regime previsto no seu n.º 1, com as necessárias adaptações, “aos processos por infracção aos artigos. 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia” (actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, adiante TFUE) quando as práticas restritivas em causa sejam susceptíveis de afectar o comércio intra-comunitário. Para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, importa considerar o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE (doravante designado por Regulamento (CE) n.º 1/2003)²³⁻²⁴.

Os princípios contidos no RGCO e, como tal, aplicáveis aos procedimentos sancionatórios levados a cabo pela AdC encontram-se, desde logo, plasmados nos artigos 2.º e 3.º do diploma legal em referência. O artigo 2.º do RGCO consagra os princípios da legalidade e da tipicidade, sendo uma norma idêntica à que consta do n.º 1 do artigo 1.º do Código Penal (CP). Encontra-se aqui, também, estabelecido o princípio da não retroactividade da lei contra-ordenacional, princípio que se encontra, ainda, subjacente ao artigo 3.º do RGCO, o qual verte uma concretização do disposto no artigo 29.º da CRP²⁵⁻²⁶.

-ordenacional da concorrência, *vide* Lopes Rodrigues, 2008: 114, para quem o vigente regime processual nesta matéria “[...] tem vindo a proporcionar uma ‘entropia litigante’ ‘com custos para a sociedade, a certeza e segurança jurídicas, a confiança dos cidadãos e a competitividade da economia’”; a defender, também, uma reforma do actual regime, ao qual aponta diversas críticas negativas, Veloso, 2005: 29-106; Sousa Mendes, 2009: 705-720. Para este Autor, “[...] é preciso cortar as amarras com o direito penal e o direito de mera ordenação social”. A pugnar pela redefinição do papel processual das entidades reguladoras e por uma diferenciação entre duas grandes modalidades de contra-ordenações de acordo com a gravidade das mesmas, Costa Pinto, 2009: 681-692; seguido, com algumas vicissitudes, por Bolina, 2009: 737-771.

23 JO n.º L 1, de 04/01/2003, 1 a 25.

24 Para aprofundar esta matéria, *vide* Ferro, 2007: 271-352, que esclarece, à partida, que “a aplicação do Direito Comunitário da Concorrência é obrigatória, tanto para a Autoridade da Concorrência como para os tribunais nacionais (confrontados com casos em que se suscitem questões desta natureza), sempre que estiver preenchido o critério de afectação do comércio entre Estados-Membros, nos termos traçados pela jurisprudência comunitária. Além disso, da sua aplicação resultam várias consequências importantes, de interesse tanto para as autoridades que o apliquem como para as partes ou empresas em causa” (273); *vide*, também, Soares, 2006: 175-202; Greaves, 2007: 31-40.

25 Neste sentido, *vide* Pereira, 2005: 29-32; e Mendes e Cabral, 2004: 29-33.

26 Para maiores desenvolvimentos acerca destes princípios, *vide* Figueiredo Dias, 2004a: 161 e ss.; Marques da Silva, 2001: 237 e ss.; Beleza, 1998: 48 e ss.; Cavaleiro de Ferreira, 1992: 93 e ss.; Correia, 2007: 153 e ss.; Muñoz Conde e García Aran, 2007: 136 e ss.; Roxin, 1997: 134 e ss.

1.4.1. *Os direitos de defesa do arguido nos processos sancionatórios da concorrência no ordenamento jurídico português*

O artigo 26.º da LdC reporta-se à instrução dos processos relativos a práticas *antitrust*. Esta fase do processo tem lugar quando terminam as diligências de investigação no âmbito do inquérito previsto no artigo 24.º deste diploma legal, tendo esta investigação permitido à AdC concluir pela existência de indícios suficientes da prática de um ilícito jusconcorrencial (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 25.º da LdC). Nesta sede, a instrução do processo inicia-se com a notificação (a qual deve ser feita nos termos do artigo 23.º da LdC) ao arguido de uma tomada de posição formal da AdC no sentido de considerar que recolheu indícios suficientes de infracção às regras da concorrência, a qual é usualmente designada por nota de ilicitude (equivalente à acusação em processo penal), na qual a AdC identifica o arguido e lhe imputa os factos apurados, subsume-os no direito aplicável e indica as sanções aplicáveis às práticas em causa e fixa-lhe um “*prazo razoável*” para se pronunciar (n.º 1 do artigo 26.º da LdC)²⁷⁻²⁸.

Neste contexto, a instrução destina-se a assegurar os direitos de audiência e de defesa do arguido, dando cumprimento ao princípio do contraditório consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da CRP²⁹, sendo que, no domínio do regime aplicável aos ilícitos de mera ordenação social, os direitos de audição e de defesa do arguido estão previstos no artigo 50.º do RGCO.

O n.º 10 do artigo 32.º da CRP determina que, “*nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa*”. Gomes Canotilho (2007: 526) salienta que, por força desta disposição legal, “[...] *o direito de audiência e defesa deve considerar-se inerente a todos os procedimentos sancionatórios, incluindo os de natureza privada (disciplina laboral, disciplina das organizações colectivas, etc.), como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito*”. Miranda & Medeiros (2005: 617) preconizam, em comentário à CRP, que “*o n.º 10 garante aos arguidos*

27 De acordo com a jurisprudência fixada pelo Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça (publicado em Diário da República, 1.ª Série-A, de 25.01.2003), o prazo de pronúncia fixado à(s) arguida(s) não poderá ser inferior a 10 dias.

28 Preconizando a equivalência entre a denominada nota de ilicitude nas contra-ordenações da concorrência e a acusação no processo penal estão as sentenças do TCL no Processo n.º 766/06.4TYLSB, de 15/02/2007; e no Processo n.º 965/06.9TYLSB, de 02/05/2007, ambas do 2.º Juízo deste Tribunal.

29 Como faz notar Mendes Pereira, 2009: 218, é “*aqui, aliás, a primeira vez que ao longo da LdC se utiliza a expressão ‘arguidas’*”.

em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa. Significa ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção [...] sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. A defesa pressupõe a prévia acusação, pois que só há defesa perante uma acusação. A Constituição proíbe absolutamente a aplicação de qualquer tipo de sanção sem que ao arguido seja garantida a possibilidade de se defender”.

Teremos de recorrer à doutrina sedimentada no âmbito do direito processual penal para aferirmos do conteúdo do direito de defesa do arguido. Germano Marques da Silva esclarece que “o direito de defesa do arguido abrange o direito de se pronunciar sobre o objecto total da acusação, sobre a prova produzida e sobre as normas aplicáveis, mas também o direito de participar activamente na produção de prova, quer oferecendo prova, quer participando na produção da prova oferecida pela parte contrária ou oficiosamente determinada”, fazendo, ainda, notar que não “[...] parece despiciendo relembra que o direito de defesa não é um favor ao arguido, mas um seu direito, direito tão relevante e essencial que é garantido constitucionalmente, e o seu respeito no processo é não só do interesse do próprio arguido, mas também da Justiça, o que é o mesmo que dizer da comunidade inteira”³⁰. Tratando-se, como salientam Figueiredo Dias & Costa Andrade (1992: 273-292) de “um direito fundamental [...], consabidamente outro dos esteios basilares do Estado de Direito e outras das instituições irrenunciáveis da nossa arquitectura constitucional”.

O direito de defesa do arguido decorre, desde logo, da própria estrutura acusatória do processo criminal, o qual dá ao mesmo a característica de processo de partes e coloca o acusador e o acusado em posições de igualdade (a denominada igualdade de armas). A estrutura acusatória tem subjacentes diversos princípios que regem esta matéria, como o princípio do contraditório (n.º 5 do artigo 32.º da CRP). Este princípio concretiza-se em vários direitos processuais do arguido, os quais integram, como tal, a sua defesa. De entre os referidos direitos processuais do arguido destacam-se, em geral, o direito de consulta do processo, o direito de obter extractos, cópias ou certidões dos autos do processo (embora possam existir, em determinados casos, alguns limites, veja-se o n.º 2 do artigo 89.º do CPP), e o direito a ser ouvido,

30 Vide Marques da Silva, 1999: 281-295.

ficando excluída qualquer possibilidade de existir uma condenação com base em elementos de prova que não tenham sido discutidos em audiência³¹.

No domínio da análise em foco, cumpre clarificar como deverá ser entendido o direito de defesa nos processos de mera ordenação social. O Tribunal Constitucional (TC) pronunciou-se já, por diversas vezes, sobre o conteúdo do direito de defesa do arguido no direito contra-ordenacional e sobre as diferenças do mesmo em face dos direitos de defesa do arguido em processo penal, tendo sempre concluído que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética dos ilícitos de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham de ser iguais, sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório.³²⁻³³

Neste sentido, conclui-se que, no âmbito dos processos sancionatórios da concorrência, o núcleo essencial das garantias de defesa do arguido deve ser sempre respeitado, designadamente no que se reporta ao cumprimento do princípio do contraditório.³⁴

31 Para um maior desenvolvimento destas temáticas, *vide* Marques da Silva, 1988: 163-177; Marques da Silva, 2000: 58 e ss.; Figueiredo Dias, 2004b: 136 e ss.; Costa Pinto, 1998a: 220 e ss. Para Pinto de Albuquerque, 2007: 187-188, o direito do arguido a todas as garantias de defesa em processo penal corresponde, desde logo, ao direito a um processo equitativo tanto por força das normas consagradas na CRP como por imposição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH – (n.º 4 do artigo 20.º da CRP e n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, respectivamente) e abarca o direito ao silêncio; o direito à igualdade de armas; o direito ao contraditório; o direito de dispor de tempo e de meios necessários para a preparação da defesa; o direito de apresentar prova em sua defesa e contestar a prova da acusação; o direito à imediação; o direito de ser informado dos seus direitos; o direito de falar livre na sua pessoa e de não prestar juramento; e o direito a tradutor gratuito.

32 Destaca-se o Acórdão n.º 278/99 do TC, de 05/05/1999, cuja construção jurisprudencial foi seguida em diversos outros arestos deste Tribunal, como no Acórdão n.º 659/2006, de 28/11/2006, no qual é efectuada uma enumeração de exemplos de elementos que incorporam o processo penal que não encontram justificação no processo contra-ordenacional (disponíveis no *Website*: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, acedido em 25/05/2009). A posição ora vertida reflecte a doutrina que preconiza que a menor ressonância ética dos ilícitos contra-ordenacionais os subtrai às mais rigorosas exigências de determinação válidas para os ilícitos criminais, *vide* Palma & Otero, 1997: 557- 591.

33 Relativamente aos direitos de defesa do arguido nas contra-ordenações da concorrência pronunciou-se, também, o TCL nas sentenças do 2.º Juízo: Processo n.º 766/06.4.TYLSB, de 15/02/2007; Processo n.º 965/06.9.TYLSB, de 02/05/2007; e Processo n.º 1252/07.0TYLSB, de 11/03/2008.

34 A propósito das garantias de defesa nos processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência, *vide* os diversos estudos constantes do Dossier Temático I – O dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* – AA.VV., 2010: 119-265.

1.4.2. O direito de defesa no âmbito do direito comunitário da concorrência

Os Tratados que têm regido o ordenamento jurídico comunitário foram, essencialmente, traçados com vista à prossecução de objectivos de índole económica, pelo que tem sido, eminentemente, a construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) a criar um catálogo não escrito de direitos fundamentais³⁵.

Nesta senda, importa referir o Acórdão do TJCE *Hoffman-La Roche*, de 13 de Fevereiro de 1979, o qual veio classificar os direitos de defesa como sendo princípios fundamentais do direito comunitário, *in casu*, no domínio dos processos administrativos conduzidos pela Comissão Europeia que possam conduzir à imposição de sanções³⁶⁻³⁷. Assim, e enquanto princípio geral, deverá impor-se à aplicação das regras da concorrência³⁸.

Como bem nota Pais Antunes (1995: 101), “no âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência é, em particular, no decurso da fase de investigação das práticas restritivas da concorrência que o conflito entre o exercício eficaz da actividade administrativa e a protecção dos direitos de defesa se coloca de forma mais premente”, entendendo este Autor que a expressão direitos de defesa verte um direito fundamental que abrange todos os direitos e instrumentos adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração (a Comissão Europeia, neste caso).

Neste encadeamento, refere Menezes Cordeiro (2005a: 10-28) que, no plano processual da regulação da concorrência, o acatamento dos direitos fundamentais implica que “a concretização das diversas regras da concorrência deve operar através de procedimentos regulares, que respeitem o contraditório e a privacidade e dignidade das pessoas envolvidas”.

Assim, os direitos de defesa em foco devem, desde logo, implicar que o acusado seja informado das acusações que sobre ele impendam, conhecendo todos os elementos em que as mesmas se fundamentam, o que implica ter acesso ao respectivo processo (embora, como veremos *infra*, com limitações)

35 Vide Vilaça, 1999: 415-433, que designa esta construção jurisprudencial como “um passo decisivo no processo de progressiva «constitucionalização dos tratados» operado pelo Tribunal de Justiça”.

36 Processo 85/76, *Recueil* p. 511.

37 Cumpre salientar que o respeito pelos direitos de defesa consubstancia um princípio universalmente reconhecido, podendo ser encontrado na grande maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos. A protecção do direito de ser ouvido consta, igualmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 10.º) e é, concretamente, garantida pela CEDH (artigo 6.º).

38 Vide Pliakos, 1994: 36-37.

por forma a que ele possa ser ouvido e contraditá-las, respeitando o princípio do contraditório ou *audi alteram partem*³⁹.

2. OS DIREITOS DE DEFESA DO ARGUIDO NOS PROCESSOS CONTRA-ORDENACIONAIS DA CONCORRÊNCIA E O ACESSO A DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS DO PROCESSO REPUTADOS COMO CONFIDENCIAIS POR CONTEREM SEGREDOS DE NEGÓCIO

2.1. O direito de consulta do processo ou de acesso aos documentos constantes dos autos processuais

Conforme resulta do *supra* exposto, a consulta do processo e a obtenção de cópias e de certidões dos documentos que constam do mesmo integram os direitos de defesa do arguido e visam possibilitar que este tome inteiro conhecimento dos elementos que fundamentam as práticas que lhe são imputadas por parte da AdC. Ressalva-se, contudo, que estas vertentes dos direitos de defesa do arguido encontram, desde logo, duas limitações de relevo: o segredo de justiça e o segredo de negócio ou comercial.

A natureza e os objectivos do presente trabalho não permitem que nos ocupemos, nesta sede, da análise relativa ao segredo de justiça. Propomos, neste estudo, como explicitámos acima, analisar, de uma forma sistemática, os fundamentos que alicerçam a figura do segredo de negócio e a respectiva confidencialidade que é atribuída aos documentos processuais que contêm elementos ou matérias consideradas como enquadráveis nesta figura, colocando-a, posteriormente, em confrontação com os direitos de defesa do arguido, temática que passaremos a explanar de seguida.

2.2. Os segredos de negócio e as confidencialidades

O segredo de negócio surge mencionado na LdC no n.º 5 do citado artigo 26.º, o qual dispõe que “*na instrução dos processos a Autoridade acautela o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio*”. Contudo, ao longo de todo o diploma legal em referência não é efectuada qualquer clarificação acerca desta figura, da sua definição, ou qualquer outra menção que permita proceder ao seu enquadramento jurídico ou a inferir da mesma as inevitáveis consequências, ao nível de procedimentos, da sua aplicação.

39 Sobre o conteúdo do direito de defesa neste domínio, vide Trayter Jimenez, 1988: 25 e ss.; Due, 1989: 383-396; Boulloc, 1982: 513-541; Saint-Esteben, 1994: 49-65.

Ressalva-se, no entanto, a conexão existente entre o n.º 5 do artigo 26.º da LdC com a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 18.º do mesmo diploma legal, norma que dispõe que, no âmbito das solicitações de documentos e outras informações que a AdC efectue a empresas, associações de empresas ou a quaisquer outras pessoas ou entidades aquando do exercício dos poderes sancionatórios e de supervisão que lhe estão legalmente atribuídos, as mencionadas empresas às quais foram dirigidas tais solicitações “*deverão identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que se contenham tais informações*”⁴⁰.

Como destaca Mendes Pereira (2009: 242), “*a exigência constante da alínea d) do n.º 1 (do art. 18.º da LdC) de que, na resposta que dêem a um pedido de informação da AdC, as empresas identifiquem fundadamente as informações que consideram confidenciais e providenciem uma versão não confidencial das mesmas, concretiza o dever de sigilo profissional a que, por força do art. 38.º dos Estatutos, estão obrigados os titulares dos órgãos e pessoal da Autoridade relativamente aos factos que não possam ser divulgados cujo conhecimento lhes advenha pelo exercício das suas funções, e materializa a obrigação da AdC resultante do art. 26.º, n.º 5, da LdC de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio*”⁴¹.

Mais se acrescenta que, no âmbito das informações prestadas à Comissão Europeia e às Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) por força da aplicação do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as mesmas se encontram protegidas pelo dever profissional previsto no artigo 28.º deste Regulamento⁴².

40 Saliente-se que, nos termos do artigo 8.º dos Estatutos da AdC, “*as empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições*”. Para maiores desenvolvimentos sobre este matéria, vide Reis Silva, 2007: 59-74.

41 Destaca-se, neste domínio, que a divulgação do teor dos processos contra-ordenacionais a correrem seus termos na AdC poderá corresponder à prática de um crime de violação de segredo de justiça, previsto e punido pela alínea *a*) do n.º 1 do artigo 371.º do CP, nos termos da qual o processos contra-ordenacionais da concorrência estão a coberto do segredo de justiça até à decisão da AdC.

42 Releva, ainda, neste encadeamento, referir o actual artigo 339.º do TFUE (ex- artigo 287.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia – TCE), aplicável a todos os membros das instituições da Comissão Europeia (CE), dos Comitês e a todos os funcionários e agentes da CE no sentido de os obrigar, “*mesmo após a cessação das suas funções, a não divulgar as informações que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respectivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo*”.

As questões relativas às confidencialidades e aos segredos de negócio contidos nas informações fornecidas pelas empresas à AdC e cuja não divulgação aquelas pretendem assegurar suscitam, desde logo, como afluíramos acima, a necessidade de encontrar uma definição para o conceito de segredo de negócio e de delimitar os seus contornos.

A matéria concernente ao segredo de negócio tem vindo a ser tratada, com algum cuidado, a nível comunitário, podendo as diversas abordagens efectuadas a este nível servir de inspiração às soluções, designadamente à *praxis*, a adoptar na ordem jurídica nacional neste domínio. A perfilhação dos entendimentos adoptados no âmbito comunitário tem vindo a ocorrer, antes de mais, no plano decisório dos órgãos judiciais portugueses, aquando da sua intervenção na sindicância desta temática no plano das contra-ordenações da concorrência, como veremos *infra*, o que leva a que, neste campo, a jurisprudência nacional adopte um papel preponderante enquanto fonte de direito. Por outro lado, e em homenagem a uma leitura sistemática e uniforme do ordenamento jurídico português, há que atentar às diversas normas jurídicas que ordenam a matéria relativa ao segredo de negócio, designadamente nos ramos do direito administrativo e do direito comercial, e em que medida essas poderão encontrar reflexo na análise que ora se pretende desenvolver⁴³⁻⁴⁴.

Ora, a nível comunitário, destaca-se, desde logo, o Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE (Regulamento (CE) n.º 773/2004), nos termos do qual o direito de acesso aos documentos constantes dos processos no âmbito do exercício dos direitos de defesa do arguido não abrange os segredos comerciais e outras informações confidenciais, documentos internos da Comissão ou dos Estados-membros ou a correspondência trocada entre a Comissão e as ANC (n.º 2 do artigo 15.º)⁴⁵.

Esta matéria foi objecto de um tratamento mais aturado pela Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, dos artigos 53.º, 54.º e

43 Como bem defende Menezes Cordeiro, 2005b: 122.

44 Sublinha Lopes Rodrigues, 2008: 45, que a matéria jusconcorrencial a nível nacional é “*enformada pela síntese de ‘princípios directores’ e ‘corolários estruturantes’ que emergem da ordem jurídica comunitária, síntese essa que desagua no conjunto de normas directamente aplicáveis às empresas e aos próprios Estados, que livremente nela querem participar*”.

45 JO n.º L 123, de 27/04/2004, pp. 18 a 24.

57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (doravante designada por Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo), a qual recorreu à construção jurisprudencial comunitária já desenvolvida sobre o tema⁴⁶.

A Comunicação em foco começa por, na sua parte introdutória, ressaltar que “o acesso ao processo da Comissão constitui uma das garantias processuais destinadas a aplicar o princípio da paridade de meios e proteger os direitos de defesa. O acesso ao processo está previsto nos n.ºs 1 e 2 do art. 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, no n.º 1 do art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 77/2004 da Comissão (*‘Regulamento de execução’*), nos n.ºs 1 e 3 do art. 18.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (*‘Regulamento das concentrações’*) e no n.º 1 do art. 17.º do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (*‘Regulamento de execução do Regulamento das concentrações’*)”⁴⁷.

Reportando-se ao acesso aos documentos que integrem os processos de investigação da Comissão Europeia em matéria de concorrência, a Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo esclarece que as partes deverão ter acesso a todos os documentos que constituem esses processos com excepção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais⁴⁸.

Cingindo-nos, nesta sede, às informações reputadas como confidenciais por conterem segredos comerciais, a Comunicação em causa estabelece que constituem segredos comerciais as informações acerca da actividade das empresas cuja divulgação seja susceptível de as lesar gravemente⁴⁹. Referindo, como exemplos deste tipo, as “*informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer, métodos de cálculo de custos, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e políticas de vendas*”⁵⁰.

46 Comunicação publicada no JO n.º C 325, de 22 de Dezembro de 2005, 7 e ss.

47 Vide ponto 1 da Comunicação em referência.

48 Vide ponto 10 desta Comunicação. Também o n.º 2 do artigo 27.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 regula esta matéria em sentido semelhante.

49 Acórdão TJCE, de 24/06/1986, Processo C-53/85, *AKZO Chemie BV/Comissão*, Col. 1986, 1503 e ss.; Acórdão Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPICE), de 18/09/1996, Processo. T-353/94, *Postbank NV/Comissão*, Col. 1996, II-921 e ss.

50 Vide ponto 18 da Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo.

Relativamente ao procedimento que deverá ser adoptado para que as informações que contenham segredos de negócio sejam classificadas como confidenciais, dispõe esta Comunicação que devem ser as respectivas pessoas ou empresas a apresentar um pedido para o efeito junto da Comissão. Tal pedido deve identificar claramente os dados considerados confidenciais e expor os motivos invocados para alegar que uma informação constitui um segredo comercial. Devem, ainda, estas pessoas ou empresas fornecer uma versão não confidencial de tais informações, em separado⁵¹.

Ressalva a Comunicação em foco que *“as informações relativas a uma empresa que são já conhecidas fora da empresa (no caso de um grupo, fora do grupo) ou fora da associação a que foram comunicadas por essa empresa não serão consideradas confidenciais. As informações que perderam importância comercial, por exemplo devido ao tempo que decorreu, não podem continuar a ser consideradas confidenciais. Regra geral, a Comissão presume que as informações relativas ao volume de negócios, às vendas e às quotas de mercado das partes e outras informações semelhantes que datam de há mais de cinco anos deixaram de ser confidenciais”*⁵²⁻⁵³.

Focando, agora, o panorama existente na ordem jurídica nacional, o segredo de negócio merece assento em legislação diversa, *maxime* no domínio de diplomas legais aplicáveis no quadro das jurisdições administrativa e comercial. Destacaremos, de seguida, alguns destes diplomas que assumem maior relevo para o esclarecimento das questões em análise.

Desta forma, cumpre salientar – com particular relevo no que se reporta à natureza jurídica da AdC que, como verificámos *supra*, é uma AAI – que o segredo de negócio ou comercial tem vindo a ser destacado pela doutrina jus-administrativista que se tem debruçado sobre esta temática como uma excepção ou uma restrição ao princípio da transparência e ao direito de acesso à informação que devem imperar no âmbito da actividade da Administração Pública⁵⁴.

51 Vide pontos 21, 22 e 35 da citada Comunicação.

52 Vide ponto 23 desta Comunicação.

53 Todavia, salienta-se na Comunicação em referência, na senda do Acórdão TJCE, de 29/10/1980, Processos apensos 209 a 215 e 218/78, *Fedetab*, Col. 1980, pp. 3125 e ss., que os segredos comerciais ou outras informações confidenciais fornecidos a uma associação comercial ou profissional pelos seus membros não perdem a sua natureza confidencial em relação a terceiros e, conseqüentemente, não poderão ser transmitidos aos autores da denúncia.

54 Neste sentido, vide Condesso, 1995: 333 e ss.; Gonçalves, 2002: 129 e ss.; e Veiga, 2007: 79 e ss. Destaca-se, neste âmbito, tal como refere Figueiredo Dias, 2001: 615-653, que *“uma das tendências mais fortes do direito administrativo e da vida da Administração Pública nas últimas décadas é a ‘abertura’*

Neste encadeamento, destaca-se, desde logo, o n.º 2 do artigo 62.º do CPA, preceito que afasta o direito de informação dos administrados legitimamente interessados em determinado processo quando o mesmo “*contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”, indo o n.º 2 do artigo 63.º deste diploma legal no mesmo sentido, agora no que concerne especificamente à passagem de certidões⁵⁵.

Assume aqui extrema importância o regime jurídico plasmado na Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA). Regulando, especificamente, o acesso aos documentos administrativos, os quais são definidos na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 3.º deste diploma legal como “*qualquer suporte de informação sob forma escrita, visual, sonora, electrónica ou outra forma material*” na posse ou detido em nome de órgãos e entidades que integrem a Administração Pública ou que exerçam funções administrativas ou poderes públicos.

desta à participação dos cidadãos e da comunidade política em especial, o que passa por garantir de forma efectiva o direito à informação dos administrados. Uma das diferenças mais significativas entre a forma clássica da Administração Pública e a nova Administração do Estado Social de Direito traduz-se em aquela ser uma ‘Administração autoritária, fechada sobre si, decidindo em segredo’, ao passo que esta é uma ‘Administração aberta, agindo com publicidade e com comunicação para o exterior’. Neste mesmo sentido, Miranda, 1988: 457-462, salientava já que esta ‘nova Administração’ do Estado social traduz-se, desde logo, em três aquisições principais: na do direito de informação dos administrados quantos aos actos ou providências que lhes digam respeito; na do dever dos órgãos da Administração de fundamentação ou motivação das suas decisões (ou, pelo menos, das que contendam com interesses dos cidadãos); e na de diferentes modalidades de participação e de colaboração dos administrados, individualmente ou em grupos ou comunidades, na própria gestão de serviços”. Importa mencionar que a CRP consagra o princípio da liberdade de informação – o qual engloba o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos, discriminações ou censura – no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 37.º, estando aqui em causa o princípio da transparência administrativa, nos termos do qual todos os cidadãos têm o direito de ser esclarecidos sobre os actos das entidades públicas, assegurado pelo n.º 2 do artigo 48.º. Como explicita Gonçalves, 2002: 13, estes preceitos estão incluídos no Capítulo I da CRP (direitos, liberdades e garantias), mais especificamente no título II (direitos, liberdades e garantias) da parte I (direitos e deveres fundamentais), “*o que implica que sejam directamente aplicáveis, vinculando todas as entidades, só podendo ser restringidos nos casos expressamente previstos na própria lei fundamental, para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos constitucionalmente*”.

Refira-se, ainda, que a consagração constitucional do “*direito de acesso aos arquivos e registos administrativos*” (n.º 2 do artigo 268.º da CRP) ocorreu, no seguimento da referida abertura ao nível da relação entre a Administração e os administrados que vinha a ser acolhida nas versões anteriores da Lei Fundamental, com a revisão constitucional de 1989. Ao desenvolver esta matéria, Gonçalves, 2002: 14, conclui que “*A doutrina e a jurisprudência consideram que o direito previsto no art. 268.º n.º 2 da Constituição tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, sendo-lhe por isso aplicável o respectivo regime (art. 17.º)*”.

55 Salienta Figueiredo Dias, 2001: 625, que “*a legislação ordinária não deixou, de resto, de densificar tais limites: em face do CPA é claro que o direito de informação (e as diversas faculdades em que ele se desdobra) não goza de uma protecção absoluta. E tal acontece, desde logo, porque a sua satisfação plena sacrificaria outros direitos e valores constitucionais de igual (ou até maior) valia. Os exemplos desses limites são diversos, devendo sobretudo destacar-se os previstos no n.º 1 do artigo 62.º e no n.º 2 do artigo 63.º, no que toca ao direito à informação procedimental [...]*”.

Esta Lei restringe o direito de acesso a estes documentos, dispondo o n.º 6 do seu artigo 6.º que “*um terceiro só tem direito de acesso a documentos administrativos que contenham segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna de uma empresa se estiver munido de autorização escrita desta ou demonstrar interesse directo, pessoal e legítimo suficientemente relevante segundo o princípio da proporcionalidade*”. Estabelecendo, ainda, o n.º 7 deste preceito legal que “*os documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objecto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada*”.

No domínio da disciplina do acesso aos documentos da Administração Pública, cabe realçar o papel da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA)⁵⁶. Esta Comissão é uma entidade administrativa independente, que funciona junto da Assembleia da República, à qual cabe zelar pelo cumprimento das disposições da LADA (n.º 1 do artigo 25.º deste diploma). As competências da CADA estão previstas no artigo 27.º da LADA, devendo destacar-se, neste contexto, as competências referenciadas nas alíneas *b)* e *c)*: a apreciação de queixas que lhe sejam apresentadas por interessados aos quais tenha sido negado ou restringido o acesso a documentos da Administração Pública e a emissão de pareceres sobre o acesso aos documentos administrativos, a solicitação dos órgãos e entidades mencionados no artigo 4.º do citado diploma⁵⁷.

A este propósito, e reportando-nos às actividades da AdC, esclareça-se que esta, sendo uma AAI, deverá estar abrangida pela alínea *g)* do n.º 1 do artigo 4.º da LADA: “*outras entidades no exercício de funções administrativas ou de poderes públicos*”, aplicando-se-lhe o regime jurídico previsto nesta Lei. No entanto, e como veremos de seguida, há que atentar a diversas especificidades no que respeita aos processos sancionatórios desenvolvidos pela AdC.

Foquemos, neste seguimento, o Parecer n.º 247/2008 da CADA⁵⁸. Ora, o Parecer em foco teve origem numa solicitação da AdC, a qual desencadeava,

56 A CADA foi criada pelo artigo 18.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto (alterada pela Lei n.º 8/95, de 29 de Março, pela Lei n.º 94/99, de 16 de Julho e pela Lei n.º 19/2006, de 12 de Julho), a qual consagrava o anterior regime legal de acesso aos documentos administrativos, regendo-se agora pelos artigos. 25.º e ss., da LADA actualmente em vigor.

57 A generalidade da Doutrina não tem dúvidas em considerar a natureza meramente consultiva, logo não vinculativa, dos Pareceres emitidos pela CADA. *Vide*, por todos, Gonçalves, 2002: 203-205.

58 Processo n.º 327/2008, de 18/09/2008. Disponível em: <http://www.cada.pt/uploads/Pareceres/2008/247.pdf>, acedido em 01/06/2009.

desde logo, a questão de saber se o regime consagrado na LADA seria, ou não, aplicável a um processo contra-ordenacional sujeito aos trâmites previstos na LdC. Partindo do princípio geral de acesso aos documentos administrativos consagrado no artigo 5.º da LADA, vem o douto Parecer esclarecer que “os processos de contra-ordenação, elaborados e detidos pela Administração Pública [...] são documentos administrativos [...]. Em relação à consulta de processos devem ser diferenciadas as diversas ‘fases processuais’ do processo de contra-ordenação. Enquanto o processo se encontrar em segredo de justiça o acesso aos documentos é regulado por ‘legislação própria’ [...], isto é, pelas disposições do Código de Processo Penal [...]. Depois de o processo deixar de estar em segredo de justiça – e se este ainda se tiver mantido em poder da Administração ou se esta, apesar disso, ainda tiver na sua posse os elementos documentais solicitados – são aplicáveis as regras do direito de acesso constantes da LADA. Terá que ser apurada, em concreto, a natureza dos documentos a que o terceiro pretende aceder ou dos quais pretende obter certidão”⁵⁹. Apelando, desta forma, ao n.º 2 do artigo 6.º que dispõe que “o acesso a documentos referentes a matérias em segredo de justiça é regulado por legislação própria”⁶⁰.

Aprofundando as subsequentes questões colocadas pela AdC, as quais respeitam, grosso modo, à conciliação do “direito de acesso dos interessados aos documentos administrativos com a circunstância de estes conterem informação de natureza confidencial, em particular por respeitarem à vida interna e a segredos de negócios das empresas”, vem o Parecer em causa elucidar que a matéria dos “segredos de empresa” constitui uma das restrições ao direito de acesso aos documentos administrativos (n.º 6 do artigo 6.º da LADA), salientando que a CADA “tem entendido que o relevo dado aos segredos das empresas se funda na convicção de que ‘o segredo é a alma do negócio’, cobrindo, por isso, tal segredo aquela informação cuja divulgação poderia provocar consequências graves”. Mais se

59 Vide p. 4 do Parecer em referência. O presente Parecer remete, ainda, para anteriores Pareceres da CADA que incidiram já sobre a matéria em análise: o Parecer n.º 91/2001; o Parecer n.º 177/2005; e o Parecer n.º 61/2007, todos acessíveis no Website da CADA (www.cada.pt), consultado em 02/06/2009.

60 Refira-se, como informação complementar, que o n.º 3 do artigo 6.º da LADA contém, ainda, um regime especial de restrição de acesso em relação a documentos constantes de processos. Nestes casos, tal como aclara Veiga, 2007: 141-142, estes documentos apenas podem ser acedidos depois da tomada de decisão; ou após o arquivamento do processo ou depois de contado um ano desde a elaboração do documento. Esclarece o Autor que, “em primeiro lugar, por processos aqui têm de se entender processos não administrativos, na acepção do CPA. Podem ser processos de elaboração normativa, interpretativa do Direito, de estudos circulares, etc.” e que quando a norma refere um ano não obriga a que tenha havido já uma decisão de arquivamento ou outra, reportando-se apenas ao próprio decurso do tempo, visando, desta forma, impedir que a “inércia da administração impeça o princípio da administração aberta”.

aclara que “*integram o conceito de segredos comerciais, industriais ou sobre a vida privada das empresas, por exemplo, ‘os aspectos particulares de financiamento, as previsões de viabilidade e de rendibilidade específicas de uma empresa (privada), as estratégias de captação de clientes ou de desenvolvimento futuro, a identificação de modelos ou de técnicas a seguir no desenvolvimento da actividade’ (cfr. parecer da CADA n.º 38/2005)*”⁶¹⁻⁶².

Desde já, podemos retirar do *supra* exposto que aos processos contra-ordenacionais que correm seus termos na AdC não se aplica, como não poderia deixar de ser, o regime geral de acesso aos documentos, dado que nos mesmos terão de ser respeitados os princípios específicos aplicáveis aos processos sancionatórios de natureza contra-ordenacional (e, tal como vimos acima, também por uma via subsidiária, dos ilícitos criminais). Não obstante, resulta também do exposto que o regime jurídico de acesso aos documentos administrativos consagrado na LADA deverá aplicar-se aos documentos que constituam os autos dos processos contra-ordenacionais da concorrência quando estes deixem de ter estas específicas restrições de acesso e os mesmos estejam na disponibilidade, neste caso, da AdC, assim como aos documentos referentes aos processos de controlo de operações de concentração que correm seus termos nesta Autoridade, matéria sobre a qual não caberá debruçarmo-nos nesta sede.

Mais se pode concluir das conclusões retiradas do *supra* citado Parecer que, independentemente de estarmos perante uma situação em que existem documentos na posse ou detidos em nome de órgãos e entidades que integrem a Administração Pública ou exerçam funções administrativas ou poderes públicos quer se insiram, ou não, num processo contra-ordenacional, certo é que, por força dos diversos preceitos legais já citados, os segredos comerciais ou de negócio das empresas envolvidas deverão ser, em geral, preservados, mediante uma adequada ponderação *ad hoc* dos interesses em confronto e sem nunca olvidar que o descerrar desses segredos poderá implicar prejuízos gravosos para as respectivas empresas.

Desta forma, e em face das esclarecimentos até agora plasmadas no presente texto, podemos extrair já diversos contributos para a definição de segredo de

61 *Vide* pp. 7-9; e p. 11 do Parecer em foco.

62 O Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 14/09/1994, Processo n.º 35663, concluiu que o direito de acesso dos cidadãos à informação contida em documentos administrativos não sofre restrição pelo facto de tais documentos estarem sob segredo comercial ou industrial ou a coberto de normas de protecção do mercado concorrencial (disponível em www.dgsi.pt, acedido em 04/06/2009).

negócio, cumprindo destacar que, e em resumo, deverá considerar-se segredo de negócio toda a informação de uma empresa que, não sendo do domínio público, reveste, em si mesma, um valor económico⁶³.

No ordenamento jurídico português, podemos, ainda, encontrar referência aos segredos de negócio no âmbito da legislação comercial, sendo, mais concretamente, de destacar o Código da Propriedade Industrial (CPI). Este diploma legal, no seu artigo 318.º dispõe que “*constitui um acto ilícito, nomeadamente, a divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo*”. Sendo que, de acordo com o disposto neste preceito legal, esses segredos terão de reportar-se a informações secretas; que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; e que tenham sido efectuadas diligências consideráveis para as manter secretas⁶⁴.

Também o Código dos Contratos Públicos (CCP), que estabelece o regime aplicável à contratação pública, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, se refere ao segredo comercial, sem, contudo, o definir. O n.º 1 do respectivo artigo 66.º dispõe que “*por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro, os interessados podem requerer, [...], a classificação, nos termos da lei, de documentos que constituem a proposta, para efeitos da restrição ou da limitação do acesso aos mesmos na medida do estritamente necessário*”.

2.3. As confidencialidades por segredo de negócio vs. os direitos de defesa do arguido

Restringindo-nos ao objecto do presente trabalho, centremo-nos especificamente nos processos contra-ordenacionais da concorrência e na problemática de as empresas envolvidas em determinado processo desta natureza (como uma denunciante ou uma empresa arguida, por exemplo) pretenderem aceder

63 Assim, Veiga, 2007: 110- 111; e 134. Corroborando o valor patrimonial do segredo de negócio, acrescenta Gonçalves, 2002: 137-138, que este segredo abrange, por exemplo, “*as técnicas específicas de captação de clientes, os modelos de projecções de rendimentos ou de lucros, [...] aspectos particulares das actividades desenvolvidas por uma empresa, [...] entre informações «internas», não públicas, relativas à actividade produtiva objectivamente considerada, que não devam ser tornadas públicas por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam*”. Acrescentando, ainda, que “*a Administração Pública já fundamentou a recusa de acesso a documentos com base no facto de neles haver contratos privados celebrados, ou a celebrar, entre uma concessionária e terceiras entidades, bem assim diversos aspectos quer de sigilo comercial e industrial próprio das referidas entidades privadas, atinentes a projectos de construção de uma obra (nova travessia sobre o rio Tejo em Lisboa) e aos modelos financeiros sobre a obtenção dos fundos necessários, em atenção à sua natureza específica e aos conhecimentos técnicos, financeiros e jurídicos neles constantes*”.

64 O CPI foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março.

a informações constantes de documentos desse processo que tenham sido reputados como confidenciais por conterem segredos de negócio.

Esta temática assume, desde logo, particular acuidade no domínio dos direitos de defesa do arguido e da necessidade de este aceder a elementos confidenciais submetidos por terceiros. Neste caso, poderá gerar-se um conflito entre os direitos de defesa do arguido (n.º 10 do artigo 32.º da CRP, n.º 1 do artigo 26.º da LdC e artigo 50.º do RGCO) e a obrigação de salvaguarda dos segredos de negócio das empresas que incumbe à AdC (n.º 5 do artigo 26.º da LdC e artigo 38.º dos Estatutos da AdC).

Nesta perspectiva, coloca-se a questão de saber se os direitos de defesa do arguido nos processos contra-ordenacionais da concorrência estão, ou não, a ser violados por poderem estar incluídos nos documentos reputados como confidenciais, elementos relevantes para a sua defesa e/ou por a decisão final nestes processos poder ser total ou parcialmente sustentada em elementos a que o arguido não teve acesso.

Sobre este assunto pronunciou-se já o TCL, no denominado caso Nestlé, que, na senda da jurisprudência comunitária sobre esta matéria, começou por clarificar que estão aqui em causa duas situações distintas: por um lado, o acesso a documentos que demonstrem a existência da infração imputada e, por outro lado, o acesso a documentos susceptíveis de ilibar o arguido⁶⁵⁻⁶⁶.

Abordemos, separadamente, cada uma destas situações. Quanto ao não acesso, por parte do arguido, a elementos que sirvam de suporte às acusações que lhe são imputadas, a jurisprudência comunitária, abundantemente citada e perfilhada pela mencionada decisão do TCL, vai no sentido de considerar que a falta de comunicação de documentos que sustentam a acusação só justifica uma eventual anulação do processado, por violação dos direitos de defesa do arguido, no caso de não existirem no processo, para além deles, outras provas que estribem as conclusões em sentido condenatório da entidade sancionadora. No caso de existirem, eliminam-se os elementos não comunicados, deixando os mesmos de constituir meios de prova, mas tal não invalida a procedência das acusações imputadas. Já no caso de se provar que a falta de comunicação dos elementos em questão poderá ter influenciado o decurso do

65 Sentença do 2.º Juízo do TCL, de 15/02/2007, Processo n.º 766/06.4TYLSB, p. 54.

66 Tal posição jurisprudencial comunitária encontra-se sedimentada no Acórdão TJCE, de 07/01/2004, Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, Col. 2004, p. 1-123.

processo e a decisão acusatória, em detrimento do arguido, deverá concluir-se pela violação dos direitos de defesa⁶⁷.

Neste seguimento, incumbe ao arguido demonstrar que as conclusões retiradas ao longo do processo contra-ordenacional teriam sido diferentes se devessem ser afastados, enquanto meios de prova, os documentos que não lhe foram comunicados e que serviram de base à sua incriminação⁶⁸.

No que se refere ao não acesso aos elementos confidenciais que pudessem contribuir para ilibar a empresa arguida, pronunciou-se a citada sentença do TCL no sentido de considerar que “*só pode concluir-se pela violação dos direitos de defesa se a Autoridade tiver negado à arguida o acesso aos mesmos, ou seja, o direito da arguida só se considera violado se, por qualquer forma, o seu exercício não foi permitido. A questão passa, pois, por apurar se a arguida pretendeu exercer o seu direito, i.e., lhe vedou o acesso aos mesmos elementos. [...]*”⁶⁹.

Decorre do exposto que quando a AdC classifica determinados documentos constantes dos autos de um processo contra-ordenacional como confidenciais – vedando, por isso, o acesso do arguido aos mesmos – terá de fazer uma ponderação entre os dois valores em conflito: o da protecção dos segredos de negócio de terceiros (outras empresas envolvidas no processo, como a denunciante, empresas às quais a AdC solicitou informações ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, ou até empresas co-arguidas, entre outras) e os direitos de defesa da empresa arguida.

67 Vide p. 57 da referida sentença do TCL; Acórdão TJCE *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, cit.; Acórdão TJCE, de 09/11/1983, *Michelin/Comissão*, Processo 322/81, *Recueil*, 3461; Acórdão TJCE, de 25/10/1983, *AFG/Comissão*, Processo 107/82, *Recueil*, 3151; Acórdão TJCE, de 07/06/1983, *Musique Diffusion Française e outros/Comissão*, Processos apensos 100 a 103/80, Col. 1983, p. 1825; e Acórdão TPICE, de 29/06/1995, *Solvay/Comissão*, Processo 30/91, Col. 1995, II-1775.

68 Vide pp. 56 e ss. do Caso Nestlé; jurisprudência do caso *Aalborg Portland A/S e Outros/Comissão*, cit., pp. 71 a 73; Acórdão TPICE, *Jungbunzlauer AG/Comissão*, Processo T-43/02, Col. 2006, no qual se afirma que “(...) incumbe à empresa em questão demonstrar que o resultado a que a Comissão chegou na sua decisão teria sido diferente se for rejeitado como meio de prova da acusação um documento não comunicado no qual a Comissão se tenha baseado para incriminar essa empresa”, 343 e 344; e Acórdão TPICE *Cimenteries CBR e outros/Comissão*, Processos apensos T-25/95 e T-104/95, Col. 2000.

69 Vide p. 55 sentença em referência. Este mesmo entendimento é perfilhado no Acórdão TPICE, de 27/09/2006, *Avebe BA/Comissão*, Processo T-314/01, Col. 2006, II-3085, 67, de acordo com o qual “quando os elementos de defesa em causa não constem do processo de instrução da Comissão, só se poderá declarar a existência de uma violação do direito de defesa se o recorrente tiver apresentado um pedido expresso à Comissão de acesso a esses documentos durante o procedimento administrativo, sob pena de preclusão da possibilidade de invocar essa acusação num recurso de anulação da decisão definitiva”; posição já adoptada no supra mencionado Acórdão TPICE *Cimenteries CBR e outros/Comissão*, cit., e no Acórdão TPICE *Atlantic Container Line e outros/Comissão*, Processos apensos 191/98, T-212/98 a 214/98, Col. 2003, I.

Coloca-se, assim, nestes casos, como bem salienta a sentença do TCL no caso Nestlé, a questão de determinar a extensão que tais confidencialidades podem ter. Destaca a sentença em foco que *“é indiscutível que os direitos de defesa da arguida fazem parte dos direitos fundamentais (art. 32.º, n.º 10, da CRP, inserido no Capítulo I – Direitos, liberdades e garantias pessoais – do Título II – Direitos, liberdades e garantias –, da Parte I – Direitos e Deveres Fundamentais). Mas também é certo que a salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes das arguidas, é indispensável para que a AdC possa cumprir as suas funções (assegurar a aplicação das regras da concorrência) e, conseqüentemente, para que o Estado assegure a realização das suas incumbências prioritárias: assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e reprimir práticas lesivas do interesse geral (art. 81.º, al. f), da CRP). [...] Por conseguinte, há que fazer uma ‘ponderação sobre a prevalência de um ou de outro desses interesses, face ao caso concreto’”⁷⁰.*

Conclui o TCL que, *“em suma, casos haverá em que o interesse da salvaguarda do segredo de negócio tem que ceder perante o direito de defesa da arguida. Mas tal só em concreto pode ser aferido, i.e., só procedendo a uma análise dos elementos considerados confidenciais e da sua relevância para o processo, quer enquanto elemento de prova a ser usado pela acusação, quer enquanto elemento que possa ser usado pela defesa, é que se pode concluir que, no caso concreto, o interesse legítimo dos terceiros tem de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida”*⁷¹⁻⁷².

Ao comentar a citada sentença do TCL ora em foco, Ruiz (2007: 125 a 133) defende que, *“no caso de estarem em causa documentos ditos ‘inculpatórios’,*

70 Vide 43 e ss. da sentença. Salienta-se, ainda, que esta é a posição adoptada pela jurisprudência comunitária, como se afirma no caso *Solvay/Comissão*, cit.; no caso *Akzo Chemie/Comissão*, cit.; e no Acórdão TJCE, de 19/05/1994, *SEP/Comissão*, Processo C-36/92 P, Col. 1994, p. I-01911. Neste encadeamento, salienta, também, o TCL o Despacho do Presidente da 5.ª Secção do TPICE, de 15/06/2006, *Deutsche Telekom AG/Comissão*, T-271/2003, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/court/index.html> (acedido em 07/05/2009): *“para apreciar as condições em que pode ser atribuído um tratamento confidencial a certos elementos os autos, é necessário ponderar, relativamente a cada peça processual ou excerto de peça processual para o qual seja pedido um tratamento confidencial, a preocupação legítima da recorrente de evitar que os seus interesses comerciais sejam afectados de forma grave e a preocupação, igualmente legítima, das intervenientes de dispor das informações necessárias para poderem cabalmente invocar os seus direitos e expor a sua tese perante o juiz comunitário”*.

71 Vide 45 da sentença do TCL.

72 Em defesa da proeminência dos direitos de defesa em face os interesses de terceiros na preservação dos seus segredos de negócio, vide Pliakos, 1994: 287 e ss.: *“conclui-se que a necessidade de conciliar a obrigação de não divulgar as informações confidenciais com o respeito dos direitos de defesa ‘se resolve pela proeminência dos direitos de defesa’*”. Em sentido idêntico, Wils, 2008: 34 e ss.

não existe risco de conflito entre a protecção dos segredos de negócios e o direito de defesa. Conflito só pode surgir nesta hipótese entre a salvaguarda dos segredos de negócio e o interesse público na condenação e punição das práticas restritivas da concorrência. O risco de conflito entre a protecção dos segredos de negócios e o direito de defesa parece-nos circunscrito aos casos dos documentos ditos ‘exculpatórios’ [...]’. Em síntese, para o Autor “*a possibilidade de o interesse legítimo dos terceiros ao segredo ter de ceder sob pena de se violarem os direitos de defesa da arguida só parece fazer sentido em situações absolutamente excepcionais e raríssimas, em que estejam em causa documentos exculpatórios capazes de justificar outro desfecho do processo e não haja qualquer possibilidade de se obter uma versão não confidencial do documento ou um resumo não confidencial do mesmo que permita ao arguido perceber suficientemente a relevância da prova que lhe foi omitida*”⁷³.

Neste contexto, cumpre referir que a já mencionada Comunicação CE relativa às regras de acesso ao processo clarifica que “*a qualificação de um elemento de informação como confidencial não constitui um impedimento para a sua divulgação se for necessário para provar uma infracção alegada (“documento incriminatório”) ou que possa ser necessário para desculpar uma parte (“documento desincriminatório”). Neste caso, a necessidade de salvaguardar os direitos de defesa das partes através do acesso mais amplo possível ao processo da Comissão poderá ter mais peso do que a preocupação de proteger as informações confidenciais de outras partes*”⁷⁴⁻⁷⁵.

No que respeita à fundamentação da qualificação das confidencialidades e aos respectivos procedimentos, a construção jurisprudencial do TCL, no caso Nestlé, estabelece que, “*de acordo com o regime legal vigente as empresas, ao remeterem informações ou documentos relativamente aos quais pretendam que seja salvaguardada a confidencialidade, devem fazer tal indicação e fazê-lo de forma fundamentada (art. 18.º da Lei 18/2003). Por sua vez a AdC tem que analisar os elementos que estiverem em causa e, se entender estar justificado o pedido, assegurar a requerida confidencialidade. Tal implica, no entender do Tribunal, que a AdC,*

73 Vide Ruiz, 2007: 125 a 133.

74 Vide ponto 24 da Comunicação.

75 Também neste sentido, o já referenciado Regulamento (CE) n.º 773/2004, relativo à instrução de processos antitrust pela Comissão, estabelece, no n.º 3 do artigo 15.º, que “*nada no presente regulamento impede a Comissão de divulgar e utilizar as informações necessárias para fazer prova de uma infracção aos arts. 81.º e 82.º (do TCE) [actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE]*”. Esclarecendo o considerando 15 do seu preâmbulo que “*sempre que for necessário recorrer a segredos comerciais ou outras informações confidenciais para provar uma infracção, a Comissão deve determinar, relativamente a cada documento, se a necessidade de divulgação é superior ao prejuízo susceptível de resultar da divulgação*”.

ao 'retirar' do processo que vai estar acessível à arguida determinados elementos, deve elaborar uma listagem que junta ao processo, na qual identifica os documentos que reputa de confidenciais. Dessa listagem devem constar as razões que levaram a que os elementos em causa fossem qualificados como confidenciais, sendo certo que tal fundamentação muitas vezes resulta da própria natureza dos documentos (neste sentido *Ac. TPI, 29/06/1995, Proc. T-30/91*)⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁷⁸.

Mais preconiza este Tribunal que a não elaboração de listagem identificando os documentos confidenciais constitui uma irregularidade processual: *"em nosso entender estamos perante uma mera irregularidade. Recorrendo às regras do Cód. Proc. Penal (dada a inexistência de qualquer norma que verse sobre esta questão quer na Lei 18/2003 quer no RGCO), temos como ponto de partida o princípio básico de que a violação ou inobservância das disposições da lei de processo só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei, sendo certo que nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o acto ilegal é irregular (art. 118.º, n.º 1 e 2 do Cód. Proc. Penal). A decisão da Autoridade relativa à qualificação dos documentos como confidenciais equivale a um acto decisório do Ministério Público, ou seja a um despacho, e, por conseguinte, carece de fundamentação (...). Sucede que não há nenhum preceito que comine a falta de fundamentação dos despachos do Ministério Público com a nulidade. Logo, vigorando em processo penal o princípio da taxatividade das causas de nulidade (citado*

76 Vide 47 e ss. desta sentença.

77 Acrescenta, neste domínio, o TCL: *"Tem, pois, o Tribunal que fazer a ponderação a que supra se referiu sendo indiscutível que, se o interesse dos terceiros for legítimo e não tiverem sido violados os direitos de defesa da arguida, cabe ao Tribunal zelar pela protecção desses interesses e não levantar a confidencialidade dos mesmos, ou seja, este interesse, sendo legítimo, tem de ser salvaguardado também pelo Tribunal. Este entendimento está aliás expresso na Comunicação da Comissão sobre a Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros (a propósito da aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado EU [actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE] e do Reg. da Comissão n.º 1/2003) que prevê expressamente que sendo solicitadas pelo Tribunal à Comissão informações ou documentos por esta qualificados como confidenciais, a Comissão só os envia se o Tribunal em questão garantir expressamente a protecção da confidencialidade (cfr. § 25, 49 da decisão judicial em análise).*

78 Essa mesma posição é defendida por Ortiz Blanco, 2006: 31-32, segundo o qual *"it is legitimate for an undertaking to request confidential treatment of its business secrets to prevent substantial damage to its commercial interests. [...] undertakings have a right to the protection of their business secrets. However, the right must be balanced against safeguarding the rights of the defence. This cannot therefore justify the Commission's refusal to make disclosure to an undertaking, even in the form of non-confidential versions or by sending a list of documents gathered by the Commission, of evidence in the case file which it might use in its defence. The Commission could protect these secrets by deleting the sensitive passages from the copies of the documents in accordance with DG COMP's general practice in this area, by either sending copies of these documents right away or by granting access of these documents with the business secrets deleted".*

art. 118.º) é forçoso concluir que tal falta de fundamentação equivale a uma mera irregularidade (neste sentido Ac. RL de 26/09/2006, Proc. 6008/2006.5)”⁷⁹.

Já quanto à situação de terem sido violados os direitos de defesa da empresa arguida, como no caso de a acusação, ou parte desta, se fundar em elementos confidenciais não comunicados à arguida e em relação aos quais, como tal, esta não pôde pronunciar-se, esta sentença do TCL clarifica que estamos, aqui, perante uma nulidade insanável, nos termos do artigo 119.º, alínea c) do CPP, equiparando a impossibilidade de acesso da arguida aos elementos confidenciais à ausência de arguido nos casos em que a lei exigir a respectiva comparência.⁸⁰⁻⁸¹

No seguimento da explanação ora aduzida, cumpre-nos referir que, em nosso entender, quando, em determinado processo contra-ordenacional da concorrência, surja um conflito entre os direitos de defesa do arguido e o interesse legítimo de terceiros na salvaguarda da não divulgação dos respectivos segredos de negócio, há que agir com enorme prudência, pois estão em confronto valores cuja não preservação pode trazer consequências gravosas a diversos níveis, como veremos seguidamente.

Por força do regime jurídico aplicável aos processos contra-ordenacionais, *maxime*, pela imposição constitucional plasmada no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, os direitos de defesa do arguido não poderão ser violados ou comprometidos, seja por via do não acesso a elementos que suportam a acusação, seja por via do não acesso a elementos adequados à sua defesa.

Contudo, não podemos ignorar que o descerramento dos segredos de negócio das empresas envolvidas pode implicar prejuízos bastante gravosos tanto para estas, como para a própria concorrência.

Como sabemos, uma das incumbências prioritárias do Estado português, no domínio económico-social, é a orientação do desenvolvimento económico, assegurando um funcionamento eficiente dos mercados de modo a garantir uma concorrência equilibrada entre as empresas (alínea f) do artigo 81.º da

⁷⁹ Vide 51 e 52 da decisão do TCL.

⁸⁰ Vide 72 e 73 do aresto em referência.

⁸¹ Sobre a analogia traçada pelo TCL respeitante à qualificação do vício em causa como nulidade insanável pronuncia-se Mendes Pereira, 2009: 255, no sentido de esta não chocar nem se afigurar “*destituída de sentido*”, mas parecer, contudo, “*ser dificilmente compaginável com a posição adoptada pelo STJ no Assento n.º 1/2003, aresto cujo objecto consiste exactamente na fixação de jurisprudência quanto à qualificação do vício resultante da violação do art. 50.º do RGCO que consagra os direitos de defesa em processo contra-ordenacional*” e que “[...] decidiu no sentido de tal vício é o da nulidade sanável e dependente de arguição [...]”.

CRP), missão da qual, hodiernamente, a AdC está encarregue. Assumindo, também aqui, particular relevo a consagração constitucional da liberdade de iniciativa económica privada (n.º 1 do artigo 61.º da CRP), assim como o direito de propriedade privada (artigo 62.º da CRP), os quais constituem direitos fundamentais, embora passíveis de sofrer restrições⁸². É que nos sistemas de economia de mercado, a actividade económica encontra-se, sobretudo, dependente da capacidade de cada indivíduo para organizar a produção e a distribuição de bens e/ou serviços, pelo que a propriedade, a iniciativa privada e a livre concorrência são três princípios básicos para o funcionamento da economia⁸³.

Estão aqui em causa princípios fundamentais da denominada Constituição Económica portuguesa que, tal como esclarece Cabral Moncada (2007: 140 e ss.), tipifica *“uma série de direitos fundamentais, nomeadamente a propriedade e a iniciativa, que têm relação directa com a actividade económica e que legitimam os titulares respectivos a exercitar as faculdades que lhes correspondem. Indicam-nos que a actividade económica é em larga medida auto-regulada e imune à acção dos poderes públicos”*⁸⁴.

A salvaguarda da não divulgação dos segredos de negócio das empresas, designadamente das concorrentes de empresas arguidas, é indispensável para que a AdC cumpra as suas atribuições e, conseqüentemente para que o Estado cumpra as suas incumbências prioritárias⁸⁵. *“Desde logo, porque a concorrência efectiva assenta largamente na preservação desses segredos. A sua protecção é incentivadora de um nível de incerteza indispensável ao bom funcionamento dos mercados. Por outro lado, a capacidade de investigação da Autoridade da Concorrência*

82 Refira-se que, no âmbito do ordenamento jurídico comunitário, a livre iniciativa económica deriva, desde logo, do princípio plasmado no actual artigo 119.º do TFUE.

83 Assim, Santos, Gonçalves & Marques, 2006: 42 e ss., que salientam, ainda, que *“o exercício da iniciativa económica faz-se no mercado e através do mercado e pressupõe condições de concorrência potencial e efectiva”*.

84 Sobre a matéria relativa à denominada Constituição económica, vide, também, Menezes Cordeiro, 1994: 137 e ss; e Paz Ferreira, 2002: 67 e ss. Sempre com as devidas ressalvas quanto às respectivas restrições a estes direitos.

85 Como esclarece Miranda, 1993: 340 e ss; e Miranda, 2006: 173-184, estão aqui em causa tanto direitos fundamentais, especificamente, direitos, liberdades e garantias (ou direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da CRP), embora imbricados com os direitos económicos, sociais e culturais com que sistematicamente surgem conexos, como garantias institucionais. Com algumas cambiantes, Gomes Canotilho & Moreira, 199: 163 e ss.

*depende bastante da cooperação prestada pelas empresas e pela confiança com que lhe transmitem as informações que lhe são solicitadas*⁸⁶.

2.4. A conciliação possível?

Perante os *supra* referidos elementos em confronto, consideramos que, primeiramente, seria essencial delimitar os contornos e a definição do que deve ser entendido como segredos de negócio para efeitos de direito da concorrência. Destarte, parece-nos pertinente que a LdC possa sofrer uma alteração nesse sentido, designadamente através da introdução de uma norma na qual os segredos de negócio fossem definidos, considerando a prática decisória da Comissão Europeia, das jurisprudências comunitária e nacional, entre outros elementos normativos que trouxemos, nesta sede, à colação. Efectivamente, seria, a nosso ver, adequado que tal norma tivesse um carácter não taxativo, na qual fossem, então, consideradas as situações de informações técnicas e/ou financeiras, métodos de cálculo de custos, quantidades produzidas e vendidas, segredos e processos de produção, estratégias comerciais, entre outras, que revistam valor económico⁸⁷. Devendo, ainda, ficar claramente plasmados na legislação os procedimentos já construídos, designadamente pela jurisprudência do TCL, quanto à concessão e à identificação das confidencialidades, nos termos acima identificados.

Uma vez reputados como confidenciais os documentos das empresas que contenham segredos de negócio, por solicitação das mesmas, e se existir uma situação de confronto entre a preservação desta confidencialidade e a necessidade de respeitar os direitos de defesa de uma empresa arguida, a AdC terá de fazer, conforme ficou exposto *supra*, uma minuciosa ponderação no sentido de melhor acautelar os interesses em jogo, conciliando-os.

Esta ponderação acarreta, como resulta em face desta exposição, grandes dificuldades. Parece-nos indubitável que, em circunstância alguma – por força dos princípios e dos valores constitucionalmente consagrados inerentes a um Estado de Direito democrático e à matéria em foco –, os direitos de defesa do arguido poderão resultar feridos ou violados. Por conseguinte, em caso de confronto, e na senda da jurisprudência do TCL sobre esta matéria, em abs-

86 *Vide* Ruiz, 2007: 133.

87 Atente-se, a título exemplificativo, à redacção do artigo 44.º da LdC, o qual se reporta aos critérios de determinação da medida da coima, tendo um carácter meramente exemplificativo. Entendemos que, também neste caso, se denota adequado um catálogo aberto.

tracto deveriam ser os interesses de terceiros em salvaguardar os segredos de negócio a ceder, situação que, em determinados casos, pode até não acarretar prejuízos de maior para a própria empresa em causa, dependendo, desde logo, do segredo específico a ser divulgado⁸⁸.

Todavia, esta solução poderá, em si mesma, fazer perigar os próprios fins que a AdC visa atingir e a missão que esta entidade está incumbida de prosseguir e, em última instância, o próprio Estado de Direito: a divulgação dos segredos de negócio das empresas pode prejudicar gravemente a concorrência efectiva e o bom funcionamento dos mercados⁸⁹. Podendo implicar, ainda e por outro lado, uma violação dos direitos fundamentais previstos nos artigos 61.º, n.º 1, e 62.º da CRP.

Um eventual desfecho para a situação explanada – que, neste caso, evitaria este duplo prejuízo, preservando os direitos de defesa do arguido – poderia passar, tal como vimos anteriormente, por deixar cair a investigação em causa, o próprio processo contra-ordencional *antitrust* no qual se apresenta o confronto. Esta situação colocar-se-ia, por hipótese, no caso de a acusação se fundar, apenas, em elementos que contivessem segredos de negócio, não sendo possível, em sede de investigação, encontrar qualquer outro meio de prova que sustentasse essa acusação. Ora, neste caso a solução acabaria, também ela, por lesar as próprias actividades levadas a cabo pela AdC. Mais, seria uma solução que frustraria toda uma investigação já desenvolvida pela instituição e que impediria que esta pudesse aplicar uma punição pelas práticas restritivas da concorrência, implicando um claro prejuízo para este bem público, até numa vertente de prevenção geral⁹⁰.

Parece-nos que nestes casos de confronto nos encontramos perante situações em que as respectivas soluções, a serem dadas *ad hoc*, devem pautar-se pela demanda de um desfecho que implique o menor dano possível para

88 Em nossa opinião, até o próprio poder de mercado da empresa em causa importa, nestes casos. Uma empresa com uma quota de mercado considerável, por exemplo, poderá sofrer danos de menor monta, à partida, em face destas circunstâncias.

89 Não podemos esquecer-nos que a prática restritiva da concorrência sancionada pelo artigo 4.º da LdC e pelo artigo 101.º do TFUE, *maxime* os acordos entre empresas ou cartéis, parte, desde logo, da troca de informações internas entre empresas distintas.

90 Salienta-se que esta situação poderá ter, também, uma consequência bastante nefasta no caso de a prática anticoncorrencial em causa estar, ainda, a ser executada pela arguida, caso em que deixaria de poder aplicar-se a disposição contida na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 28.º da LdC que permite à AdC “[...] ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe for fixado”.

qualquer um dos interesses em jogo. Desta forma, em consonância com a mencionada proposta de alteração à legislação aplicável à matéria sancionatória da concorrência, somos a considerar que deve ser procurada uma solução que privilegie a previsibilidade e a segurança jurídicas. Assim sendo, por que não colocar esta questão à sindicância do Tribunal competente para apreciar esta matéria em momento anterior à própria decisão administrativa final dos processos *antitrust*?

Isto é, no momento em que a AdC emitisse a respectiva nota de ilicitude (ocasião em que estariam já sedimentados os elementos a considerar para a acusação e para a defesa de uma empresa arguida constantes do processo e as respectivas confidencialidades documentais) e desse conhecimento da mesma à empresa arguida (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 25.º da LdC), esta teria um prazo para poder recorrer judicialmente das confidencialidades constantes do processo. Esta etapa processual, a qual poderia ser considerada como uma espécie de questão prejudicial a decidir pelo Tribunal, deveria ter carácter de urgência, produzir efeito suspensivo e subir em separado (garantindo que o Juiz que escrutinasse este recurso não pudesse vir a julgar o eventual recurso de impugnação de decisão condenatória final da AdC, o que releva, desde logo, no caso de serem afastados elementos acusatórios do processo, os quais poderiam vir a influenciar, de alguma forma, o desfecho do processo em Tribunal, até ao nível da medida concreta da coima a aplicar). Devendo, ainda, esta decisão do Tribunal formar caso julgado material, permitindo uma cristalização do objecto do processo (em cumprimento do princípio da identidade do mesmo) nesta matéria a partir do momento em que tal decisão fosse proferida. Quando o Tribunal recebesse este recurso deveria notificar as terceiras empresas envolvidas – logo interessadas – para que estas se pronunciassem, tal como a AdC (em termos equiparados aos do regime processual previsto no n.º 1 do artigo 51.º da LdC). Caso o Tribunal entendesse, em determinada situação e por ponderação dos interesses em confronto, não divulgar os segredos de negócio de terceiros e, em homenagem aos direitos de defesa do arguido, não permitisse que esses elementos constassem da acusação, deveriam os mesmos ser desentranhados do processo. Nestes casos, havendo lugar a uma qualquer alteração relativamente aos elementos em causa, na sua classificação como confidenciais, ou outra, a AdC deveria agir em conformidade, alterando os autos processuais e a própria acusação e dando novo prazo de defesa ao arguido (n.º 1 do artigo 26.º da LdC).

À primeira vista, a proposta elencada denota, de imediato, ter uma vertente menos aliciante, pois poderia contribuir para uma maior morosidade destes processos. No entanto, este ponto poderia ser combatido com o carácter de urgência desta etapa processual, sendo que o tempo que acresceria ao processo por esta via poderia bem ser compensado *a posteriori* no caso de, através deste expediente, poder vir a evitar-se, pelo menos parcialmente, a frustração de uma investigação da AdC (a qual poderá ter levado vários anos a desenvolver e ter implicado custos avultados por parte desta), como sucedeu no caso Nestlé⁹¹.

Para mais, e como já salientámos, esta possibilidade favoreceria a segurança jurídica. O arguido veria a situação das confidencialidades definida, já tendo passado pelo crivo do Tribunal e em consonância com o respeito pelos seus direitos de defesa, conhecendo especificamente os elementos a que poderia ter acesso; e a AdC poderia tomar uma decisão final com base em pressupostos, a este nível, já sedimentados, fundamentando a sua posição com uma certeza fundada nos mesmos. Mais se destaca que, na perspectiva da AdC, esta segurança é reforçada no sentido de obviar a que possam vir a ser levantadas eventuais questões de responsabilidade civil (e, neste caso específico, também criminal, pela já abordada situação de uma hipotética violação do dever de sigilo⁹²), por parte das empresas envolvidas. Por força do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, as regras respeitantes aos direitos fundamentais impõem-se directamente à AdC, ela própria parte integrante do Estado. Além disso, também os direitos de personalidade, enquanto posições jurídico-subjectivas eficazes *erga omnes*, lhe são oponíveis. Por conseguinte, a violação destes direitos implica a possibilidade de requerer medidas adequadas para fazer cessar a mesma ou prevenir novas violações e permite desencadear acções de responsabilidade civil por danos patrimoniais e por danos morais⁹³.

91 Essa eventual perda ou deterioração da investigação da AdC, pelo menos no que à decisão final do processo *antitrust* se refere, não seria evitável, à partida, mesmo com a verificação de um momento de saneamento ou de análise a questões prévias ou incidentais, pois estas ocorrem já em momento posterior, em sede de recurso.

92 Como resulta do teor da presente exposição, os titulares dos órgãos e o pessoal da AdC têm o dever de sigilo profissional, podendo, ainda, em caso de violação deste sigilo no âmbito dos processos contra-ordenacionais em curso, incorrer num crime de violação de segredo de justiça.

93 Neste sentido, Menezes Cordeiro, 2005b: 156-157, a propósito dos poderes de inquérito e de inspecção da AdC, aplicável, *mutatis mutandis, in casu*. Sublinha o Autor que “[...] a reacção natural do ordenamento perante a violação de direitos subjectivos consiste, primeiramente, em fazer cessar o ilícito. [...] Além disso, temos a responsabilidade civil nas suas múltiplas dimensões: reparadora, compensatória e preventiva. A Autoridade da Concorrência responde pelos danos que provoque, nos patrimónios e na imagem das empresas,

Como tal, consideramos que, neste domínio específico (tal como em outros que não relevam para os efeitos do presente trabalho), urge rever o regime jurídico aplicável aos processos contra-ordenacionais da concorrência, no sentido de tornar as normas que lhes são aplicáveis menos lacónicas e, conseqüentemente, acautelar a sucessiva e sempre inconveniente aplicação de diversos regimes subsidiários, sempre sem olvidar que estamos diante de matérias sancionatórias que implicam um especial dever de cuidado e de respeito para com os princípios gerais consagrados no respectivo ordenamento jurídico e para com os direitos fundamentais dos agentes envolvidos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que a presente exposição permitiu explicar a complexidade e as dificuldades que, recorrentemente, se colocam no âmbito da matéria ora em foco, as quais decorrem, desde logo, do próprio regime jurídico aplicável à matéria das contra-ordenações da concorrência.

Os entraves que, muitas vezes, se colocam neste domínio podem gerar prejuízos avultados para os diversos interesses aqui abrangidos. Começando pelo próprio bem público que é a concorrência – constitucionalmente consagrado – e terminando nos interesses dos particulares envolvidos.

Procurámos, desta forma, com a nossa explanação, aproximarmo-nos de um trilho que pudesse levar a uma hipotética conciliação dos diversos valores aqui englobados, numa perspectiva que visou causar a menor lesão possível para os mesmos e o respeito por todos eles, embora com uma necessária e inevitável gradação dos diferentes interesses em confronto e numa perspectiva que visou lograr uma maior segurança e uma maior previsibilidade jurídicas no âmbito da temática analisada, sempre com as mais elementares regras de um Estado de Direito democrático como pano de fundo, as quais adquirem especial relevo neste campo dos procedimentos sancionatórias.

nos termos gerais. E os próprios titulares dos órgãos da Autoridade, visto o art. 35.º/1, dos seus estatutos, podem responder civilmente por esses mesmos danos. (...) Devemos, ainda, ponderar que os danos causados com desrespeito pelos direitos fundamentais das empresas podem surgir como atentados aos patrimónios dos próprios sócios. (...) Tudo isto gera deveres de cuidado, que reforçam os direitos fundamentais envolvidos. À Autoridade da Concorrência, pela especial confiança nela depositada pelo Ordenamento, haverá que exigir um cuidado e uma ponderação acrescidos. Quando isso não suceda, a primeira e mais natural solução é a da responsabilidade civil. Todos os danos causados, à sociedade ou aos accionistas, deverão ser ressarcidos. A própria defesa da concorrência o exige.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

2010 “Dossier Temático I – O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 1, pp. 119-265.

ALBUQUERQUE, Alexandre de & ALBUQUERQUE, Pedro de

2004 “O Controlo Contencioso da Actividade das Entidades de Regulação Económica”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 249-285.

AMMANNATI, Laura

1998 *La Concorrenza in Europa – Sistemi organizzativi e Autorità di Garanzia*, Padova: CEDAM.

BASEDOW, Jürgen,

2004 “Competition Policy in a Globalized Economy: from Extraterritorial Application to Harmonization”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 321-338.

BELEZA, Teresa

1998 *Direito Penal*, Vol. I, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL.

BLANCO DE MORAIS, Carlos

2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, pp. 101-154.

BÖGE, Ulf

2007 “Competition and Regulation”, in *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Kluwer Law International, pp. 345-350.

BOLINA, Helena

2009 “O Regime dos Processos de Contra-Ordenação dos Reguladores Independentes”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

BOULOC, Bernard

1982 “Les Droits de la Défense Dans la Procédure Pénale Applicable en Matière de Concurrence”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Nouvelle Série n.º 3, Janvier-Mars, pp. 513-541.

CABRAL MONCADA, Luís

2007 *Direito Económico*, 5.ª ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora.

CAPITÃO FERREIRA, Marco

2004 *A Regulação Económica como Instrumento de (Des)Intervenção do Estado na Economia*, policopiado, Lisboa: FDUL.

CARDOSO, José Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

CASTRO MENDES, João de

1994 *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa: PF.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel

1992 *Lições de Direito Penal*, 4.^a ed., Lisboa: Verbo.

CONDESSO, Fernando

1995 *Direito à Informação Administrativa*, Lisboa: PF.

CORREIA, Eduardo

2007 *Direito Criminal*, Vol. I, reimp. (1963), Coimbra: Almedina.

1998 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 3-18.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-108.

COSTA PINTO, Frederico da

2009 “As Codificações Sectoriais e o Papel das Contra-Ordenações na Organização do Direito Penal Secundário”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 681-692.

1998a *Direito Processual Penal*, (policopiado), Lisboa: AAFDL.

1998b “O Ilícito de Mera Ordenação Social e a Erosão do Princípio da Subsidiariedade da Intervenção Penal”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-276.

COSTA E SILVA, Paula

2006 “As Autoridades Independentes. Alguns Aspectos da Regulação Económica numa Perspectiva Jurídica”, in *O Direito*, n.º 138, III, Coimbra: Almedina, pp. 541-569.

DANTAS, A. Leones

2007 “Procedimentos de Natureza Sancionatória no Direito da Concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 99-110.

DUE, Ole

1989 “Le Respect des Droits de la Défense Dans le Droit Administratif Communautaire”, in *Cahiers de Droit Europeen*, n.º. 4-5, Ano 23, pp. 383-396.

FARIA COSTA, José de

1998 “A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um Exemplo: a Distinção entre o Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 109-145.

FERRÃO, Marisa Caetano

2007 “As Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação Económica e a Dualidade de Jurisdições – Breves Notas”, in *O Direito*, n.º 139, III, pp. 601-637.

FERRO, Miguel Sousa

2007 “A Obrigatoriedade de Aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas Autoridades Nacionais”, in *Revista FDUL*, Vol. XLVIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271-352.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004a *Direito Penal I. Parte Geral. Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora.

2004b *Direito Processual Penal*, reimp. da 1.^a ed. de 1974, Coimbra: Coimbra Editora.

1998a O Movimento de Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 19-34.

1998b “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 35-74.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 “Limites do Direito de Defesa – O Direito de Defesa em Processo Penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, n.º 1, Abril, pp. 273-292.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo

2001 “Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 615-653.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

1997 *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 9.^a ed., Lisboa: AAFDL.

GERBER, David

1998 *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim

2007 *CRP Anotada*, vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim & MOREIRA, VITAL

1991 *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, José Renato

2002 *Acesso à Informação das Entidades Públicas*, Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, Pedro

2000 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 535-537.

GREAVES, Rosa

2007 “The Impact of Regulation 1/2003 Within the EU”, in *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, pp. 31-40.

GUERRA, António Castro

1997 *Política de Concorrência em Portugal*, Lisboa: GEPE.

KIRCHNER, Christian

2004 “Competition Policy vs. Regulation: Administration vs. Judiciary”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 306-320.

KORAH, Valentine

2007 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9.^a ed., Oxford: Hart Publishing.

LOPES RODRIGUES, Eduardo

2008a “Política de Concorrência Focada na Competitividade e na Confiança dos Cidadãos – Parte I”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 114 – Janeiro/Março, Lisboa, pp. 15-45.

2008b “Política de Concorrência Focada na Competitividade e na Confiança dos Cidadãos – Parte II”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 114, Abril/Junho, pp. 85-117.

2005 *O Essencial da Política de Concorrência*, Oeiras: INA.

LUMBRALES, Nuno

2006 *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: UCP Editora.

- MAÇÃS, Maria Fernanda
 2006 “O Controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.
- MAÇÃS, Maria Fernanda, CATARINO, Luís Guilherme & COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da
 2004 “O Contencioso das Decisões das Entidades Reguladoras do Sector Económico-Financeiro”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 319-444.
- MARQUES DA SILVA, Germano
 2001 *Direito Penal Português I. Parte Geral. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª ed., Lisboa: Verbo.
 2000 *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 4.ª ed., Lisboa: Verbo.
 1999 “O Direito de Defesa em Processo Penal (Parecer)”, in *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, pp. 281-295.
 1988 “Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça*, Vol. III, pp. 163-177.
- MARTIN, Stephen
 2004 “Globalization and the Natural Limits of Competition”, in *The International Handbook of Competition*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- MATEUS, Abel
 2007 “Economia e Direito da Concorrência e Regulação”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 11-26.
 2006 “Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 6, pp. 1067-1099.
- MENDES PEREIRA, Miguel
 2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, António
 2005a “Concorrência e Direitos e Liberdades Fundamentais na União Europeia”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 10-28.
 2005b “Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas: da Responsabilização da Autoridade da Concorrência por Danos Ocasionados em Actuações de Inspecção”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 121-157.
 1994 *Direito da Economia*, vol. I, 3.ª reimp., Lisboa: AAFDL.
- MIRANDA, Jorge
 2006 “Iniciativa Económica”, in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, 2006, pp. 173-184.

- 1993 *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 2.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 340 e ss.
- 1988 “O Direito de Informação dos Administrados”, in *O Direito*, ano 120, pp. 457-462.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2005 *CRP Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- MORAIS, Luís
- 2009 *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infrações de Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 99 e ss.
- MOREIRA, Vital
- 1997 *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.
- MOTTA, Massimo
- 2004 *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MOURA E SILVA, Miguel
- 2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- MOUTINHO, José Lobo
- 2008 *Direito das Contra-ordenações – Ensinar e Investigar*, Lisboa: UCP Editora.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARAN, Mercedes
- 2007 *Derecho Penal – Parte General*, 7.^a ed., Valência: Tirant lo blanch Libros.
- NEUMANN, Manfred
- 2002 *Competition Policy*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- OLIVEIRA, António Mendes de & CABRAL, José dos Santos
- 2004 *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.
- ORTIZ BLANCO, Luis
- 2006 *European Community Competition Procedure*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.
- PAIS ANTUNES, Luís Miguel
- 1995 *Direito da Concorrência – os Poderes de Investigação da Comissão Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 1995.
- PALMA, Maria Fernanda & OTERO, Paulo
- 1997 “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Revista da FDUL*, Vol. XXXVII, n.º 2, pp. 557-591.
- PAZ FERREIRA, Eduardo
- 2002 *Lições de Direito da Economia*, reimpressão, Lisboa: AAFDL.

PEDROSA MACHADO, Miguel

1998 “Elementos para o Estudo da Legislação Portuguesa sobre Contra-Ordenações”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145-209.

PEREIRA, António Beça

2005 *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas Anotado*, 6.^a edição, Coimbra: Almedina.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2007 *Comentário do CPP à Luz da CRP e da CEDH*, Lisboa: UCP Editora.

PLIAKOS, Asteris

1994 *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*, tradução de Maria José Borrego e Maria Rosa de Figueiredo (da versão em francês *Les Droits de la Défense et le Droit Communautaire de la Concurrence*, Bruylant Bruxelles, Bruxelas, 1987), Lisboa: Dom Quixote.

REIS SILVA, Maria de Fátima

2007 “O Direito à não auto-incriminação”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 59-74.

ROXIN, Claus

1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, tradução da 2.^a ed. alemã (Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage. Beck, München, 1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo & Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

RUIZ, Nuno

2007 “Comentário à Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no Proc. 766/06.4TYLSB Nestlé”, in *Sub Judice*, n.º 40, Julho-Setembro, pp. 125-133.

SAINT-ESTEBEN, Robert

1994 “Les Droits de la Défense Dans L’application aux Entreprises du Droit Communautaire de la Concurrence”, in *Revue des Affaires Européennes*, n.º 4, Paris: LGDJ, pp. 49-65.

SALDANHA SANCHES, José Luís

2000 “A Regulação: História Breve de Um Conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60, pp. 5-22.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2006 *Direito Económico*, 5.^a ed. revista e actualizada, Coimbra: Almedina.

SEVERINO, Norberto

2006 “O processo na Lei da Concorrência”, in *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 125-151.

SOARES, António Goucha

2006 “A Aplicação Descentralizada das Normas Comunitárias da Concorrência – o Sistema de Competências Paralelas Estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003”, in *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 175-202.

SOBRAL, Maria do Rosário Rebordão & FERREIRA, João Eduardo Pinto

1985 *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência – História e Conceitos Base da Legislação de Defesa da Concorrência*, Porto: Porto Editora.

SOUSA FRANCO, António

1998 “Concorrência”, in *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, Vol. V, p. 1240.

SOUSA MENDES, Paulo de

2009 “O Procedimento Sancionatório Especial por Infracções às Regras de Concorrência”, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 705-720.

TRAYTER JIMENEZ, Juan Manuel

1988 *La Defensa de las Empresas Frente a las Sanciones de la Administración Europea*, Barcelona: Bosch.

VASCONCELOS, Jorge

2000 “O Estado Regulador: Principais Características e Perspectivas de Evolução”, in *A Regulação em Portugal*, Conferências da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Lisboa: ERSE; pp. 162-171.

VEIGA, Alexandre Brandão da

2007 *Acesso à Informação da Administração Pública pelos Particulares*, Coimbra: Almedina.

VELOSO, José António

2005 “Aspectos Inovadores do Projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 29-106.

VILAÇA, José Luís da Cruz

1999 “A Protecção dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Comunitária”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 415-433.

WILS, Wouter

2008 *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Portland: Hart Publishing.

WISH, Richard

2005 *Competition Law*, 5.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

XAVIER, Alberto

1970 “Subsídios para uma Lei de Defesa da Concorrência”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 138, pp. 87-182.

DOSSIER TEMÁTICO I

Restrições verticais

THE LATEST REFORM OF EU COMPETITION LAW ON VERTICAL RESTRAINTS

Miguel Gorjão-Henriques¹ / Miguel Sousa Ferro²

ABSTRACT: This paper looks at the changes brought to EU Competition Law, in what concerns vertical restraints on competition, by Commission Regulation (EU) 330/2010 and Commission Regulation (EU) 461/2010. It sets this reform against its historical background and discusses some of the main outstanding legal issues.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Background. 3. Latest reform. 3.1. General block exemption for vertical agreements. 3.2. Block exemption for vertical agreements in the motor vehicle sector. 4. Conclusion.

1. INTRODUCTION

When one considers agreements or concerted practices with the object or effect of restricting competition, prohibited by Article 101 (1), of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”³), one immediately tends to think of relations between competitors – generally, two or more undertakings active in the same market acting in such a way as to concertedly restrict competition on that market.

1 Partner at Sêrvulo & Associados. Assistant Professor at the University of Coimbra Law School. E-mail: mgh@servulo.com.

2 External Counsel at Sêrvulo & Associados. Doctoral candidate at the University of Lisbon Law School. E-mail: msf@servulo.com.

3 Former articles 85 EEC/EC and 81 EC. Generally speaking, references to institutions and Treaty rules will be made using the Treaty of Lisbon wording. So, for instance, references will be made to article 101 TFEU (even when referring to case law under the former EEC or EC Treaty), to the General Court (even when addressing Court of First Instance decisions prior to December 1, 2009), or to the EU (even if, prior to December 1st, 2009, competition was a European Communities – EC, ESCC or EAEC - policy).

However, it has been made clear by the European Court of Justice (ECJ), since the mid 1960s, that EU⁴ Competition Law applies to agreements or concerted practices between undertakings operating at different levels of the economic process, i.e. at different stages of the production or distribution chain (e.g. between a manufacturer and its retail or wholesale distributors, or between a supplier of raw material and a manufacturer of products based on that raw material).

It is important to keep in mind that a functional approach has been retained, allowing for two undertakings to be simultaneously competitors (horizontal agreements) and non-competitors (vertical agreements), depending on the market and circumstances in question. This has been made clear in EU Law's definition of "vertical agreement": "an agreement or concerted practice entered into between two or more undertakings each of which operates, *for the purposes of the agreement or the concerted practice*, at a different level of the production or distribution chain, and relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services"⁵ (emphasis added).

Vertical restraints of competition have been, from the outset, a particularly sensitive area of EU Competition Law. To this day, it remains a widely disputed subject whether public control over vertical restraints of competition is necessary or justified, especially since the Chicago School gained influence⁶.

It should be clear that EU competition law provisions on vertical restraints usually refer to vertical agreements (or concerted practices) between two undertakings, and so exclude from the relevant regime both vertical integration (business relations within the same undertaking, or single economic unit) and issues resulting from mergers of undertakings operating at different levels of the production or distribution chain (subject to merger control rules). These two types of issues are therefore also excluded from our analysis.

4 At the time, EEC Competition Law, of course.

5 Commission Regulation (EU) 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (OJ L 102/1, 23/04/2010), article 1(1)(a).

6 The same may be said, in our view, regarding the traditional assessment of intrabrand restrictions on competition, also under a particular focus of scepticism by economists. Regarding the Sherman Act evolution and the Chicago School, see, in Portuguese and *inter alia*, Gorjão-Henriques, 1998: 73-94; Nogueira Serens, 2007: 414-434; Moura e Silva, 2008: 266-278.

Additionally, the present paper will focus exclusively on the EU Competition Law reform of vertical restraints. It should be noted, however, that the EU reform in question is also relevant whenever Portuguese Competition Law is being exclusively applied to agreements or concerted practices whose effects are felt in Portugal. This is so because, under article 5 (3) of Law 18/2003, of 11 June (“Portuguese Competition Act”), “[p]ractices prohibited by Article 4 [equivalent to article 101 (1) (2) TFEU] are considered justified when, though not affecting trade between Member States, they satisfy the remaining application requirements of a Community regulation adopted under Article 81(3) of the Treaty establishing the European Community [now, 101(3) TFEU]”. In other words, EU block exemptions for vertical agreements are also applicable to agreements whose effects are felt in Portugal, but which do not affect trade between Member States and are, therefore, not subject to EU Competition Law⁷.

2. BACKGROUND

Article 101 TFEU makes no explicit reference to vertical or horizontal agreements. It simply prohibits “all” agreements and concerted practices “which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market”. Very early on, however, the European Court of Justice, backing the interpretation put forward by the European Commission, clarified that article 85 EEC (now article 101

⁷ Other Member States also try to introduce, even indirectly, the block exemption regulations. For instance, in Spain, through article 1(4) of Ley 15/2007, the legislator has declared that the national prohibition of restrictive agreements is inapplicable to agreements, etc., covered by EU block exemption regulations, even if there is no effect on trade – see, the annotations to article 1 of the New Spanish Competition Act by Begoña Barrantes (pp. 12, 37-39) and Carlos Végez (pp. 75-115), in Odriozola and Irissarry, 2008. In Germany, article 2 (2) of the Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Act against Restraints of Competition, GWB) in the version of 15 July 2005 (Bundesgesetzblatt I 2005, p. 2114), last amended by Article 8 of the Act of 17 March 2009 (BGBl. I 251, p. 550), states that “Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Kommission der Europäischen Gemeinschaft über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. *Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zu beeinträchtigen*” (emphasis added). In Italy, article 1(1) of Legge 287/1990 stated that “Le disposizioni della presente legge in attuazione dell’articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, (...) di imprese che non ricadono nell’ambito di applicazione degli articoli (...) 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata”, thus consecrating a sort of “single barrier”. This provision remains in force. In the UK, finally, the same option was made under article 10 of the Competition Act 1998.

TFEU) applies both to horizontal and vertical agreements, in the famous *obiter dictum*: “Neither the wording of article 85 [101] nor that of article 86 [102] gives any ground for holding that distinct areas of application are to be assigned to each of the two articles according to the level in the economy at which the contracting parties operate. Article 85 [101] refers in a general way to all agreements which distort competition within the common market and does not lay down any distinction between those agreements based on whether they are made between competitors operating at the same level in the economic process or between non-competing persons operating at different levels. In principle, no distinction can be made where the treaty does not make any distinction”⁸. And in the *Italy vs. Council and Commission* case, the ECJ clarified that “for the competition mentioned in article [101 (1) TFEU] means not only any possible competition between the parties to the agreement, but also any possible competition between one of them and third parties. This must all the more be the case since the parties to such an agreement could attempt, by preventing or limiting the competition of third parties in the product, to set up or preserve to their gain an unjustified advantage detrimental to the consumer or user, contrary to the general objectives of article [101 TFEU]. Therefore even if it does not involve an abuse of a dominant position, an agreement between businesses operating at different levels may affect trade (...) and (...) thus fall under the prohibition in article” 101 TFEU.

Contrary to what might have been expected, given the economic theory on the limited competitive impact of vertical restraints, it turned out that, in the following years, vertical agreements were the main target of the European Commission’s enforcement of Competition Law. Together with the system of mandatory notification of restrictive agreements, introduced by EEC Regulation 17/62⁹, this led to a flood of notifications of vertical agreements to the European Commission (more than 30.000 in little over a year)¹⁰, many with

8 ECJ Judgment of 13 July 1966, *Consten and Grundig* (56 and 58/64), ECR (1966) 429 (p. 339 of English Special Edition of ECR) and *Italy vs. Council and Commission*, case 32/65. This was less than a month after it had taken a more ambiguous stand on the same issue – ECJ Judgment of 30 June 1966, *LTM v. MBU* (56/65), ECR (1966) 235. Regarding this evolution, see Gorjão-Henriques, 1998: 171-178, where a comparative analysis of the solutions in several OECD member States was given and this case-law was analysed.

9 EEC Council Regulation 17/62: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty (OJ 13/204, 21/02/1962).

10 See Gorjão-Henriques, 1998: 123; 36228, more exactly, according to Alexander: 1965: 324.

the exact same content. Furthermore, since article 101 (1) had direct effect¹¹, national authorities could invoke this provision and a lack of notification or authorisation by the European Commission to declare agreements null and void.

It was to tackle the practical difficulties raised by the system of mandatory notification that Regulation 19/65/EEC was adopted¹², authorizing the European Commission to adopt block exemptions for certain types of agreements and concerted practices, thereby eliminating the need for the notification of such agreements.

A succession of block exemptions, specifically aimed at vertical agreements, were adopted by the Commission, beginning with the exclusive dealing regulation in 1967¹³, replaced and extended (to exclusive purchasing and franchise agreements) by three Regulations in the 1980s¹⁴. This framework was completed in 1996 by a Regulation on technology transfer agreements¹⁵. These block exemptions, by themselves, were insufficient to lighten the administrative burden placed upon the European Commission by the mandatory notification system, and were thus complemented, with the assistance of the ECJ, by other mechanisms, such as the *de minimis* doctrine¹⁶; the notion of *workable competition*¹⁷; the European Commission's

11 Since case 13/61, *Sociedade Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd vs. Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, of 6th April 1962.

12 Council Regulation 19/65/EEC, of 2 March 1965, on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices (OJ 36/533, 06/03/1965), as amended by Council Regulation (EC) 1215/1999, of 10 June 1999, (OJ L 148/1, of 15/06/1999).

13 Regulation 67/67/EEC of the Commission, of 22 March 1967, on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of exclusive dealing agreements (OJ 57/849, 25/03/1967).

14 Commission Regulation (EEC) 1983/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements (OJ L 173/1, 30/06/1983); Commission Regulation (EEC) 1984/83 of 22 June 1983 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive purchasing agreements (OJ L 173/5, 30/06/1983); and Commission Regulation (EEC) 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements (OJ L 359/46, 28/12/1988).

15 Commission Regulation (EC) 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements (OJ L 31/2, 09/02/1996) (expired in 2004).

16 Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*) (OJ C 368/13, 22/12/2001).

17 At least since the ECJ decision of October 25, 1977 in *Metro I* – case 26/76 (ECR, 1977, 1875, § 20): as the ECJ stated, “the requirement contained in articles 3 [revoked by the Lisbon Treaty] and [101 TFEU] (...) that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that

discretionary margin in taking action, in accordance with the criterion of community interest; the issuance of guidelines (a strategy which continues to this day, as each of the two new Regulations of 2010 was accompanied by guidelines¹⁸), general dispensation of notification¹⁹; negative clearances²⁰; and so-called comfort letters²¹.

Following the Green Paper in 1996²², and its follow-up in 1998²³, a major reform was introduced in 1999. Although it still considered vertical restraints within vertical agreements as *per se* restrictive, “after much soul searching, the Commission (...) produced a single block exemption”²⁴, through Regulation (EC) 2790/1999²⁵, approving a generalized *a priori* justification under article 101 (3) TFEU. This was the first step in a succession of revisions of EU Competition Law that began with the issue of vertical restraints, precisely because it had become one the most often criticized aspects of EU competition policy²⁶. This reform was characterized primarily by a desire for a more effects-based approach and the recognition of the greater degree of competitive concern arising from restrictions to *interbrand* competition, as opposed

is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the Treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market. In accordance with this requirement the nature and intensiveness of competition may vary to an extent dictated by the products or services in question and the economic structure of the relevant market sectors” – for further developments, see Gorjão-Henriques, 1998: 46-61; for a synthesis, see Bellamy & Child, 2008: 154-156.

18 Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130/1, 19/05/2010); and Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles (OJ C138/16, of 28/05/2010).

19 Article 4(2) EEC Regulation 17/62.

20 Article 2 EEC Regulation 17/62.

21 On the legal force of such letters, see ECJ Judgment of 11 December 1980, *NV L'Oréal* (31/80), ECR (1980) 3775, para. 12.

22 Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy (COM/96/721 final), presented in January 22, 1997.

23 Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints - Follow-up to the Green Paper on vertical restraints (COM/98/0544 final, OJ C 365, 26.11.1998, p. 3).

24 Korah, 2000: 245.

25 Commission Regulation (EC) 2790/1999, of 22 December 1999, on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (OJ L 336/21, 29/12/1999).

26 For a contemporary view of the 1999 reform, see Boscheck, 2000.

to restrictions to *intra*brand competition²⁷. In this context, the European Commission generally recognized that vertical agreements tended to be beneficial to competition (as the ECJ conceded previously in *Pronuptia*²⁸), to the extent that they favoured *inter*brand competition and widened consumers' margin of choice. Historically, it was argued that the European Commission's initial focus on *intra*brand competition was motivated more by the objective of ensuring the integrity of the internal market (the so-called construction of a model of competition as an instrument rather than a condition to the European model²⁹), than by solid economic theory.

The Regulation also tackled the complexities raised by the fact that many undertakings resorted, simultaneously, to distribution systems with other undertakings (vertical agreements) and to own distribution mechanisms and direct sales (vertical integration), thereby competing with their own distributors or resellers. The block exemption introduced by Regulation (EC) 2790/1999 applied not only to vertical restraints relating to the distribution or sales of final products, but also to vertical restraints relating to intermediate products and services³⁰. This Regulation – as indeed its successor – covers many different options for the distribution and sale of goods and services, including exclusive or selective distribution and agency and franchising agreements. Regulation (EC) 2790/1999 expired on 31 May 2010 and was succeeded by Regulation (EU) 330/2010³¹. The innovations brought by this new Regulation will be analyzed in the following section.

In 1985, a separate block exemption was established for motor vehicle distribution and servicing agreements, essentially in reply to specific challenges and shortcomings identified in the single market, in what concerned trade in motor vehicles³². This Regulation was succeeded by Regulation (EC)

27 See Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130/1, 19/05/2010), § 119.

28 Regarding franchising agreements – Judgment of the ECJ of 26 January 1986, *Pronuptia* (161/84), ECR (1986) 353.

29 Bonassies, 1983: 56; see also Gorjão-Henriques, 1998: 126-127.

30 For a description of the vertical restraints regime under Regulation (EC) 2790/1999, see Bellamy & Child, 2008: 408-537; Pietro, 2008: 111-206.

31 Commission Regulation (EU) 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (OJ L 102/1, 23/04/2010).

32 Commission Regulation (EEC) 123/85 of 12 December 1984 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements (OJ L 15/16, 18/01/1985).

1475/1995³³ and by Regulation (EC) 1400/2002³⁴ that, although initially set to expire on June 1st, 2010, will see some of its provisions still in force until 31 May 2013³⁵, under article 2 of the new Regulation adopted in 2010, which intends to reduce the differentiated treatment of vertical agreements in the motor vehicle trade³⁶.

It should not be forgotten that block exemption Regulations do not establish definitive safe-harbours for undertakings. Indeed, the European Commission “may, acting on its own initiative or on a complaint, withdraw the benefit of such an exemption Regulation when it finds that in any particular case an agreement, decision or concerted practice to which the exemption Regulation applies has certain effects which are incompatible with Article [101 (3)] of the Treaty”³⁷. On this point, it should be noted that Regulation (EU) 330/2010 and Regulation (EU) 461/2010 both authorize the European Commission to adopt Regulations excluding from the protection of these block exemptions – and subject to specific more stringent rules³⁸ – vertical agreements including specific restrictions relating to markets “where parallel networks of similar vertical restraints cover more than 50% of a relevant market”³⁹. National competition authorities may also withdraw the benefit of block exemptions in individual cases, in respect to their respective national territory⁴⁰.

33 Commission Regulation (EC) 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements (OJ L 145/25, 29/06/1995).

34 Commission Regulation (EC) 1400/2002, of 31 July 2002, on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector (OJ L 203/30).

35 See articles 2 and 3 Regulation (EU) 461/2010. According to article 2, “[p]ursuant to Article 101 (3) of the Treaty, from 1 June 2010 until 31 May 2013, Article 101 (1) of the Treaty shall not apply to vertical agreements relating to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell new motor vehicles, which fulfil the requirements for an exemption under Regulation (EC) 1400/2002 that relate specifically to vertical agreements for the purchase, sale or resale of **new** motor vehicles”.

36 Commission Regulation (EU) 461/2010, of 27 May 2010, on the application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector (OJ L 129/52, 28/05/2010).

37 Article 29(1) of Council Regulation (EC) 1/2003, of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1/1, 04/01/2003).

38 §§23 and 24 Regulation (EU) 330/2010, for instance.

39 Article 6 Regulation (EU) 330/2010 and Article 6 of Regulation (EU) 461/2010.

40 Article 29 (2) Regulation (EC) 1/2003 and, for Portugal, article 5 (4) of the Portuguese Competition Act.

3. THE 2010 REFORM

3.1. General block exemption for vertical agreements

Like any block exemption, the general block exemption for vertical agreements defines a category of agreements which the European Commission regards as normally satisfying the conditions laid down in article 101 (3) of the TFEU, rendering article 101 (1), when called into play, inapplicable to that category of agreements. It should be kept in mind that the benefit of a block exemption presupposes the applicability of the interdiction contained in article 101 (1) of the TFEU, and that the *onus probandi* of the violation of that provision rests with the European Commission, while it is for undertakings to demonstrate that the conditions for the benefit of article 101 (3) of the TFEU, or for the benefit of the block exemption, are met.

Specifically⁴¹, Regulation (EU) 330/2010 (which is subsidiary in nature, applying only, in principle, when no other block exemption is applicable⁴²) exempts vertical agreements for the purchase, sale or resale of goods or services, entered into by:

- (i) Non-competing undertakings; or
- (ii) Competing undertakings, in cases of non-reciprocal vertical agreements between a manufacturer and a distributor of goods that compete only at the distribution level, or between a provider of services and a buyer which do not compete at the level of the services in question; or
- (iii) An association of undertakings and its members or suppliers, “if all its members are retailers of goods and if no individual member of the association, [in the sense of a single economic unit], has a total turnover exceeding EUR 50 million”;
and only, in all these cases, if a market share of 30% is not exceeded (on both the supplier’s and buyer’s sides).⁴³

41 The last reforming regulations were the ones substituting Regulation (EC) 2658/2000 and Regulation 2659/2000: Commission Regulation (EU) 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101 (3) TFEU to certain categories of research and development agreements; and Commission Regulation (EU) 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101 (3) TFEU to certain categories of specialisation agreements (both published in OC, L 335, of 18.12.2010, pp. 36-42 e 43-47). These most recent regulations, although with relevant provisions, are not assessed in this paper.

42 Article 2 (5) Regulation (EU) 330/2010.

43 Articles 1 to 3 Regulation (EU) 330/2010. In what concerns market shares and turnover, see the details (including provisions regarding transitions from below-threshold figures to over-threshold figures) provided

The exemption encompasses ancillary provisions within vertical agreements on the assignment or use of intellectual property rights (but not, therefore, agreements whose main scope is the assignment or use of such rights), as long as they do not have the same object as the hardcore restrictions excluded by this Regulation⁴⁴.

On the other hand, any vertical agreements meeting the requirements of the Regulation, but containing certain types of “hardcore restrictions”, are excluded from the scope of the block exemption. This is based on the idea that certain types of competitive restrictions are serious enough and always justify interdiction or at least be subject to individual assessment on the basis of article 101(3) of the TFEU, and thus the entire agreement may also be reviewed. The prohibited hardcore restrictions may be summarized as restrictions which, “directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their *object*” (emphasis added) the:

- (i) imposition on buyers⁴⁵ of a fixed or minimum sale price;
- (ii) restriction of the territory into which buyers may carry out sales, except:
 - a. Restrictions of active sales that do not limit sales by the customers of the buyer (reselling);
 - b. Restrictions of sales to end users by wholesalers;
 - c. Restrictions of sales by members of a selective distribution system to unauthorized distributors within a reserved territory; and
 - d. Restrictions of sales of components, supplied for incorporation, to customers would use them to manufacture competing products;
- (iii) Restriction of active or passive sales to end users by retailers in a selective distribution system;
- (iv) Restriction of cross-supplies between distributors in a selective distribution system; or

for in articles 7 and 8 Regulation (EU) 330/2010. The market share threshold is used as a means of excluding the applicability of the block exemption to undertakings which may hold a significant degree of market power. It is a choice subject to criticism, based on the well-known shortcomings of attempting to extrapolate market power exclusively from market share.

44 Article 2 (3) Regulation (EU) 330/2010.

45 For the purposes of this Regulation, the concept of “buyer” “includes an undertaking which, under an agreement falling within Article 101 (1) of the Treaty, sells goods or services on behalf of another undertaking” – article 1 (1) (h) Regulation (EU) 330/2010.

- (v) Restriction of sales of components, supplied for incorporation, as spare parts to end users, repairers or other service providers.⁴⁶

It should be noted that these hardcore restrictions are generally intimately associated to the objective of promoting the fulfilment of the internal market, combating the segmentation of territories and allowing consumers to look for the best prices and conditions in any Member State. In this sense, if the *object* of the agreement may be classified under any of the above mentioned categories, it is deemed contrary to the fulfilment of the internal market and, therefore, may be unwelcomed in the EU legal order.

Other restrictions were deemed less serious than “hardcore restrictions”, and therefore not justifying the exclusion of the block exemption for the entirety of the agreement containing them but, immediately, only to the restriction itself⁴⁷. Nonetheless, the benefit of the block exemption is also excluded, in short, for direct or indirect obligations:

- (i) Not to compete for longer than 5 years⁴⁸;
- (ii) On buyers, not to manufacture, purchase, sell or resell goods or services after the termination of the agreement⁴⁹; or
- (iii) On members of a selective distribution system, not to sell competing brands.

Compared to the depth of innovations that had been brought by Regulation (EC) 2790/1999⁵⁰, the 2010 reform is more modest and may be seen as a renewal of an expired block exemption, with a few improvements, including minor refinements at the level of terminology and structure. Indeed, it has been stated by Commission experts that the review process initiated in 2008, including the very extensive public consultation, confirmed “that the architecture put in place in 1999 had worked well and only needed some up-dating and clarification”⁵¹. In particular, some changes were justified exclusively by broader developments since the adoption of the 1999

⁴⁶ Article 4 Regulation (EU) 330/2010.

⁴⁷ Article 5 – except, of course, if the agreement would not be concluded by the parties without that provision.

⁴⁸ See the exception provided for in article 5 (2) Regulation (EU) 330/2010.

⁴⁹ See the exception provided for in article 5 (3) Regulation (EU) 330/2010.

⁵⁰ For an analysis of the reforms introduced by Regulation (EC) 2790/1999, see, e.g.: Subiotto & Amato, 2001; Griffiths, 2000; Nazerali & Cowan, 2000; Gniechwitz, 2004.

⁵¹ Brenning-Louko, Gurin, Peepkorn & Viertiö, 2010: 1.

Regulation. Specifically, it was no longer necessary to foresee the possibility of withdrawal of the exemption in individual cases, by the European Commission or by the competition authorities of Member States, as this has already been provided for, generally, in the Modernisation Regulation⁵².

The most notable innovation is the introduction of the double market share cap⁵³, i.e. a new market share threshold for excluding the applicability of the block exemption, motivated by the desire to take into greater account the competitive relevance of buyer power. Regulation (EC) 2790/1999 only excluded vertical agreements from its scope on the basis of the buyer's market share (over 30%) in the case of agreements containing exclusive supply obligations⁵⁴, arguably so as to avoid the foreclosure of the market on which the buyer purchases the contract goods or services.

Under the new Regulation, the block exemption shall no longer apply to vertical agreements when the buyer holds a market share of 30%, or more, on the “relevant market on which it purchases the contract goods or services”⁵⁵, regardless of the nature of the competitive restrictions in that contract, even though the economic justification for the extension of this exclusion to non-exclusive supply or distribution agreements is questionable (less obvious presence of a potential foreclosure effect)⁵⁶. This change is said to reflect the “increased recognition and evidence that vertical restraints need not generally be supplier-led: also buyers can have market power that may be used to impose anticompetitive vertical restraints”⁵⁷. It was becoming hard not to tackle practices of large retailers that were obviously restrictive

52 Article 29 Regulation (EC) 1/2003.

53 Van Bael & Bellis, 2010: 185 (highlighting this change on the basis of the draft vertical agreements block exemption and not directly on Regulation (EU) 330/2010).

54 Article 3 (2) Regulation (EC) 2790/1999.

55 Article 3 (1) Regulation (EU) 330/2010. It should be noted that this was not the original proposal in the draft Regulation submitted to public consultation. Originally, it was considered better to assess the buyer's market power on the downstream market, where the contract goods or services are sold. This proved, however, to be too complicated an analysis, as it would often require looking into a multitude of downstream markets, frequently local in scope and, therefore, was not viable in practice. It was also considered that, generally, the buyer's market power on the upstream market where it purchases the contract goods or services could be used as an indicator for its market power on the downstream markets. Still, it has been said that “[m]any stakeholders still consider that this dual market share cap place a heavy burden on companies and may result in excluding many vertical agreements from the scope of the safe harbour” (Coumes & Wilson, 2010: 440).

56 Stefano, 2010: 488.

57 Brenning-Louko, Gurin, Peeperkorn & Viertiö, 2010: 2.

of competition, made possible by their significant buyer power and their frequent condition of mandatory trading partners⁵⁸. It has namely been pointed out that the previous block exemption covered agreements with monopolist distributors, which was considered inadequate by the European Commission⁵⁹. According to this institution, “this change is beneficial for small and medium-sized enterprises (SME’s), whether manufacturers or retailers, which could otherwise be excluded from the distribution market”⁶⁰.

The definition of “competing undertaking”⁶¹, as well as the method for calculating market shares⁶², have also been revised to take this shift into account, respectively by eliminating the reference to suppliers and by adding a reference to buyers.

Furthermore, a new provision is introduced to specifically clarify which market shares should be considered, for the purposes of applying the restriction to the scope of the block exemption, in the cases of “multi-party agreements” where the same undertaking finds itself simultaneously in the position of buyer and supplier: “For the purposes of paragraph 1, where in a multi party agreement an undertaking buys the contract goods or services from one undertaking party to the agreement and sells the contract goods or services to another undertaking party to the agreement, the market share of the first undertaking must respect the market share threshold provided for in that paragraph both as a buyer and a supplier in order for the exemption provided for in Article 2 to apply”⁶³.

The use of a market share criterion as a means of determining the scope of a block exemption creates a significant difficulty. Although “*plus commode*”⁶⁴, too often it must be recognized that defining the relevant market is an ambiguous exercise that cannot lead undertakings to definitive conclusions (even in the cases where there are resources, willingness and time to carry out the necessary economic assessments). The assessment of market shares on buyer

58 Coumes & Wilson, 2010: 439.

59 Fletcher, Fournier, Navarro, Neven, Prud’homme, Wahl & Wilson, 2010: 612.

60 European Commission, “Antitrust: Commission adopts revised competition rules for distribution of goods and services”, Press Release IP/10/445, 20 April 2010.

61 Article 1 (1) (c) Regulation (EU) 330/2010.

62 Article 7 (a) Regulation (EU) 330/2010.

63 Article 3 (2) Regulation (EU) 330/2010.

64 Pietro, 2008: 179.

markets will frequently be even more complicated. Also, market shares evolve in time, and thus may require reassessments of the continued applicability of the block exemption. Thus, a large degree of uncertainty is introduced into a mechanism whose main purpose is to reduce legal uncertainty⁶⁵.

Previously, the block exemption encompassed (non-reciprocal) vertical agreements between competing undertakings, as long as the buyer had a “total annual turnover not exceeding EUR 100 million”⁶⁶. This is no longer so under Regulation 330/2010 (apparently because “experience shows that, in certain markets, a €100 million company may be the main local or national producer and thus a major competitor”⁶⁷), reducing the delimitation of its scope, from the buyer perspective, to the market share criterion.

Whereas before vertical agreements between competing undertakings could fall within the scope of the block exemption as long as the buyer did not compete on the relevant upstream contract goods or services market, this has now been restricted so that the block exemption applies exclusively, in scenarios of vertical agreements between competing undertakings, to cases where the buyer is only active at the distribution level (and thus does not compete with the supplier on any upstream product market). In other words, an agreement between a supplier of products X and Y and its distributor of product X is no longer covered by the block exemption if the distributor is also a supplier of product Y, even though product Y has no relation to the vertical agreement in question.

Another innovation was the clarification that the territorial restrictions considered hardcore – and thus justifying the exclusion from the scope of the exemption Regulation of any vertical agreement containing them – do not include restrictions on the place of establishment of the buyer⁶⁸. In other words, suppliers are free to include in vertical agreements obligations for the buyer to have its establishment at a certain place, while still benefiting from the block exemption. While there may be legitimate reasons for a supplier to

65 In this sense, see Stefano, 2010: 487-488.

66 Article 2 (4) (a) Regulation (EC) 2790/1999.

67 Brenning-Louko, Gurin, Peeperkorn & Viertiö, 2010: 3.

68 Article 4 (b) Regulation (EU) 330/2010. Thus, it “can be agreed that the distributor will restrict its outlet(s) and warehouse(s) to a particular address, place or territory. This is designed to facilitate the parallel use of different types of distribution systems in the internal market by providing the possibility of protecting the investments of other than exclusive distributors” (Brenning-Louko, Gurin, Peeperkorn & Viertiö, 2010: 6).

wish to limit a buyer's freedom to move its place of business, the important thing is that clients may seek out that buyer's business, in person or remotely, regardless of their place of residence or corporate headquarters.

This ties into what has been presented, namely by the European Commission, as the greatest innovation of this reform – the clarification of the issue of online sales. Ironically, this innovation is not to be found in the Regulation (which makes no explicit reference to it), but rather in the new Guidelines on Vertical Restraints⁶⁹, which, even though they may, under certain circumstances, create legitimate expectations in undertakings as to the course of action to be followed by the European Commission, are not legally binding in nature. As was pointed out by one author, “[l]ike most safe harbours issues by enforcement authorities, the New Regulation's exemption is conservative, covering only those arrangements that are most obviously unlikely to raise competition concerns”⁷⁰. Thus, undertakings will often find that the block exemption is not applicable and will have to carry out their own competitive assessment of vertical agreements, according to the new modernized and decentralized regime. The purpose of the Guidelines is precisely to help undertakings analyse restrictions included in vertical agreements, beyond the scope of the block exemption, and predict how the European Commission and national competition authorities will apply article 101 TFEU to such restrictions, an issue which became paramount after the abolition of the notification system by the Modernisation Regulation.

On the issue of the clarification of competitive restrictions to online sales in vertical agreements, the European Commission stated that “[t]he new rules also specifically, address the question of online sales. Once authorised, distributors must be free to sell on their websites as they do in their traditional shops and physical points of sale. For selective distribution, this means that manufacturers cannot limit the quantities sold over the Internet or charge higher prices for products to be sold online. The Guidelines further clarify the concepts of “active” and “passive” sales for exclusive distribution. Terminating transactions or re-routing consumers after they have entered their credit card details showing a foreign address will not be accepted. With the new rules

69 Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130/1, 19/05/2010) (hereinafter “Guidelines on vertical restraints”). This document replaced the previous Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 291/1, 13/10/2000) (hereinafter “2000 Guidelines on Vertical Restraints”).

70 Stefano, 2010: 487.

in force, dealers will now have a clear basis and incentives to develop online activities to reach, and be reached, by customers throughout the EU and fully take advantage of the internal market”⁷¹.

It should be noted that the previous Guidelines already mentioned online sales, although in far lesser detail⁷². The stress on the promotion of the internal market, as a policy objective specific to EU competition policy, in this new focus on the issue of online sales could not be more transparent.

The new clarifications relating to online sales⁷³ specify that maintaining websites, even with different language options (e.g. languages of territories other than those awarded to the distributor in question), and, as a rule, the advertising or promotion of that website or the use of newsletters or other means of maintaining customers informed upon their request, should be considered means of passive sales, and therefore should not be prohibited. Several examples are provided of vertical restraints that shall be considered “hardcore restrictions”:

- (i) Within exclusive distribution systems, the obligation for a distributor to prevent customers not assigned to it to view its website, to complete online transactions (e.g. based on location indicated by credit card information), or to re-route them to another website;
- (ii) Limitation of (relative) proportion of online sales (but a minimum absolute amount of non-online sales may, in some cases, be required); and
- (iii) Imposition of a higher price for online sales by distributors (dual pricing)⁷⁴.

Behaviours that actively target customer groups awarded to other exclusive distributors can legitimately be prohibited, such as unsolicited emails sent to such customers or banners or links placed in internet pages specifically targeted at such customers, or which appear in search engines to users that fall within such groups of customers. Essentially, the European Commission has sought to exclude any contractual terms which, directly or indirectly, make it

⁷¹ European Commission, “Antitrust: Commission adopts revised competition rules for distribution of goods and services”, Press Release IP/10/445, 20 April 2010.

⁷² §§ 51-53 of the 2000 Guidelines on Vertical Restraints.

⁷³ See, *maxime*, §§ 52-56 and 64 of the Guidelines on vertical restraints.

⁷⁴ See further details in §52 of the Guidelines on vertical restraints.

harder for buyers to carry out online passive sales to customers, regardless of where they are located in the internal market.

Still, suppliers are free to impose quality standards for online sales, as long as they are justified and do not amount to an indirect mechanism for restricting online sales. Suppliers are also allowed to require that all distributors keep premises for non-online sales (named “brick and mortar shops”), meeting certain quality requirements. This being said, “imposing criteria for online sales which are not overall equivalent to the criteria imposed for the sales from the brick and mortar shops, and which dissuade distributors from using the internet, is a hardcore restriction. This does not mean that the criteria imposed for online sales must be identical to those imposed for offline sales, but rather that they should pursue the same objectives and achieve comparable results and that the difference between the criteria must be justified by the different nature of these two distribution modes”⁷⁵.

It should be noted that a case is pending before the ECJ which may confirm or invalidate some of the Commission’s clarifications in relation to restrictions of online sales in the context of distribution agreements. In the pending *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* case, the ECJ has been asked if “a general and absolute ban on selling contract goods to end users via the Internet, imposed on authorised distributors in the context of a selective distribution network, in fact constitute a ‘hardcore’ restriction of competition by object for the purposes of Article [101 (1) TFEU] which is not covered by the block exemption provided for by Regulation No 2790/1999 but which is potentially eligible for an individual exemption under Article [101 (3) TFEU]?”⁷⁶

Other notable novelties in the Guidelines relate to the added attention to buyer power. Thus, new sections were added on “upfront access payments” (fees paid by suppliers to distributors at the beginning of a business relation, to ensure the products’ access to the distributors’ shelves, under certain conditions) and on “category management”⁷⁷ (wherein a manufacturer, generally a segment leader, provides the supplier with management services for the presentation and shelving of products within a certain segment

75 Brenning-Louko, Gurin, Peepkorn & Viertiö, 2010: 7.

76 Case C-439/09 – Notice published in JO C 24, 30.1.2010, p. 27.

77 See sections VI-2-7 and 8 of the Guidelines on vertical restraints.

or category of products), both issues that had come to be tackled by the European Commission ever since 1999.

Resale price maintenance has been looked at in greater depth⁷⁸, with the European Commission “going to great lengths to show that it does accept that in some circumstances resale price maintenance might be procompetitive and that claims concerning the procompetitive nature of resale price maintenance in a given case will be heard and considered seriously”⁷⁹. Therefore, according to the Guidelines, the following circumstances may mean that resale price maintenance clauses will be able to meet all the requisites of Article 101(3) of the TFEU:

- (i) If they are introduced during an initial period following the introduction of a new product, in a market where distributors are subject to competitive pressure;
- (ii) If used to organize a coordinated short term low price campaign (as a rule, 2 to 6 weeks); and
- (iii) In cases where they make it possible for retailers to provide certain pre-sales services, in the case of complex products (to prevent free riding on pre-sales services investments by other retailers).

One aspect of the Guidelines that has been criticised⁸⁰, and will surely come to be discussed before the European Courts, is the idea that when a vertical agreement includes hardcore restrictions, such as resale price maintenance, “that agreement is presumed to restrict competition and thus to fall within Article 101 (1)”, and that this also “gives rise to the presumption that the agreement is unlikely to fulfil the conditions of Article 101 (3)”⁸¹. If the Commission intended to suggest that this presumption existed generally, beyond a non-technical sense in the context of justifying the creation of a block exemption, it may find the idea will fit oddly with the Court’s case-law on the *onus probandi* relating to the existence of a restriction of competition, under Article 101(1) of the Treaty, and to the fulfilment of the exemption conditions of Article 101(3) of the Treaty.

⁷⁸ Guidelines on vertical restraints, § 223 *et ss.*

⁷⁹ Fletcher, Fournier, Navarro, Neven, Prud’homme, Wahl & Wilson, 2010: 613, discussing the Commission’s new approach to resale price maintenance is not in line with the Court’s case-law, and the practical impact that this may have in the future case-law (see, e.g. pp. 652-655). In Portugal, see Calvete, 2010: 95.

⁸⁰ Stefano, 2010: 488.

⁸¹ Guidelines on vertical restraints, § 223.

Finally, a reference to the period during which Regulation (EU) 330/2010 will be in force. The regulation will expire on 31 May 2022⁸². A transitional period was provided for, so that agreements in force on 31 May 2010 and exempted under Regulation (EC) 2790/1999 will continue to be exempted for one year, in order from them to be adapted, if need be, to the requirements of the new block exemption Regulation⁸³.

3.2. Block exemption for vertical agreements in the motor vehicle sector

As has already been noted above, there have been separate block exemptions put in place for the motor vehicle distribution and servicing agreements ever since 1985. For the purposes of these Regulations, a “motor vehicle” is “a self-propelled vehicle intended for use on public roads and having three or more road wheels”⁸⁴.

It is curious to note that this differentiated treatment of the motor vehicle markets in EU Law is not restricted to Competition Law. Internal market provisions have also dealt with motor vehicles in a distinct manner⁸⁵, *inter alia* with the consequence that European consumers are, as yet, not entirely free to choose the Member State in which they want to purchase their motor vehicles, since they will always be subject to the payment of taxes in their home State.

This does not mean, however, that the European Commission is more permissive with the motor vehicle sector when enforcing competition policy. Indeed, many would argue that the opposite is true. As was pointed out by Whish: “Over the years the Commission has had cause to examine a number of anti-competitive practices in the market for motor cars, in particular the partitioning of national markets to prevent sales of vehicles from low- to high-priced Member States, and has adopted numerous decisions finding

⁸² Article 10 Regulation (EU) 330/2010.

⁸³ Article 9 Regulation (EU) 330/2010.

⁸⁴ Article 1 (1) (g) Regulation (EU) 461/2010.

⁸⁵ See, e.g.: Council Directive 2009/55/EC, of 25 May 2009, on tax exemptions applicable to the permanent introduction from a Member State of the personal property of individuals (OJ L 145/35, 10/06/2009); Council Directive (EEC) 83/182, of 28 March 1983, on tax exemptions within the Community for certain means of transport temporarily imported into one Member State from another (JO L 105/59; 23/04/1983), last amended by Council Directive 2006/98/EC, of 20 November 2006; and Commission interpretative communication on procedures for the registration of motor vehicles originating in another Member State (JO C 68/15, 24/03/2007).

infringements both of Article [101 (1)] and, on a few occasions, of Article [102]⁸⁶.

At least when it comes to block exemption Regulations, the Commission's approach has clearly been stricter, since, by contrast to the general regime, additional requirements are imposed in order for agreements in this sector to benefit from block exemption.

Until the entry into force of Regulation (EU) 461/2010, vertical agreements relating to the purchase, sale or resale of new motor vehicles, spare parts for motor vehicles or repair and maintenance services for motor vehicles were subject to a specific and single block exemption regime, set out in Regulation (EC) 1400/2002. From 1 June 2010 onwards, the block exemption regime in the motor vehicles sector shall be split as follows:

- (i) Purchase, sale or resale of new motor vehicles:
 - a. Until 31 May 2013: continues to be subject to the special regime foreseen in Regulation (EC) 1400/2002⁸⁷;
 - b. After 1 June 2013: subject to the general regime of Regulation (EU) 330/2010 (partial end to the special regime for motor vehicles)⁸⁸.
- (ii) Motor vehicles aftermarket (purchase, sale or resale of spare parts for motor vehicles, or provision of repair and maintenance services for motor vehicles): subject to the special regime foreseen in Regulation (EU) 461/2010 (valid until 31 May 2023⁸⁹).

86 Whish, 2009: 663-664.

87 Article 2 Regulation (EU) 461/2010. It is not the purpose of the present paper to present the regime previously in force, under Regulation (EC) 1400/2002, and which will continue to be in force until 31 May 2013 for vertical agreements relating to the purchase, sale or resale of new motor vehicles. Descriptions and criticisms of this regime are available, e.g., in: Whish, 2009: 663-666; Marsden & Whelan, 2008; and Clark, 2002.

88 Article 3 Regulation (EU) 461/2010. The decision to bring the special regime to an end was, *inter alia*, based on the finding of falling prices, decreasing concentration levels and increased competition by Asian brands on the new motor vehicles markets in the EU (Zuehlke & Stefano, 2010: 94). In the words of the European Commission, "it appears that there are no significant competition shortcomings distinguishing the new motor vehicle distribution sector from other economic sectors and which could require the application of rules different from and stricter than those in the General Vertical Block Exemption Regulation" – Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles (OJ C138/16, of 28/05/2010) (hereinafter "Motor vehicles supplementary guidelines"), §12.

89 Article 8 Regulation (EU) 461/2010. Differently from the new vehicles market, the Commission concluded that competition "on the markets for repair and maintenance and for spare parts distribution is less intense, and there is a risk that consumers may be harmed by anti-competitive practices that push up repair costs" (European Commission, "Antitrust: Commission adopts revised competition rules for the motor vehicle

The new special block exemption regime for the motor vehicles aftermarket has been created as a supplement to the general block exemption⁹⁰. This was due to the European Commission's conclusion that "the rules in Regulation (EU) No 330/2010 (...) are necessary but are not sufficient to ensure that the benefit of the block exemption is reserved only to those vertical agreements (...) for which it can be assumed with sufficient certainty that the conditions of Article 101 (3) of the Treaty are satisfied"⁹¹. In other words, the Commission considered that these agreements should meet stricter requirements in order to benefit from the block exemption.

This "add-on" approach has allowed Regulation (EU) 461/2010 to be far simpler and briefer than its predecessor. Thus, in order to be encompassed by the block exemption, vertical agreements in the motor vehicles aftermarket (as defined above) must: (a) "fulfil the requirements for an exemption under Regulation (EU) No 330/2010"; and (b) "not contain any of the hardcore clauses" listed in Regulation (EU) 461/2010⁹², i.e. agreements which, "directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object":

- (i) The restriction of sales of spare parts, by members of a selective distribution system, to independent retailers who repair motor vehicles (if independent repairers cannot access the brand's spare parts, they cannot offer the same quality services as authorised repairers);
- (ii) The restriction of sales of spare parts, repair tools or diagnostic or other equipment, by a supplier of such items, to authorised or independent distributors or repairers or to end users (such clauses would limit the availability of these items in the aftermarkets from sources other than the motor vehicle manufacturers); or
- (iii) The prohibition of the inclusion of a trade mark or logo on components used by manufacturers in the initial assembly of motor vehicles (this would decrease transparency, making it harder for the demand in

sector: frequently asked questions", MEMO/10/217, 27 May 2010), thus justifying maintaining a stricter regime.

⁹⁰ For a perspective of the European Commission on the characteristics and impact of this reform, see: Communication from the Commission - The Future Competition Law Framework applicable to the motor vehicle sector (COM/2009/0388 final).

⁹¹ Recital 14 Regulation (EU) 461/2010.

⁹² Article 4 Regulation (EU) 461/2010.

aftermarkets to go to the original source in order to purchase those components)⁹³.

The new Regulation has been accompanied by the adoption of revised Guidelines⁹⁴, which are aimed, *inter alia*, at assisting in the interpretation of the general block exemption regime for vertical agreements when applied to the new motor vehicles markets.

While some authors highlight that this reform, and in particular the submission, starting in 2013, of vertical agreements in the new motor vehicles markets to the general block exemption regime, is a positive move that should “entail a more efficient enforcement system for competition authorities and lower compliance costs for companies”⁹⁵, others criticise the European Commission for having been overly cautious in this reform, arguing that the partial extension of the lifetime of Regulation (EC) 1400/2002 is uncalled for and concluding that: “Until 2013, cynics will be justified in arguing that the 2010 «reform» of the exemption system for vertical agreements could be appropriately labeled «much ado about nothing»”⁹⁶.

At the very least, it can be said that it has become increasingly difficult for the European Commission to justify the preservation of a special regime for the exemption of vertical agreements in the motor vehicle sector, when all other sectors of the economy are subject to a single unified regime. It seems unlikely, in particular, that there are no other aftermarkets, except those relating to motor vehicles, as defined in this Regulation (and thus excluding, e.g., motorcycles), which justify the same type of supplementary requirements in order to benefit from a block exemption.

4. CONCLUSION

The latest reform of the EU block exemption Regulations for vertical agreements is best described as a renewal with some fine-tuning. Nonetheless, it raises issues which require reflection.

Companies operating in Portugal should keep in mind that these block exemption Regulations apply to their activities even when they are exclusively subject to Portuguese Competition Law.

93 Article 5 and Recitals 16-18 Regulation (EU) 461/2010.

94 Motor vehicles supplementary guidelines.

95 Zuehlke & Stefano, 2010: 97.

96 Colino, 2010: 224.

The main aspect of the reform of the general block exemption, concerning online sales, has not been included in the Regulation itself, but merely in the Guidelines, which means that those interpretations are yet to be tested and confirmed by the European Court of Justice, and indeed a judgment is pending which may soon shed some light on this issue.

Initially, block exemptions were created as a method of reducing the administrative burden on the European Commission created by the mandatory notification system under Regulation 17/62. With Regulation (EC) 1/2003 abolishing notifications and requiring undertakings to carry out their own assessment of the lawfulness of their agreements, inclusively under Article 101(3) of the TFEU, that role of block exemptions disappeared. This has led some authors to call for their abolition, arguing that they are: “relics from the past (...). Moreover, [they] run counter to the main goals of the modernisation process, as they generate obstacles for an effective enforcement of EU competition law and shade and blur the consistent enforcement of Article 101 TFEU as a whole. Therefore, overall, there seems to be no (proper) role for [block exemption Regulations] in the realm of Regulation 1/2003”⁹⁷.

Respectfully, we disagree with this approach. In a system where undertakings are called to make the extremely complex economic assessments required to apply Article 101 of the TFEU, which, more often than not, lead to debatable conclusions, block exemption Regulations serve to provide businesses with much craved legal certainty, the absence of which would unnecessarily hinder the development of commercial relations in the EU.

This, however, must be complemented with an analysis of the current block exemptions in light of their revised objective, post Regulation (EC) 1/2003. Firstly, block exemption Regulations really only apply to agreements that the European Commission can be sure, in principle, will restrict competition in a justified manner. In other words, they reflect a cautious approach that leaves outside a large number of agreements not prohibited by Article 101 TFEU or where there are significant doubts on whether the conditions of Article 101 (3) are met.

Additionally, several factors reduce the contribution of the block exemptions to legal certainty. The market share thresholds will often make market definition crucial for the conclusion on the applicability of the exemption,

97 Marcos & Graells, 2010: 200.

and market definitions are controversial and require significant expense in order to be economically justified in accordance with the case-law and guidelines. Buyer market shares – which must now always be assessed – will frequently be difficult to determine. Occasionally, it will not be clear whether contractual clauses will fall within the scope of the hardcore restrictions set out in the Regulations, and clarifications provided in the Guidelines do not necessarily coincide with the interpretation to be adopted by the European Court of Justice.

Furthermore, the European Commission (and, in the first case, also the National Competition Authorities) retain the right to withdraw the benefit of the block exemption in individual cases and to adopt Regulations restricting the scope of the block exemptions.

This means that, at the end of the day, block exemption Regulations, and in particular the two new Regulations on vertical agreements, do not perhaps fulfil their goals as effectively as possible. Indeed, they leave undertakings with a very significant margin for risk management. From the perspective of competition policy, they have the beneficial effect of incentivising companies to exclude from contracts, of their own initiative, some clauses which might – even if not necessarily – be considered restrictive of competition. Unfortunately, this creates a weighty limitation on trade. In the words of one author, it “is far from certain” that the new block exemption on vertical agreements provides companies with “a useful degree of legal certainty without chilling potentially pro-competitive behaviour”⁹⁸.

It is also far from clear why the motor vehicles sector has continued to be discriminated against, through the imposition of stricter requirements for the benefit of the block exemption.

The reality seems to be that, at the end of the day, undertakings will not so often find in the block exemption Regulations for vertical agreements the safe harbour that they expect and crave, and this may occasionally function as a stifle to trade. In any case, the application of the block exemption will still require expert legal advice and comprehensive self-assessment, which reduces the level of legal certainty inherent to block exemptions.

⁹⁸ Stefano, 2010: 490.

REFERENCES

ALEXANDER, W.

1965 «L'application de l'article 85, paragraphe 3, CEE para voie de décisions individuelles et de règlements: une appréciation des mécanismes de exemption», *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, pp. 323-335.

BELLAMY, C., & CHILD, G.

2008 *European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford.

BONASSIES, P.

1983 «Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen», in *Études dédiées à Alex Weill*, Paris: Dalloz, pp. 51-67.

BOSCHECK, R.

2000 “The EU Reform on vertical restraints – an economic perspective”, *World Competition*, vol. 23, issue 4, pp. 3-49.

BRENNING-LOUKO, M., GURIN, A., PEEPERKORN, L., & VIERTIÖ, K.

2010 “Vertical agreements: new competition rules for the next decade”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 2010-2, available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_2_4.pdf.

CALVETE, V.

2010 “Da ilicitude como uma das belas artes”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Studia Iuridica*, 101, *Ad Honorem – 5*, pp. 67-121.

CLARK, J.

2002 “New rules for motor vehicle distribution and servicing”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 2002-3, available at http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002_3_3.pdf.

COLINO, S. M.

2010 “Recent changes in the regulation of motor vehicle distribution in Europe – questioning the logic of sector-specific rules for the car industry”, *The Competition Law Review*, vol. 6, issue 2, pp. 203-224.

COUMES, J.-M., & WILSON, K.

2010 “New rules on supply and distribution agreements: main changes of the new system”, *European Competition Law Review*, vol. 31, pp. 439-441.

- FLETCHER, A., FOURNIER, E. G., NAVARRO, E., NEVEN, D., PRUD'HOMME, T., WAHL, N. & WILSON, C.
- 2010 "Vertical restraints, RPM and Article 81 analysis", in Hawk, B. (ed.), *Annual proceedings of the Fordham Corporate law Institute – international Antitrust Law & Policy*, Juris Publishing, pp. 609-665.
- GNIECHWITZ, C.
- 2004 "Commission Regulation (EC) No 2790/1999 – The European Commission's Block Exemption for Vertical Agreements", *Macquarie Business Law Journal*, available at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqBLJ/2004/4.html>.
- GORJÃO-HENRIQUES, M.
- 1998 *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Coimbra: Almedina.
- 2010 *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6th ed., Coimbra: Almedina.
- GRIFFITHS, M.
- 2000 "A Glorification of *de minimis* – The Regulation on Vertical Agreements", *European Competition Law Review*, vol. 21, pp. 241-247.
- KORAH, V.
- 2000 *An introductory guide to EC competition law and practice*, 7th ed., Hart Publishing.
- LUGARD, P.
- 2001 *Vertical restraints under EC Competition Law*, Hart Publishing.
- MARCOS, F., & SÁNCHEZ GRAELLS, A.
- 2010 "A missing step in the modernisation stairway of EU Competition Law – any role for block exemption regulations in the realm of Regulation 1/2003", *The Competition Law Review*, vol. 6, issue 2, pp. 183-201.
- MARSDEN, P., & WHELAN, P.
- 2008 "Intervention and the internal market: contemporary European competition initiatives concerning distribution in the market for new cars", *European Competition Journal*, vol. 4, issue 2, pp. 485-540.
- MOURA E SILVA, M.
- 2008 *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.
- NOGUEIRA SERENS, M. C.
- 2007 *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina.

NAZERALI, J., & COWAN, D.

2000 “Unlocking E.U. Distribution Rules – Has the European Commission Found the Right Keys?”, *European Competition Law Review*, vol. 21, pp. 50-56.

ODRIOZOLA, M. (dir.), & IRISSARRY, B. (coord.)

2008 *Derecho Español de la Competencia – Comentarios la la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, Tomo I, Madrid: Bosch.

PIETRO, C.

2008 «Chapitre 2 – La nouvelle politique de la Commission européenne en matière de restrictions verticales», in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, (François Brunet/Guy Canivet, Dir.), Paris: LGDJ, pp. 111-206.

STEFANO, G.

2010 “The new EU «Vertical Restraints Regulation»: navigating the vast sea beyond safe-harbours and hardcore restrictions”, *European Competition Law Review*, vol. 31, pp. 439-441.

SUBIOTTO, R., & AMATO, F.

2001 “The Reform of the European Competition Policy Concerning Vertical Restraints” *Antitrust Law Journal*, vol. 69, pp. 147-193.

VAN BAEL, I., & BELLIS, J.-F.

2010 *Competition Law of the European Community*, Wolter Kluwer.

WHISH, R.

2009 *Competition Law*, 6th ed., Oxford, New York: Oxford University Press.

ZUEHLKE S. & STEFANO, G.

2010 “EC motor vehicle block exemption reform: are you ready for the new regime?”, *European Competition Law Review*, vol. 31, pp. 93-97.

LA PRATIQUE DE L'AUTORITÉ FRANÇAISE DE CONCURRENCE EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS VERTICALES

*Laurence Idot*¹

ABSTRACT: This paper summarises the recent practice of the French Competition Authority (FCA) in the field of vertical restrictions. In the field of distribution broadly speaking, the French practice follows of course the EU rules. However, as many cases are treated at the national level (more than fifty decisions have been adopted since 1st May 2004), the experience of the FCA is broader and richer than the Commission's one. The main examples concern the development of a specific standard of proof for RPM, the treatment of restraints in Internet sales and the cumulative effect of exclusivities in the field of new technology. Furthermore, the French example illustrates the difficulties to deal with the specific issues of buying power both through some specific tools, like the title IV of French law on restrictive practices, or the usual tools of competition law like merger control. The FCA has decided to develop its advisory role and has just delivered very important opinions in this field.

SOMMAIRE: I. L'enrichissement du droit de l'Union en matière de distribution. A. L'intégration des solutions communautaires. B. L'approfondissement des solutions communautaires. II. Le particularisme du traitement de la grande distribution. A. L'échec de l'approche adoptée depuis 1986. B. L'introduction d'un nouveau cadre d'analyse.

1. Dresser un panorama de la pratique de l'Autorité française de concurrence² en matière de restrictions verticales présente un intérêt certain.

1 Professeur à l'Université Paris II-Panthéon Assas. Membre du Collège de l'Autorité de la Concurrence. L'auteur s'exprime à titre purement personnel et ne saurait engager l'institution à laquelle elle appartient.

2 Par "Autorité française de concurrence", on visera indifféremment le Conseil de la concurrence (créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, texte par la suite modifié et intégré en septembre 2000 dans le Code de commerce (Livre IV, art. L. 410-1 et s.), qui constitue la base du droit positif en France) et l'Autorité de la concurrence qui lui a succédé à compter du 2 mars

Encore récemment à l'occasion d'un numéro spécial de la revue de l'*European Competition Network* consacré à une présentation de l'activité du Réseau et de ses membres, le Président Lasserre insistait sur le fait que la plupart des affaires en matière d'accords verticaux avaient été traitées au niveau national³, en particulier en France. Il n'est d'ailleurs sans doute pas neutre de constater que sur les trois interventions de la Commission fondées sur l'article 15, § 3, du règlement n.° 1/2003, deux concernent la France à propos précisément d'affaires de distribution⁴.

2. Le contentieux sur les accords verticaux a toujours été particulièrement développé en France. Cela s'explique d'abord par des raisons économiques. Le secteur automobile est un pan important de l'industrie, dans lequel le modèle de la concession commerciale a été longtemps dominant. Les litiges opposant les grands constructeurs aux distributeurs, que ce soit à l'occasion du renouvellement d'un contrat ou du refus d'intégrer dans le réseau un nouveau membre, ont toujours été nombreux⁵, de même que les actions en concurrence déloyale dirigées contre des garagistes indépendants⁶. Il faut y

2009 à la suite de la réforme opérée par la loi n.° 2008-776 du 4 août 2008 (V. pour une présentation, le site de l'Autorité, www.autoritedelaconurrence.fr). Toutes les décisions adoptées par ces institutions sont annexées aux différents rapports annuels du Conseil puis de l'Autorité, diffusés par la *Documentation française*, Paris. Ces rapports sont également disponibles sur le site de l'Autorité à compter de 1997, de même qu'à partir du 1^{er} janvier 1991, toutes les décisions (ainsi que les arrêts rendus sur recours) et avis, avec, pour les affaires les plus importantes, un résumé en anglais.

Dans les développements qui suivent, la simple mention, sans autre précision, d'une décision, d'un arrêt ou d'un avis, signifie qu'ils sont accessibles sur le site. Pour des raisons de volume, les notes et commentaires ne sont pas indiqués. Il est possible de se reporter notamment aux deux revues trimestrielles spécialisées que sont la revue *Concurrences* (www.concurrences.com) et la revue *Lamy de la concurrence*, dans laquelle sont systématiquement commentés les décisions et arrêts rendus au cours du trimestre précédent. Les affaires les plus importantes font également l'objet d'un bref commentaire en anglais sur le site *e-Competitions*.

3 ECN Brief, Special Issue, December 2010, p. 18. V. égal., l'avis du 28 septembre 2009 sur la révision du règlement (CE) n.° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales.

4 Idot, 2009/2010. Les deux affaires "françaises" portent sur la distribution. Dans l'affaire Garage Creneau sur la distribution automobile examinée par les juges de droit commun (C. cass., com., 28 juin 2005, cassant, CA Dijon, 1^{er} avril 2004, confirmant Trib. com. Dijon, 25 septembre 2003. L'arrêt de la Cour de cassation, largement commenté par ailleurs, est sur le site de la DG concurrence) le problème se posait de l'articulation entre la sélection qualitative et la sélection quantitative. La deuxième intervention a eu lieu dans l'affaire Pierre Fabre examinée par le Conseil de la concurrence et sur recours, par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre) Sur cette dernière, v. *infra*.

5 En-dehors de l'affaire Garage Creneau (préc.), v. encore récemment, Cass. com., 28 sept. 2010, Sté BMW France c/Sté Sodac, *Contrats concurrence consommation*, janv. 2011, n.° 6, obs. M. Malaurie-Vignal.

6 V. CJCE, 15 février 1996, Grand Garage albigeois, aff. C-226/94, Rec., p. I-651; CJCE, 15 février 1996, Nissan France, aff. C-309/94, Rec., p. I-677.

ajouter le secteur de la parfumerie et plus généralement des industries de luxe, qui ont conçu et développé le modèle de la distribution sélective⁷. A ces facteurs économiques, s'est ajouté une donnée juridique. Jusqu'à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le refus de vente était une infraction pénale prohibée par l'article 37 de l'ordonnance n.° 45-1483 du 30 juin 1945, ce qui a multiplié les litiges⁸.

Parallèlement et très tôt, certains opérateurs ont utilisé les potentialités offertes à l'époque par l'article 85 du traité de Rome. Deux des grands arrêts fondateurs de la jurisprudence de la Cour en matière d'accords verticaux trouvent leur origine en France: dans le cadre d'un recours en annulation, le fameux arrêt *Grundig*⁹ et, sur questions préjudicielles, le non moins célèbre arrêt *LTM/MBU*¹⁰. Une étude récente consacrée à l'utilisation du recours préjudiciel en matière de concurrence¹¹ confirme l'importance du rôle joué par les juridictions françaises en ce domaine¹².

3. Cela étant, en droit français de la concurrence, l'on a longtemps considéré que l'interdiction des ententes ne s'appliquait pas aux relations verticales¹³. La question n'a été définitivement tranchée qu'au début des années 80 dans des affaires "parfums". Depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les débats sont clos et nul ne conteste plus l'applicabilité de l'article L. 420-1 c. com., soit l'équivalent de l'article 101 TFUE, aux accords verticaux. Deux des décisions les plus importantes adoptées en 1987 par le Conseil de la concurrence, alors tout juste créé, concernent d'ailleurs des accords de distribution. Si, dans l'affaire dite de la restitution des cuves qui portait sur la distribution

7 V. par ex., TPICE, 12 décembre 1996 (3 arrêts), Leclerc, aff. T-19/92, Rec., p. II-1051, Leclerc, aff. T-88/92, Rec., p. II-1961, Kruidvat, aff. T-87/92, Rec., p. II-1931; CJCE, 28 avril 1998, *Javico v/Saint Laurent*, aff. C. 306/96, Rec., p. I-1997.

8 CJCE, 10 juillet 1980, *Procureur/Guerlain*, aff. 253/78, 1 à 3/79, Rec., p. 2327. Les questions préjudicielles ont été posées à l'occasion d'une procédure pénale.

9 CJCE, 13 juillet 1966, aff. 56 à 58/64, Rec. p. 418

10 CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65, Rec., p. 357.

11 Rodger, 2008.

12 V. pour la France, l'étude de G. Taillandier in Rodger, 2008. Ce dernier a recensé 44 arrêts de la Cour trouvant leur origine dans des questions préjudicielles posées par des juridictions françaises. 27 concernent des relations verticales. Certes, 15 affaires portent sur le non respect de prix imposés par des textes (prix du livre, prix du carburant), mais 12 sont à l'origine de grands arrêts de la CJCE.

13 Blaise, 1983.

des carburants¹⁴, l'interdiction de la clause imposant la restitution en nature des cuves au pétrolier a été prononcée sur la seule base du droit français, tel n'a pas été le cas dans l'affaire de la dermo-pharmacie, où le Conseil a appliqué parallèlement l'article 101, § 1 TFUE et l'article L. 420-1 c. com.¹⁵. Par la suite, le Conseil de la concurrence a rendu en moyenne une dizaine de décisions par an dans ce domaine, soit plus que la Commission¹⁶.

Un tournant, non quantitatif mais qualitatif, a été opéré en 2000 à la suite de l'adoption du règlement n.° 2790/99 auquel le Conseil a consacré l'une de ses premières études thématiques¹⁷. Sans vérifier nécessairement l'application du droit communautaire, le Conseil s'est référé à ce règlement en tant que "guide d'analyse utile"¹⁸, alignant ainsi de fait les solutions du droit français sur celles du droit communautaire¹⁹.

4. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement n.° 1/2003, en application de l'article 3, § 1, comme toutes les ANC et juridictions nationales, l'autorité française doit vérifier au préalable si les pratiques sont, ou non, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres²⁰.

14 Cons. conc., déc. 87-D-34, rapport annuel, 1987, annexe 43.

15 Cons. conc., déc. 87-D-15, rapport annuel, 1987, annexe 24.

16 V. les différents rapports annuels du Conseil de la concurrence.

17 Conseil de la concurrence, "Le droit des restrictions verticales: vers la révolution?", rapport annuel, 2000.

18 Cons. conc., déc. 01-D-45.

19 L'application parallèle du droit communautaire dépendait du rapporteur. On relevait à l'époque entre 2 et 5 affaires par an examinées également au regard des articles 101 ou 102 TFUE. Pour une application dans des relations verticales (v. par ex., déc. 94-D-28, 26 avril 1994, distribution de matériel dentaire; sur l'épisode français de l'affaire Asia Motors, CA Paris (sect. Conc.), 3 février 1995, BOCCRF, n.° 2, 18 fév. 1995; déc. 96-D-76, Sté Autodesk, BOCCRF, n.° 3, 11 fév. 1997; déc. 96-D-72, Distribution des montres Rolex, BOCCRF, n.° 5, 6 mars 1997; déc. 97-D-68, BOCCRF, n.° 20, 29 nov. 1997; déc. 98-D-24, BOCCRF, n.° 9, 15 mai 1998; déc. 00-D-15, Ivoclar; déc. 00-MC-14, Pharma Lab; déc. 01 MC 04, Pharmalex; déc. 01-D-23, Abbott; déc. 01-D-45, Casino; déc. 02-MC-07, Sté Pharmalab; déc. 02-MC-09, Sté Pharmajet; déc. 03-D-17, distribution du carburant sur autoroute; déc. 03-D-66, Renault; déc. 03-D-67, Peugeot). Dans certains cas, la non application du droit de l'Union était choquante, v. par ex., l'épisode français de la guerre des glaces dans lequel le Conseil n'a raisonné que par rapport au droit français et n'a pas estimé établi l'effet cumulatif des contrats (déc. 00-D-82; v. égal., déc. 00-D-30, agents de voyage; déc. 00-D-51, lecteurs de glycémie; déc. 01-D-07, répartition pharmaceutique; déc. 01-D-58, groupe Benetton; déc. 02-D-26, sté Prieur sports; déc. 03-D-32, distribution de lentilles de contact; déc. 03-D-35, Sandoz et Novartis; déc. 03-D-42, Suzucki; déc. 04-D-29, PSA et Covisint).

20 Compte tenu du fait que les affaires étaient instruites antérieurement, il a fallu attendre quelques mois avant que la réforme produise ses effets. Pour une étude de la vérification par le Conseil de la concurrence de la condition d'affectation du commerce entre Etats membres, v. Blaise & Idot, 2006: 477, sp. n.° 16 à 19; Blaise & Idot 2008: 313, sp. n.° 15 à 20; Blaise & Idot 2009: 473, sp. n.° 22 à 26.

A la différence d'autres Etats membres, le règlement n.° 1/2003 n'a pas nécessité une réforme importante du droit français. Déjà très proche du droit communautaire avant la "modernisation", il était le seul à pratiquer un système d'exception légale pour les exemptions de l'article L. 420-4 c. com., dont le point 2 est l'équivalent de l'article 101, § 3 TFUE²¹. Une simple ordonnance adoptée en novembre 2004²² a opéré les quelques aménagements techniques qui étaient nécessaires.

5. Quoiqu'il en soit, la date du 1^{er} mai 2004 sera prise comme point de départ de cette étude. Sur le plan quantitatif, même si on se limite au secteur de la distribution au sens large sans couvrir l'ensemble des relations verticales²³, le bilan est impressionnant. En droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de concurrence a adopté plus d'une soixantaine de décisions²⁴. Il peut s'agir de décisions d'interdictions, notamment en matière de prix imposés, mais il y a également souvent des décisions de non lieu intéressantes. De plus, il faut tenir compte depuis novembre 2004 des décisions d'acceptation d'engagements²⁵. Ces décisions sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris, mais les débats portent alors le plus souvent sur des problèmes de procédure²⁶. A ces décisions, il faut ajouter les avis, une dizaine, dont les derniers ont été rendus dans le cadre du pouvoir d'auto-saisine dont l'Autorité dispose depuis la réforme du 4 août 2008. Peuvent également être mentionnées les nombreuses décisions en matière de contrôle des concentrations adoptées depuis cette réforme qui, non seulement a confié le pouvoir de décision à

21 *Idot*, 2002; *Idot*, 2004; *Idot*, 2008.

22 Ordonnance n.° 2004-1173 du 4 novembre 2004.

23 On laissera de côté notamment le contentieux abondant relatif aux cessions de droits audiovisuels, ou encore aux conventions de partenariat dans le domaine sportif, qui porte sur des accords entre non concurrents.

24 Ce chiffre particulièrement élevé, s'il est comparé à celui des autres ANC, s'explique notamment par le fait que l'Autorité ne dispose pas du principe d'opportunité des poursuites et est obligée de rendre une décision formelle sur chaque saisine déclarée recevable.

25 Cette procédure, qui n'existait pas antérieurement, a été introduite par l'ordonnance du 4 novembre 2004.

26 Il n'y sera donc fait référence que lorsque ces arrêts présentent un intérêt sur le fond du droit.

l'Autorité de la concurrence²⁷, mais a introduit des seuils spécifiques pour les concentrations dans le secteur du commerce de détail²⁸.

6. L'une des richesses de la pratique française tient au fait que les secteurs couverts sont très diversifiés: non seulement la distribution automobile et les parfums qui génèrent à vrai dire surtout un contentieux devant les tribunaux de droit commun²⁹, mais également la presse³⁰, les médicaments, les vêtements, les jouets, les produits hi-fi et ceux liés au développement des nouvelles technologies... De plus, des difficultés spécifiques sont apparues du fait de la puissance de ce qu'il est convenu d'appeler "la grande distribution". Cela explique que les relations verticales ne sont pas seulement appréhendées via le droit des ententes (art. 101 TFUE et son équivalent en droit français, art. L. 420-1 c. com.) et accessoirement des abus de position dominante (art. 102 TFUE, art. L. 420-2 c. com.), mais également par des dispositifs spécialement conçus pour appréhender la puissance d'achat. Au-delà de la convergence qui existe sur le premier point avec le droit de l'Union européenne qu'il contribue à enrichir (I), le droit français affirme son particularisme en multipliant les outils spécifiques (II).

I. L'ENRICHISSEMENT DU DROIT DE L'UNION EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION

7. Cet enrichissement du droit de l'Union résulte tout d'abord de l'intégration des solutions communautaires, mais au-delà de ce phénomène, qui n'est certainement pas propre à l'expérience française (A), la pratique de l'Autorité a indéniablement conduit à un approfondissement (B).

27 V. la présentation de la réforme sur le site de l'Autorité.

28 Art. L. 430-1-II c. com. V. le dernier bilan d'activité de l'Autorité, disponible sur le site.

29 V. pour un bilan au début des années 2000, Idot & Momège, 2003. La revue mensuelle *Contrats concurrence consommation* (Lexisnexis) consacre une rubrique au droit de la distribution sous la plume de M. Malaurie-Vignal et N. Mathey.

30 L'interdiction de l'abus de position dominante est l'outil privilégié. Beaucoup de décisions concernent, en effet, les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP), mais il s'agit le plus souvent de pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante. Pour le secteur de la presse, où le débat porte souvent sur des conditions d'accès discriminatoires, v. Cons. conc., déc. 04-D-38, 04-D-45, 05-D-01, 06-MC-01, 06-D-16, 07-D-23, 09-D-02, 09-D-04 et les 3 décisions d'engagements, 06-D-01, 07-D-32, 08-D-04.

A. L'intégration des solutions communautaires

8. Le terme d'intégration permet de couvrir à la fois les situations dans lesquelles l'Autorité applique une règle française, mais interprétée à la lumière du droit communautaire ou calquée sur ce dernier, et celles où elle procède à une application directe de la règle communautaire. Force est de constater que l'Autorité utilise les mêmes outils que la Commission (a) ce qui la conduit à identifier le même type de restrictions de concurrence (b).

a) *l'appropriation des outils*

9. L'interdiction des abus de position dominante introduite en droit français en 1963 a été calquée sur l'article 86 du traité de Rome et la réforme de 1986 a fait disparaître les principales différences formelles. Les pratiques dans le secteur de la distribution sont donc examinées de la même manière que l'Autorité intervienne sur le fondement du seul texte français (art. L. 420-2 c. com.) ou procède à une application parallèle de l'article 102 TFUE³¹.

En revanche, pour des raisons historiques, l'interdiction des ententes reprise en 1986 à l'article L. 420-1 c. com. présentait quelques particularités. Ces dernières ont progressivement disparu que l'on raisonne sur le premier élément constitutif de l'entente, soit le concours de volontés, ou sur le deuxième, la restriction de concurrence.

10. S'agissant du concours de volontés, on sait que l'une des principales évolutions relatives à la notion et à la preuve de l'accord tient à la jurisprudence dite *Bayer*³². Cette dernière a été parfaitement intégrée par l'Autorité³³, qui fait parfois expressément référence à l'arrêt³⁴.

De même, en ce qui concerne la condition relative à l'autonomie des parties, l'Autorité fait application de la jurisprudence *Vihos*³⁵ relative aux

31 V. par ex., Cons. conc., déc. 04-D-13, producteurs de roquefort; déc. 05-D-70, vidéocassettes (mais rejet du grief); déc. 07-D-06, consoles de jeu, non établissement de la position dominante de Sony; 09-D-12, Michelin et dans le prolongement, déc. d'engagements, 10-D-27; application du seul droit français, déc. 04-D-12, Go Sport; déc. 05-D-32, Royal Canin.

32 CJCE, 6 janvier 2004, Bayer, aff. C-2 et 3/01 P, Rec., p. I-23.

33 V. par ex., Cons. conc., déc. 05-D-07, marchés des armes; déc. 07-D-06, consoles de jeu; déc. 07-D-50, distribution des jouets.

34 V. par ex., Cons. conc., déc. 05-D-26, LVMH; déc. 06-D-37, distribution des cycles; déc. 07-D-35, Sirona.

35 CJCE, 24 octobre 1996, Vihos, aff. C-73/95 P, Rec., p. I-5457.

accords intra-groupes, y compris pour des pratiques verticales³⁶, mais mérite surtout d'être relevé au cours de la période récente une intéressante décision appliquant la jurisprudence *Daimler*³⁷ et la notion d'agent à la pratique contractuelle controversée en droit commercial de la commission d'affiliation dans le secteur de l'habillement³⁸.

11. Quant à la restriction de concurrence, l'utilisation de deux théories, à l'origine propres au droit communautaire, peuvent être signalées.

La première est la théorie dite du seuil de sensibilité. Le Conseil a parfois fait application de la communication de décembre 2001 pour interpréter l'article L. 420-1 c. com.³⁹, avant que cette théorie ne soit partiellement intégrée par une ordonnance de mars 2004 à l'article L. 464-6-1 c. com.⁴⁰, à l'exception des restrictions caractérisées qui ne peuvent y prétendre⁴¹. Cet article a fait l'objet d'une application passée inaperçue dans une affaire de distribution de boissons, via des machines automatiques, dans les stations services⁴².

La seconde est la théorie de l'effet cumulatif. La situation est toutefois ambiguë. Le Conseil a affirmé qu'il en tient compte⁴³, mais l'examen de la pratique décisionnelle révèle qu'en pratique, il n'en tire pas les conséquences. Indépendamment de l'épisode français de la "guerre des glaces"⁴⁴ antérieur

36 V. par ex., Cons. conc., déc. 06-D-26, sté Yamaha Motor.

37 TPICE, 15 septembre 2005, aff. T-325/01, Rec., p. II-3319.

38 AdIC, déc. 09-D-23, Mango. La commission d'affiliation est un dérivé de la franchise, conçue par les praticiens pour échapper à l'interdiction des prix imposés. En droit commercial, le débat porte sur le point de savoir si l'on est en présence d'un contrat d'agence au sens de la directive de 1986 sur les agents commerciaux. Les "franchiseurs" récusent cette qualification pour ne pas verser d'indemnité de clientèle en cas de rupture du contrat.

39 Cons. Conc., déc. 04-D-64, distribution d'appareils electro-domestiques.

40 Il est possible de parler d'intégration partielle dans la mesure où l'absence de caractère sensible ne fait pas disparaître la restriction de concurrence mais est un élément dont peut tenir compte l'autorité de concurrence pour ne pas poursuivre. Adde, Idot, 2006.

41 Art. L 464-6-2 c. com.

42 Cons. conc., déc. 04-D-63, activités annexes des stations services; v. toutefois, une application, déc. 05-D-49, location entretien de machines d'affranchissement.

43 V. Rapport annuel, 2005.

44 Cons. conc., déc. 00-D-82, et sur recours, CA Paris, 7 mai 2002. En l'espèce, les différents producteurs de glace détenaient une part de marché cumulée de 65,9 % pour l'année 1994, la société Miko, 23,1 %, la société Cogesal-Seges, 14,7% pour le groupe Unilever.

au 1^{er} mai 2004, d'autres décisions ont par la suite confirmé cette réticence⁴⁵. Une demande de retrait du bénéfice du règlement n.° 1400/2002 justifiée par l'effet cumulatif dans le secteur automobile, par exemple, a été refusée par le Conseil dans une affaire d'accès à des pièces détachées⁴⁶, mais il est vrai que le problème de concurrence ne résultait pas de l'effet de verrouillage lié à des clauses d'exclusivité.

Quoiqu'il en soit, on aborde déjà la question de l'identification des restrictions verticales.

b) l'identification des restrictions verticales

12. Si l'on met à part le problème sensible et fréquent des pratiques de prix imposés sur lequel la pratique de l'Autorité est particulièrement développée⁴⁷, il y a finalement peu de décisions relatives aux restrictions caractérisées.

A la différence de la Commission, l'Autorité est rarement intervenue dans des affaires d'interdiction d'exporter et de commerce parallèle⁴⁸. Au cours de la période récente, a surtout été concernée la distribution des médicaments. Après avoir prononcé un non lieu lorsque le refus des laboratoires était opposé aux "purs exportateurs"⁴⁹, le Conseil a réglé les relations des laboratoires avec les grossistes répartiteurs en acceptant des mesures de contingentement via des décisions d'engagements⁵⁰.

Présentent un intérêt particulier deux affaires dans lesquelles ont été identifiées des restrictions caractérisées jugées contraires à l'article 4, sous b) du règlement n.° 2790/99. Dans l'affaire Léonidas, le Conseil a condamné des clauses d'approvisionnement exclusif et des pratiques de réservation de clientèle⁵¹, tandis que dans l'affaire de la distribution des cycles étaient

45 V. par ex., Cons. conc., déc. 04-D-67, distribution de mobiles.

46 Cons. conc., déc. 06-D-11, saisine de la société Turbo Europe.

47 V. not., Cons. conc., déc. 04-D-12, Go Sport; 05-D-66, électronique grand public; 06-D-04, parfumerie de luxe; 06-D-22, marché des bougies pour deux roues; 06-D-37, distribution de cycles; 07-D-03, Clarins; 07-D-04, Jeff de Bruges; 07-D-06, consoles de jeux; 07-D-50, distribution des jouets.

48 V. parmi la condamnation de nombreuses pratiques, la prohibition d'une interdiction d'exporter dans l'affaire de la distribution de cycles, déc. 06-D-37.

49 Cons. conc. déc. 05-D-72, secteur des exportations parallèles de médicaments.

50 Cons. conc., déc. 07-D-22, 07-D-45; 07-D-46, distribution des produits pharmaceutiques: pour des raisons de procédure tenant à la protection du secret des affaires, ces procédures ne sont pas terminés, CA Paris, 26 nov. 2008 (annulation), sur pourvoi, Cass. com., 2 février 2010, annulation.

51 Cons. conc., déc. 07-D-24, réseau Léonidas.

notamment en cause des clauses d'interdiction de rétrocession entre détaillants empêchant les discounters de s'approvisionner⁵². Dans le même ordre d'idées, dans une affaire de distribution de pièces détachées pour motos, les interdictions de rétrocession à l'intérieur d'un système de distribution sélective ont été jugées contraires à l'article 4, sous d) du règlement n.° 2790/99⁵³. On peut dès lors s'étonner du fait que le Conseil ait jugé nécessaire d'établir l'objet et les effets anticoncurrentiels d'une telle clause d'approvisionnement exclusif avant de la déclarer contraire à l'article 101 TFUE et à l'article L. 420-1 c. com.

13. La question délicate des exclusivités dans le domaine de la distribution⁵⁴ a également fait l'objet de quelques prises de position.

Dans l'affaire Royal Canin, examinée au regard du seul droit français, le Conseil a utilisé le règlement n.° 2790/99 comme "guide d'analyse utile", pour constater qu'en l'espèce, Royal-Canin, qui disposait d'une part de marché de 39 % n'aurait pu se prévaloir du règlement. La clause d'exclusivité de clientèle qui se combinait avec une obligation d'achat exclusif et un contrat de distribution exclusif a dès lors été jugée contraire à l'article L. 420-1 c. com.

Mais le Conseil est surtout intervenu dans le domaine de la distribution des véhicules. Pour des raisons de droit transitoire, des exclusivités de marque ont été analysées au regard du vieux règlement n.° 1983/83 dans une affaire de distribution de motos⁵⁵, tandis que dans une autre affaire de distribution de bougies pour motos, il a écarté l'application du règlement n.° 1984/83 qui ne pouvait jouer pour un contrat de distribution sélective⁵⁶. C'est toujours au regard de ces textes que le cumul de la distribution exclusive et de la distribution sélective dans le secteur des motos a été envisagé, avant d'être confronté au nouveau régime issu du règlement n.° 2790/99⁵⁷. Pour les différents contrats des constructeurs, le cumul a été déclaré couvert par le règlement.

52 Cons. conc., déc. 06-D-37, distribution des cycles.

53 Cons. conc., déc. 06-D-22, marché des bougies pour deux roues.

54 Une pratique décisionnelle importante concerne la cession des droits audiovisuels.

55 Cons. conc., déc. 06-D-26, société Yamaha.

56 Cons. conc., déc. 06-D-22, préc..

57 Cons. conc., déc. 07-D-25, constructeurs de motocycles.

14. Dans cette même affaire dite des motocycles, le Conseil a également examiné des clauses de non concurrence, à la fois pendant la durée du contrat et à l'expiration de ce dernier au regard de l'article 5 du règlement n.° 2790/99. Si les premières ont été jugées licites, tel n'a pas été le cas d'une clause de non concurrence post-contractuelle dans le contrat Suzuki qui interdisait l'exercice d'une activité concurrente à partir des locaux contractuels pendant un délai de six mois. N'étant pas couverte par le règlement et ne répondant pas aux conditions de l'exemption individuelle, cette clause de non concurrence post contractuelle a été interdite⁵⁸.

15. On relèvera, enfin, toujours dans le cas particulier de la distribution automobile le traitement de l'accès aux pièces détachées examiné au regard du règlement n.° 1400/2002. Si une première affaire a été rejetée faute d'éléments probants⁵⁹, une saisine visant le groupe Citroën s'est terminée par une décision d'acceptation d'engagements garantissant aux réparateurs indépendants l'accès à l'outil de diagnostic électronique jusque là réservé aux seuls réparateurs agréés⁶⁰, décision qui ne peut qu'être rapprochée des décisions de la Commission adoptées en application de l'article 9 du règlement n.° 1/2003⁶¹.

En d'autres domaines, tout en s'inscrivant dans la ligne du droit de l'Union, l'Autorité française a indéniablement contribué à son approfondissement en allant plus loin que la Commission tout simplement parce qu'elle disposait d'une expérience qui faisait défaut à cette dernière.

B. L'approfondissement des solutions communautaires

16. Trois exemples, très utiles lors des discussions qui ont eu lieu à l'occasion de la révision du règlement n.° 2790/99, sont révélateurs de l'apport constructif de la pratique décisionnelle française au traitement des restrictions verticales. Ils ne se situent pas tout à fait au même niveau. Le premier concerne la

⁵⁸ Cette condamnation est intéressante, car elle montre que la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui distingue clause de non concurrence et clause de non ré-affiliation est infondée, du moins au regard du droit de la concurrence.

⁵⁹ Cons. conc., déc. 06-D-19, commerce de gros de pièces détachées.

⁶⁰ Cons. conc., déc. 06-D-27, et déc. 07-D-31, société Automobiles Citroën.

⁶¹ Comm. UE, déc. 13 sept. 2007, Daimler-Chrysler (aff. 39.140), JOUE, n.° L. 317, 5 déc. 2007; Toyota (aff. 39.142), JOUE, n.° L. 329, 14 déc. 2007; General Motors (aff. 39.143), JOUE, n.° L. 330, 15 déc. 2007; Fiat (aff. 39.141), JOUE, n.° L. 332, 18 déc. 2007.

question classique de l'interdiction des prix imposés et du standard de preuve (a); les deux autres portent sur des questions de fond (b).

a) l'affinement du standard de preuve et la question des prix imposés

17. On sait qu'à la suite de l'arrêt *Leegin*⁶², la question de l'opportunité de conserver la qualification de restriction caractérisée pour l'interdiction des prix imposés a été débattue, mais que cette dernière a finalement subsisté dans le nouveau règlement n.° 330/2010⁶³. La seule concession réside dans le fait que des prix de vente imposés peuvent exceptionnellement bénéficier de l'article 101, § 3 TFUE⁶⁴.

En France, pour des raisons historiques dues au fait que l'on a vécu dans un système de contrôle des prix de l'ordonnance du 30 juin 1945 jusqu'à l'ordonnance du 1^{er} janvier 1986, les pratiques de prix imposés font l'objet d'une attention particulière. Ainsi, malgré les réformes qui se sont succédé, ces pratiques demeurent-elles des pratiques restrictives (au sens du titre IV de la loi française) interdites *per se* et pénalement sanctionnée à l'article L. 442-5 du code de commerce. Ce texte est toutefois inappliqué en pratique, car ces questions sont traitées par l'Autorité de concurrence sur le terrain du droit des pratiques anticoncurrentielles et plus particulièrement du droit des ententes. Sur le fond, même si l'Autorité intervient sur la seule base du droit français, il s'agit toujours d'une restriction par objet.

18. Les difficultés se situent à un autre niveau: encore faut-il en pratique prouver l'existence d'un concours de volontés entre deux entreprises autonomes. L'expérience française a révélé trois difficultés: une spécifique tient à l'incidence de l'ancienne réglementation sur les marges arrière et sera évoquée ultérieurement⁶⁵; une autre relative à la qualification d'agent en présence d'un contrat de commission d'affiliation a déjà été mentionnée⁶⁶.

⁶² *Leegin Creative Leather Products vs. PSKS*, 551 U.S. 877 (2007).

⁶³ Règlement (UE) n.° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE, n.° L. 102, 23 avril 2010; v. art. 4, sous a).

⁶⁴ Les développements sur les prix de revente recommandés ou maximaux ont été substantiellement repris dans les nouvelles Lignes directrices (JOUE, n.° C. 130, 19 mai 2010). Le point V.2.10 traite désormais des "restrictions concernant le prix de vente" (LD, pts 223 à 229) et l'on trouve des indications sur les cas dans lesquels des prix imposés pourraient être couverts par le § 3 (LD, pt 225)

⁶⁵ Cons. conc., déc. 07-D-50, affaire des jouets. *Adde, infra* n.° 38.

⁶⁶ Adlc, déc. 09-D-23, Mango. *Adde, supra*, n.° 10.

Reste la question centrale de la preuve de l'adhésion du distributeur à la pratique de prix imposés. Deux situations peuvent se présenter.

19. Dans une première série de cas, l'adhésion du distributeur résulte du contrat lui-même:

“Selon une jurisprudence constante, le Conseil considère qu’une entente sur les prix de revente entre un fabricant et ses distributeurs peut être démontrée s’il existe entre eux un contrat prévoyant que le distributeur s’engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur. La validation par les distributeurs d’un contrat proposé par le fournisseur démontre en effet, à suffisance, l’accord de volonté entre fournisseur et distributeurs”⁶⁷.

Le principe en a encore été rappelé dans la dernière grande décision en matière de prix imposés, l’affaire des jouets⁶⁸.

20. Les difficultés apparaissent en l’absence de telles stipulations, lorsque le fabricant se limite à conseiller les prix. Sur ce point, la pratique décisionnelle française sur la distinction entre les “vrais” et les “faux” prix conseillés est particulièrement riche. Après avoir longtemps utilisé la technique du faisceau d’indices pour apporter la preuve de l’adhésion des distributeurs⁶⁹, le Conseil de la concurrence a développé⁷⁰ puis systématisé un test sophistiqué en trois étapes dans l’affaire dite des parfums⁷¹:

“le Conseil considère, en dehors des hypothèses simples où l’accord de volonté résulte de la signature par les parties d’un contrat comportant une clause aux termes de laquelle le distributeur s’engage à respecter les prix imposés par le

67 Cons. conc., déc. 07-D-06, consoles de jeu, pt 93; v. égal., déc. 05-D-07, 05-D-66, préc..

68 Cons. conc., déc. 07-D-50, pt 529.

69 V. par ex., Cons. conc., déc. 02-D-42, Akai; pour le rejet le prononcé de non lieu, déc. 04-D-33, électronique grand public, déc. 04-D-67, distribution de téléphones mobiles; déc. 05-D-26, LVMH.

70 Cons. conc., déc. 05-D-32, Royal Canin, pts 204 et s., 05-D-66, électronique grand public, 05-D-70, vidéocassettes, pts 176 et s.. qui conclut que des pratiques de prix conseillés et des alignements de prix sont le résultat d’ententes verticales contraires à l’article L. 420-1 c. com..

71 Cons. conc., déc. 06-D-04 bis, pt 452; les recours et annulations ultérieurs (en dernier lieu, Cass. com., 23 nov. 2010) concernent uniquement un point de procédure, le principe du délai raisonnable et sa portée.

fournisseur, que la preuve de l'entente verticale, qui suppose un accord de volonté entre les entreprises, est rapportée lorsqu'un faisceau d'indices «graves, précis et concordants» converge pour établir les trois points suivants:

- en premier lieu, les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs;
- en deuxième lieu, une police des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ;
- en troisième lieu, ces prix, souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs, sont significativement appliqués par ces derniers”.

Ce dernier est depuis systématiquement repris et appliqué⁷². La troisième condition est la plus difficile à établir car elle nécessite l'élaboration de mercuriales à partir de nombreux relevés de prix et le calcul de l'indice de dispersion⁷³. Les décisions qui retiennent la violation de l'article 101, § 1, TFUE et de l'article L. 420-1 c. com. sont particulièrement motivées⁷⁴.

b) les prises de position sur les nouvelles problématiques

21. Parmi les différentes questions non examinées par la Commission sur lesquelles l'Autorité française a eu à se prononcer⁷⁵, deux ont particulièrement retenu l'attention. Il s'agit tout d'abord de la distribution par Internet, ensuite de la généralisation des contrats d'exclusivité pour la diffusion de nouveaux produits.

1. La distribution par Internet

22. Beaucoup de choses ont été écrites sur le sujet⁷⁶ et il n'est pas utile de revenir sur les solutions qui ont été finalement consacrées moins dans le règlement

⁷² Cons. conc., déc. 07-D-03, Clarins, pt 140, déc. 07-D-04, Jeff de Bruges, pt 84, déc. 07-D-50, distribution des jouets, pt 534.

⁷³ V. par ex. pour les parfums, Cons. conc., déc. 07-D-03, pts 202 et s.

⁷⁴ Ainsi, dans l'affaire Clarins, préc., v. les pts 137 à 214, soit plus de 14 pages de motivation pour établir l'adhésion des détaillants à la politique de prix du parfumeur; dans l'affaire des jouets, pts 537 à 673, soit 30 pages.

⁷⁵ V. par ex., en matière de marchés de gros, la question de l'accès aux marchés aux cadrans, Cons. conc., déc. 05-D-09, chou-fleur de Bretagne (interdiction fondée sur les art. 81 CE et L. 420-1 c. com.).

⁷⁶ Cette question a donné lieu à de nombreux commentaires lors de la consultation publique sur la révision du règlement n.° 2790/99 (disponibles sur le site de la DG concurrence) et à de nombreux colloques et études en France (v. not., AFEC 2010 ; v., pour un rappel pédagogique des différents éléments avant l'adoption du règlement, Claudel, 2010).

n.° 330/2010 que dans les nouvelles Lignes directrices⁷⁷. Seules retiendront l'attention les prises de position de l'Autorité qui ont été, au demeurant, reprises dans l'avis rendu sur la réforme du règlement n.° 2750/99⁷⁸.

Si on laisse la question de l'accès à une place de marché sous-jacente dans l'affaire Covisint⁷⁹, la particularité de la pratique décisionnelle française tient au fait que la question de la distribution par Internet a été examinée en liaison avec la distribution sélective. C'est un point important à relever car les prises de position antérieures de la Commission et la solution proposée entre ventes actives et ventes passives, la distribution par Internet étant assimilée à des ventes actives, perd une grande partie de sa pertinence dans le contexte de la distribution sélective. La question est moins de savoir ce que le distributeur peut faire ou ne pas faire, que de déterminer, en amont, qui entre dans le réseau.

A ce jour, le Conseil de la concurrence est intervenu dans trois affaires, a rendu trois décisions d'acceptation d'engagements et une décision d'interdiction.

23. Les trois décisions d'acceptation d'engagements portent respectivement sur la distribution des montres de luxe dans l'affaire *Festina*⁸⁰, du matériel Hi-Fi haut de gamme⁸¹, dans l'affaire dite *Home Cinema*, et des produits cosmétiques dans la décision du même nom⁸².

Des trois décisions, il est possible de tirer les enseignements suivants. Le principe de départ a été résumé sous la formule "il est interdit d'interdire", en d'autres termes, un fabricant ne peut interdire à un distributeur agréé d'avoir un site de commercialisation, mais la distribution par Internet peut être réservée aux seuls membres du réseau. Un fabricant qui a mis en place un système de distribution sélective est donc en droit d'exclure les *pure players*. Cela étant, la vente sur Internet par le distributeur peut être subordonnée à des conditions dès lors qu'elles sont proportionnées et appliquées de manière

77 Lignes directrices, préc., sp., pts 52 et s.; *adde*, not., en France, Chagny, Luc & Vanard, 2010; Idot, 2010.

78 Avis du 25 juin 2010, préc.

79 Cons. conc., déc. 04-D-29.

80 Cons. conc., déc. 06-D-24

81 Cons. conc., déc. 06-D-28

82 Cons. conc., déc. 07-D-07

non discriminatoire, comme des exigences relatives à la qualité du site, à la disponibilité de *hot lines*... Dans l'affaire des cosmétiques, le Conseil est allé plus loin puisqu'il a accepté des quotas imposant un minimum de ventes en dur pour éviter le contournement de l'exclusion par les *pure players*. Il faut, en effet, s'adapter au contexte du secteur. C'est la raison pour laquelle dans l'affaire du *Home Cinema*, pour deux catégories de produits, le Conseil a accepté que le fabricant puisse exiger que le client prouve qu'il avait bénéficié d'un test en magasin et des conseils d'un distributeur agréé.

Ces principes ont été validés par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Festina*⁸³ et, au-delà des précisions propres à chaque espèce, finalement repris dans les nouvelles Lignes directrices⁸⁴.

24. La discussion n'est pas achevée. Un contentieux est né dans l'affaire de la distribution des produits cosmétiques à la suite du refus d'un fabricant, Pierre Fabre, qui, à la différence de ses concurrents, a refusé de prendre des engagements. L'interdiction imposée à ses distributeurs d'avoir leurs propres sites a été condamnée par le Conseil de la concurrence en tant que restriction caractérisée contraire à l'article 4, sous b) du règlement n.° 2790/99⁸⁵. La société Pierre Fabre a formé un recours devant la Cour d'appel de Paris, laquelle, à la suite de l'intervention de la Commission au titre de l'article 15, § 3, du règlement n.° 1/2003, a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice dans les termes suivants⁸⁶:

“L'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n.° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE ?”⁸⁷

83 CA Paris, 16 oct. 2007.

84 Lignes directrices, préc., sp., pour la distribution sélective, pts 53 à 57.

85 Cons. conc., déc. 08-D-25.

86 CA Paris, 29 octobre 2009.

87 Aff. C-439/09, JOUE, n.° C. 24, 30 janvier 2010.

L'affaire a été plaidée à la fin de l'année 2010 et les conclusions de l'avocat général, comme l'arrêt de la Cour de Justice, sont naturellement attendus avec impatience. En toute hypothèse, quelle que soit la solution donnée, l'expérience française aura indéniablement contribué de manière décisive à clarifier la difficulté.

2. Les cumuls d'exclusivité dans la distribution des produits de nouvelle technologie

25. L'autre affaire médiatisée présentant un intérêt qui dépasse largement le cadre français est la distribution de l'iPhone. En septembre 2008, Bouygues Télécom avait saisi le Conseil en assortissant la plainte dénonçant les pratiques mises en œuvre par Orange et Apple d'une demande de mesures conservatoires. Était en cause le partenariat négocié entre Apple et Orange faisant d'Orange l'opérateur de réseau et le grossiste exclusif pour l'iPhone en France, lequel était susceptible d'affecter quatre marchés: le marché des services de téléphonie mobile; les marchés amont et aval des terminaux; le marché des baladeurs numériques; le marché du téléchargement payant de musique en ligne.

26. Le Conseil a constaté que les accords conclus entre Apple et Orange, de même que le contrat de distribution proposé par Apple aux distributeurs agréés, d'une part, et par Orange aux mêmes distributeurs, d'autre part, combinaient plusieurs restrictions verticales qui affectaient la revente de l'iPhone aux consommateurs finaux. Étaient également touchées la distribution au stade du commerce de gros, du fait de l'exclusivité dont bénéficiait Orange, la fourniture des services, puisque seul Orange pouvait associer ses services au terminal concerné, enfin la distribution du produit au stade du commerce de détail, du fait du système de distribution sélective. A cela s'ajoutait l'interdiction des ventes croisées entre grossistes agréés et entre revendeurs de détail agréés. Dans ces conditions, et sous réserve de l'instruction au fond, les accords ne pouvaient être couverts par le règlement n.° 2799/1999.

Procédant ensuite à l'examen des exclusivités accordées à Orange en tant qu'opérateur de réseau et grossiste pour la distribution de l'iPhone en France, le Conseil a constaté que l'exclusivité accordée par Apple au premier opérateur mobile français portait sur une période très longue (cinq ans, même si Apple pouvait mettre fin au contrat au bout de trois ans) et concernait non

seulement les modèles d'iPhone déjà en vente mais aussi ceux qui auraient pu être mis sur le marché au cours de la durée du contrat. Elle était de plus verrouillée par les obstacles mis à la vente d'iPhone nus. Examinant enfin les gains d'efficacité allégués par les parties, le Conseil a conclu que les conditions de l'article 81, § 3 CE n'apparaissaient pas remplies, ce qui lui a permis de conclure qu'il n'était pas exclu que ces accords soient contraires aux articles 81, § 1 CE et L. 420-1 c. com.

27. Estimant que les conditions propres à l'octroi des mesures conservatoires, soit l'atteinte grave et immédiate au secteur, étaient remplies, le Conseil a finalement accordé des mesures pour que les autres opérateurs aient la possibilité de commercialiser l'iPhone. Elles remettaient en cause non seulement l'exclusivité dont bénéficiait Orange en tant qu'opérateur de réseau mais également celle dont il bénéficiait en tant que grossiste pour la distribution de l'iPhone, ainsi que les dispositions du contrat type de distribution d'Apple qui obligeait tout candidat distributeur de l'iPhone à ne le distribuer qu'associé aux services Orange.

Le recours formé contre la décision a été rejeté par la Cour d'appel de Paris au printemps 2009⁸⁸, mais sur pourvoi, pour des raisons propres aux conditions d'octroi des mesures conservatoires, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la cour d'appel⁸⁹.

28. En pratique, les conséquences découlant de cette annulation sont inexistantes puisqu'entre-temps Apple et Orange avaient accepté de prendre des engagements⁹⁰, qui ont pérennisé, en ce qui concerne la question de l'exclusivité, la situation née de l'application des mesures conservatoires. Celles-ci ont permis à SFR et Bouygues Télécom de conclure des contrats avec Apple concernant la distribution de l'iPhone 3G puis 3GS, et suspendu l'exclusivité d'Orange en tant que grossiste.

29. Au-delà du cas particulier, l'affaire iPhone est intéressante à bien des égards. Outre qu'elle montre combien il est difficile d'appréhender des marchés en pleine évolution dans le secteur des nouvelles technologies, elle

88 CA Paris, 4 février 2009.

89 Cass. com., 16 février 2010.

90 AdLC, déc. 10-D-01, 12 janvier 2010.

illustre également le fait que l'on ne peut plus se contenter de raisonner sur la part de marché du fournisseur pour prendre position sur la licéité d'accords. C'est un constat qui a été fait depuis longtemps en France en raison de la situation de force "la grande distribution".

II. LE PARTICULARISME DU TRAITEMENT DE LA GRANDE DISTRIBUTION

30. L'une des modifications majeures introduites dans le règlement n.° 330/2010 a consisté à introduire un "double seuil", le seuil de 30 % étant apprécié également par rapport à la position de l'acheteur sur le marché amont. L'objectif affiché est d'appréhender la puissance d'achat, notamment de ce qu'il est convenu d'appeler la "grande distribution". Dans cette perspective, l'expérience française est particulièrement riche. Ce secteur d'activité étant très développé, les autorités ne cessent depuis plus d'une quinzaine d'années de tenter de contrôler la puissance de ces opérateurs regroupés selon des modalités juridiques différentes, autour de six enseignes⁹¹. Les données sont en train d'évoluer de manière significative. En effet, face au constat de l'échec de l'approche menée depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (A), un nouveau cadre d'analyse est progressivement introduit (B).

A. L'échec de l'approche adoptée depuis 1986

31. Depuis 1986 et plus particulièrement depuis 1996, date de la première réforme d'ampleur du droit français de la concurrence opérée par la loi dite Galland, le législateur français ne cesse de multiplier les interventions pour tenter de rétablir un équilibre contractuel entre, d'une part, la grande distribution, d'autre part, les fournisseurs. Cette volonté d'encadrer les comportements parfois abusifs de la grande distribution s'est traduite en France par l'introduction, en droit des pratiques anticoncurrentielles, de dispositions interdisant des formes de pratiques abusives non appréhendées en tant que telles par le droit communautaire et surtout par le maintien d'une branche spécifique et propre au droit français, qu'est le titre IV sur les pratiques restrictives. Le premier outil est, à nos yeux, inutile (a) tandis

⁹¹ Des statistiques récentes sont données dans l'avis 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

que les effets pervers du second sont tels qu'ils justifieraient également sa disparition (b).

a) L'inutilité de l'interdiction des pratiques abusives autres que l'abus de position dominante

33. En-dehors de l'interdiction de l'abus de position dominante, il existe, en droit français, deux autres pratiques abusives qui relèvent, en tant que pratiques anticoncurrentielles, de la compétence de l'Autorité de concurrence.

34. La plus originale est l'interdiction de la pratique des prix abusivement bas, introduite par la loi dite Galland du 1^{er} juillet 1996, qui figure désormais à l'article L. 420-5 c. com. L'adoption de cette catégorie atypique de pratique anticoncurrentielle qui n'existe dans aucun autre droit de la concurrence était de lutter contre des pratiques jugées déloyales de certains hyper marchés, comme la vente de la baguette à 1 franc. Texte de circonstance, l'article L. 420-5 c. com. s'est révélé immédiatement inadapté⁹². Invoqué sans succès peu après son adoption⁹³, il n'est pratiquement plus sollicité depuis 2003⁹⁴.

35. Les données sont différentes à un double titre pour l'interdiction de l'abus de dépendance économique prévue à l'article L. 420-2 c. com.. En premier lieu, elle n'est nullement spécifique au droit français, où elle a été introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur le modèle du droit allemand. En deuxième lieu, même si c'est plus limité que pour l'abus de position dominante, l'abus de dépendance économique est malgré tout périodiquement évoqué. Toutefois, alors que le législateur pensait que ce texte serait adapté pour traiter de la dépendance des fournisseurs vis-à-vis des grands distributeurs, force est de constater depuis la fameuse affaire *Cora* relative à la pratique dite de la "corbeille de la mariée"⁹⁵, qu'il est surtout

92 V. sur les difficultés d'application, avis 97-A-18 concernant l'application de ce texte au secteur du disque.

93 Le Conseil mentionne, pour l'année 1997, trois affaires (rapport annuel, p. 80), quatre affaires en 1998 (rapport annuel, p. 80), une seule en 1999 (rapport annuel, p. 62), une en 2000 (rapport annuel, p. 132), deux en 2001 (rapport annuel, p. 203), deux en 2002 (rapport annuel, p. 228).

94 V. toutefois, Cons. conc., déc. 06-D-23, à propos de la politique de prix de l'Institut Géographique National, mais la saisine a été rejetée; pour des invocations en matière de marchés publics en-dehors de son domaine, par ex., déc. 09-D-20. Pour une étude d'ensemble, v. not., Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem & Viallens, 2008, Michel-Amsellem: 255 et s...

95 Cons. conc., déc. 93-D-21, Rapport 1993, p. 206; et sur recours, CA Paris, sect. conc., 5 mai 1994, BOCCRF, n.° 10/94.

invoqué par des distributeurs qui allèguent leur dépendance vis-à-vis des fournisseurs⁹⁶. Malgré l'assouplissement introduit par la loi NRE du 15 mai 2001, aucune condamnation n'est intervenue sur ce fondement au cours des dernières années⁹⁷ et l'invocation de ce texte tend à disparaître.

Une seule affaire récente mérite de retenir l'attention d'autant plus qu'elle concerne précisément le secteur de la grande distribution, mais la saisine, qui mettait en cause, le groupe Carrefour, a été rejetée faute d'éléments probants, d'autant plus que les auteurs de la saisine invoquaient en réalité une espèce d'état de dépendance économique collective⁹⁸. L'affaire a conduit l'Autorité à se saisir des difficultés dans une perspective plus générale⁹⁹.

36. On sait que, dans la perspective de la révision du règlement n.° 1/2003, la Commission s'est interrogée sur le maintien de l'article 3, § 2, in fine du règlement qui permet aux Etats membres de conserver, en matière de pratiques unilatérales, des dispositions plus sévères que celles du droit de l'Union. Au regard de la pratique française, la disparition de ces interdictions n'aurait pas grande conséquence, d'autant plus qu'il existe en droit français d'autres moyens d'appréhender la dépendance économique, en particulier, via les dispositions du titre IV sur l'interdiction des pratiques restrictives.

b) Le caractère pervers des dispositions du titre IV

37. Le sujet est immense et la littérature pléthorique. Chaque gouvernement modifie le titre IV¹⁰⁰ et crée de nouvelles commissions pour tenter de régler le problème¹⁰¹. Reprise d'anciennes infractions qui avaient un sens dans un système de contrôle des prix, le titre IV avait été conçu en 1986 comme un mécanisme transitoire, ce qui expliquait que la disposition, qui avait donné lieu au contentieux le plus important, l'interdiction du refus de vente, avait été

96 Pour une étude d'ensemble, v. Michel-Amsellem, 2008: chap. 2, 228 et s..

97 V. le rejet de la demande, Cons. conc., déc. 04-D-26, SARL Reims Bio, 05-D-50, société SCOB, 06-D-10, Stock-com.

98 AdIC, déc. 10-D-08, commerce d'alimentation générale de proximité.

99 AdIC, avis 10-A-26, préc..

100 V. sur ce point, Canivet, 2006: 69.

101 C'est ainsi qu'il y a eu en 2004 la Commission Canivet qui a abouti à la loi n.° 2005-882 du 2 août 2005, puis, en 2008, la Commission Hagelsteen, qui a travaillé sur la négociabilité des conditions de ventes entre fournisseurs et distributeurs.

dépénalisée. Loin de faire disparaître ce dispositif, la loi dite Galland du 1^{er} juillet 1996 l'a renforcé. Toujours composé de dispositions disparates, le titre IV a été recentré sur deux grandes séries de dispositions: l'interdiction de la revente à perte, toujours pénalement sanctionnée à l'article L. 441-5 c. com., et l'appréhension des relations déséquilibrées entre la grande distribution et les fournisseurs via toute une série d'interdictions en principe civilement sanctionnées à l'article 36 de l'ordonnance, devenu l'article L. 442-6 c. com.. La loi NRE du 15 mai 2001 a conservé le titre IV et l'a même renforcé, en particulier, l'article L. 442-6 c. com., qui a été assorti d'un système d'amendes civiles et de nullités¹⁰². Maintes fois remanié, le titre IV a été en dernier lieu modifié en 2008 à deux reprises, d'abord par la loi n.° 2008-3 du 3 janvier 2008, puis à l'occasion de la grande réforme du 4 août 2008.

On se bornera à deux observations.

38. S'agissant de l'interdiction de la revente à perte, les mécanismes de calcul du prix de revente et d'intégration des ristournes avaient conduit au développement de la pratique des marges arrière, dont l'effet inflationniste a été établi¹⁰³. Le point intéressant porte sur l'articulation entre ces dispositions et le droit des pratiques anticoncurrentielles, qui a été illustrée d'abord par l'affaire dite des vidéo-cassettes¹⁰⁴ et surtout par l'affaire dite des jouets, laquelle s'est achevée par l'importante décision n.° 07-D-50. Les fabricants et les principaux distributeurs qui étaient poursuivis pour des pratiques de prix imposés ont fait valoir à l'appui de leur défense que l'alignement des prix qui avait été constaté résultait du mode de calcul du seuil de revente à perte. Les distributeurs s'alignaient tous sur le prix du fabricant, puisqu'ils faisaient leurs marges sur les ristournes et remises non intégrées dans le seuil. Le Conseil de la concurrence a réparti les entreprises poursuivies en deux catégories. Celles qui ne pratiquaient pas les "marges arrières" ont été condamnées pour violation de l'article 81 CE et de l'article L. 420-1 c. com. dès lors que la preuve de pratiques de "faux" prix conseillés était établie au regard du standard de preuve utilisé par l'autorité¹⁰⁵. Pour les autres, pour lesquelles, cette preuve

102 Pour un bilan, v. Canivet & Idot, 2007; en particulier, les travaux de la III^{ème} table ronde: "Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence", pp. 99-140.

103 Cons. conc., avis 04-A-18, 18 octobre 2004.

104 Cons. conc., déc. 05-D-70.

105 Cons. conc., déc. 07-D-50, pts 474 et s.; sur recours, CA, Paris, 28 janvier 2009, Cass. com., 7 avril 2010.

n'était pas établie, le dossier a été transmis aux juridictions compétentes pour qu'elles vérifient le respect des règles du titre IV, plus particulièrement de l'article L. 442-6-III c. com.¹⁰⁶.

39. Ce texte de l'article L.442-6 c. com., d'une longueur inhabituelle, énumère plus de dix pratiques abusives qui ont pour point commun d'essayer de tenter de remédier à un déséquilibre contractuel. Seule la 5.°, qui concerne la rupture brutale de relations commerciales établies, connaît un véritable succès judiciaire. Dans cette liste, mérite de retenir l'attention le 2.° qui portait sur l'abus de relation de dépendance et aurait pu être érigé en principe général, les autres cas n'étant que des exemples. Ce 2.° a été modifié en 2008. Il vise désormais le fait de "de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties".

A l'origine, ces pratiques étaient des fautes qui engageaient la responsabilité civile de leurs auteurs en application du I. Comme les victimes n'agissaient pas, un droit d'action a été également accordé au ministre de l'économie. Le dispositif a ensuite été renforcé par un système de nullités au II, d'actions en répétition de l'indu et d'amendes civiles au III. La constitutionnalité de ce dispositif, présenté comme relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 CEDH, a été mise en cause via le nouveau mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁷. A la suite d'une décision du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré le texte de l'article L. 442-6, I, 2.° c. com. conforme à la constitution¹⁰⁸.

40. Ces quelques remarques n'ont pour but que d'illustrer l'échec du système mis en place qui, soit s'avère inefficace, soit génère un contentieux important d'où les préoccupations de concurrence sont, en définitive, totalement absentes. Les débats qui ont eu lieu autour de la révision du règlement n.° 2790/99 ont eu le mérite de mettre en lumière la nécessité d'appréhender le pouvoir de marché de la grande distribution par d'autres voies.

¹⁰⁶ *Idem*, pt 710.

¹⁰⁷ Cour de cassation, déc. 15 octobre 2010.

¹⁰⁸ Conseil constitutionnel, déc. n.° 2010-85 QPC.

B. L'introduction d'un nouveau cadre d'analyse

41. En schématisant, tant le chantier est important, la nouvelle approche de la “grande distribution”, dans laquelle l’Autorité française s’est engagée, emprunte essentiellement deux voies complémentaires. Il s’agit, à la fois, d’utiliser les outils du “vrai” droit de la concurrence (a), mais également de mener un “audit concurrence” plus efficace des réglementations (b).

a) l'utilisation des outils du droit de la concurrence

42. Les outils traditionnels n’ont sans doute pas été assez sollicités, qu’il s’agisse du contrôle des concentrations ou de l’interdiction des pratiques anticoncurrentielles.

1. Le contrôle des concentrations

43. Le contrôle des concentrations étant enfermé dans des seuils, les autorités de concurrence ne peuvent naturellement agir que dans le cadre défini par la loi. En raison du caractère très élevé des seuils du règlement n.° 139/2004, la Commission n’est que peu intervenue dans le secteur de la grande distribution¹⁰⁹. La seule décision d’interdiction dans l’affaire *Kesko-Tusko* a été adoptée à la suite d’une demande de renvoi de l’autorité finlandaise¹¹⁰. La plupart des opérations dans ce secteur relèvent en pratique des contrôles nationaux qui sont désormais généralisés.

44. En France, le contrôle des concentrations a été aligné sur le modèle communautaire par la réforme du 15 mai 2001¹¹¹. Les seuils de l’article L. 430-2 c. com. ont été respectivement fixés à 150 millions et 50 millions¹¹². Le pouvoir de décision était exercé par le ministre de l’économie et le Conseil de la concurrence n’était consulté pour avis que si l’opération passait en phase II¹¹³ ou si un problème survenait quant à l’exécution des engagements¹¹⁴.

109 V. par ex. Comm. UE, 3 décembre 1999, *Rewe/Meinl*, M. 1221; 25 janvier 2000, M.1684, *Carrefour/Promodès*.

110 TPICE, 15 décembre 1999, aff. T-22/97, Rec., p. II-3775.

111 V. not., Idot, 2001.

112 Ce seuil dit *de minimis* a été remonté de 15 à 50 millions d’euros par une ordonnance du 25 mars 2004.

113 V. par ex. pour une concentration dans le secteur de la bière, avis 04-A-08, *Scottish Newcastle/Kronenbourg*, avis 04-A-07, *Sogebra/Heineken*, 18 mai 2004; dans le secteur de la distribution des médicaments, avis 02-A-15, 23 décembre 2002.

114 Avis 07-A-03, 28 mars 2007 relatif à l’exécution des engagements souscrits par le groupe Carrefour à l’occasion d’une opération de concentration.

Lors de la réforme de 2008, qui a transféré le pouvoir de décision en matière de contrôle des concentrations à la nouvelle Autorité de la concurrence, il a été décidé d'introduire des seuils spécifiques pour le commerce de détail¹¹⁵. Au cours des neuf premiers mois d'activité, l'Autorité a adopté une centaine de décisions. Le bilan de l'année 2010 se monte à 198 décisions. Point important à relever, près de 40 % de ces opérations sont soumises au contrôle du fait des seuils abaissés pour le commerce de détail. Dans des Lignes directrices du 16 décembre 2009¹¹⁶, l'Autorité explique de manière détaillée la notion de commerce de détail, le mode de calcul des seuils¹¹⁷, et, bien sûr la manière d'apprécier ces opérations. Méritent un intérêt particulier les développements consacrés au point de savoir si la conclusion d'un contrat de distribution peut conférer une influence déterminante et aux conséquences des changements d'enseigne¹¹⁸...

L'examen de cette première pratique décisionnelle permet, en effet, de constater l'importance des réorganisations dans les groupes de la grande distribution¹¹⁹, mais également les barrières à l'entrée de nature comportementale qui freinent les changements d'enseigne. Le constat de ces barrières à l'entrée pourrait conduire à l'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles.

2. Le droit des pratiques anticoncurrentielles

45. Lorsque la concentration conduit la nouvelle entité à abuser de sa position dominante dans le secteur du commerce de détail, un dispositif particulier a été inséré dans le cadre de la réglementation applicable à l'équipement commercial¹²⁰. L'Autorité de la concurrence peut être saisie par le maire de la commune et dispose d'un pouvoir d'injonction pour faire cesser les pratiques¹²¹. Dans la mesure où l'Autorité dispose déjà d'un pouvoir

115 Art. L. 430-2-II c. com.

116 Disponibles sur le site de l'Autorité.

117 Lignes directrices sur le contrôle des concentrations, préc., sp. n.° 72 à 78.

118 *Idem*, n.° 584 à 595.

119 Cot & Blanchet, 2011.

120 V. art. L. 750-1 et s. c. com.

121 Art. L. 752-5 c. com.

équivalent quel que soit le secteur¹²², l'utilité de cette disposition, à ce jour non utilisée, peut être mise en doute.

46. Le droit des ententes est sans doute tout aussi efficace. A cet égard, doivent être signalés deux avis très importants rendus par l'Autorité le 7 décembre 2010 à la suite de l'utilisation du pouvoir de saisir d'office pour avis dont elle dispose depuis la réforme du 4 août 2008.

Le premier avis sur le management catégoriel¹²³ fait écho aux développements des nouvelles Lignes directrices de la Commission qui consacrent désormais un chapitre à ce type de contrats¹²⁴, qui organisent une collaboration entre distributeurs et fournisseurs. L'Autorité identifie un certain nombre de risques potentiels pour la concurrence liés à ces collaborations, en particulier des risques d'éviction de concurrents des linéaires et des risques d'ententes, notamment entre distributeurs. Relevant l'opacité actuelle du système, l'Autorité de la concurrence invite les opérateurs du secteur et la Commission d'examen des pratiques commerciales à réfléchir à un code de bonnes pratiques.

Dans un deuxième avis, toujours du 7 décembre 2010¹²⁵, l'Autorité de la concurrence juge préoccupant le niveau de concentration de certaines zones de chalandises et constate qu'il est aujourd'hui très difficile de créer de nouveaux magasins. Pour redynamiser la concurrence, il faut d'une part lever les barrières comportementales à l'entrée (par exemple, les pratiques de gel du foncier commercial), et d'autre part favoriser la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes, entravée aujourd'hui par des contrats trop longs et trop rigides. L'Autorité de la concurrence a formulé plusieurs recommandations notamment pour contrer les stratégies de gel du foncier commercial¹²⁶ et pour favoriser la mobilité entre enseignes¹²⁷.

122 Art. L. 430-9 c. com.

123 Avis 10-A-25 relatif aux contrats de "management catégoriel" entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

124 Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc., chap. 2.8, pts 209 à 213.

125 Avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

126 La suppression des clauses de non-concurrence et droits de priorité dans les contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial.

127 La limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum; la limitation des clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles; l'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation.

A défaut, l'Autorité considère qu'une intervention du législateur pourrait être nécessaire.

47. Cela étant, à l'inverse, il arrive que ce soit les réglementations qui doivent être revues pour limiter leur impact négatif sur la concurrence.

b) la généralisation d'un "audit" concurrence des réglementations

48. Pour mener un tel "audit", l'Autorité de la concurrence dispose de compétences consultatives. Trois voies sont désormais ouvertes, puisqu'aux deux procédures antérieures de consultations obligatoires sur certains projets de textes et de consultations facultatives à la demande des entités habilitées, a été ajoutée par la loi du 4 août 2008 la faculté pour l'Autorité de se saisir d'office¹²⁸. Ce dernier outil apparaît à la réflexion le plus novateur de la réforme, comme le montre les utilisations qui en ont d'ores et déjà été faites.

Si l'on regarde les interventions de l'Autorité dans le secteur de la distribution, ce dernier étant entendu largement, on ne peut que constater l'intensification de la réflexion quant à l'impact des diverses réglementations et cadres juridiques sur la concurrence en ce domaine.

49. Certains avis ont une portée générale. L'on peut ainsi mentionner un avis de 2006 sur les modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France¹²⁹ et, plus important dans le contexte français, un avis de 2007 relatif à la législation relative à l'urbanisme commercial¹³⁰, qui explique notamment les modifications apportées sur ce point en août 2008 au dispositif existant et notamment à l'élévation du seuil nécessaire pour avoir besoin d'une autorisation d'ouverture¹³¹.

50. D'autres avis ont une portée plus limitée quant à leur domaine, soit parce qu'ils concernent un secteur déterminé, soit parce qu'ils ne visent qu'un territoire.

¹²⁸ Art. L. 462-1 et L. 462-2 c. com. et depuis 2008, art. L. 462-4. *Adde*, pour un bilan récent, Spilliaert, 2010: 58.

¹²⁹ Avis 06-A-07, 22 mars 2006.

¹³⁰ Avis 07-A-12, 11 octobre 2007.

¹³¹ V. art. L-750-1 et s. c. com. En schématisant, le seuil est passé de 300 m² à 1000 m².

Au titre des premiers, doivent être signalés les importants avis concernant le secteur agricole¹³², et plus particulièrement ceux relatifs à deux filières sensibles, la filière des fruits et légumes¹³³ et le secteur laitier¹³⁴. Ces avis, qui prônaient une contractualisation des relations, ont été suivis d'effets, puisque le Gouvernement a adopté le 30 décembre 2010 après une nouvelle consultation de l'Autorité les décrets nécessaires à la mise en place de ce système.

Au titre des seconds, à la suite de la crise sociale survenue dans les départements d'outre mer au printemps 2009, l'Autorité avait été saisie par le gouvernement pour examiner les causes du coût élevé des produits pétroliers et des produits de grande consommation. Elle a rendu deux avis pour chacune de ces deux catégories¹³⁵. Pour les produits pétroliers, l'Autorité a depuis lors été saisie à deux reprises de projets de décrets réglant leur prix dans les départements d'outre mer. Le premier projet de décret a, en effet, été modifié à la suite du premier avis¹³⁶, et après une nouvelle consultation¹³⁷, les textes définitifs ont été adoptés le 8 novembre 2010.

51. Ces quelques exemples confirment que la concurrence dans le secteur de la distribution est une préoccupation constante de l'Autorité de la concurrence en France. Cette dernière n'hésite pas à utiliser tous les outils dont elle dispose. L'intervention *ex post* pour sanctionner les éventuelles pratiques anticoncurrentielles n'est en quelque sorte que la partie visible de l'iceberg. L'*advocacy* devrait à l'avenir prendre une place de plus en plus importante dans l'activité des autorités de concurrence et le fait que ces dernières aient constitué au sein du Réseau européen de concurrence un groupe de travail sur le secteur laitier le confirme.

132 V. par ex., depuis 2004, les avis 06-A-09, 06-A-17, 07-A-04.

133 Avis 08-A-07, 7 mai 2008.

134 Avis 09-A-48, 2 octobre 2009.

135 Avis 09-A-21, 24 juin 2009 sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer; avis 09-A-45, 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

136 Avis 10-A-03, 3 février 2010.

137 Avis 10-A-16, 28 juillet 2010.

BIBLIOGRAPHIE

AFEC

2010 Colloque du 5 octobre 2009, "Distribution et Internet; Quels défis pour le droit de la concurrence?", *Concurrences*, n.° 1-2010, n.° 30406, www.concurrences.com.

BLAISE, J.B.

1983 *Ententes et concentrations économiques*, Paris: Sirey, n.° 52 à 62.

BLAISE J.B. & IDOT, L.

2006 "Concurrence", *Rev. trim. dr. eur.* 42 (3).

2008, "Concurrence", *Rev. trim. dr. eur.*, 44 (2).

2009 "Concurrence", *Rev. trim. dr. eur.*, 45 (3).

BOUTARD-LABARDE, M.-C., CANIVET, G., CLAUDEL, E., MICHEL-AMSELLEM V. & VIALLENS, J.

2008 *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris: LGDJ. CANIVET, G.

2006 "L'histoire sans fin des lois éphémères... Ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution", in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*. Mélanges Yves Serra, Paris: Dalloz.

CANIVET, G. & IDOT, L. (dir.)

2007 Colloque de l'AFEC, *XXème anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Evolutions et perspectives*, Paris: Dalloz, série Colloques, vol. 16.

CHAGNY, LUC M. & VANARD, J.

2010 "Distribution and Internet: Results and prospects", Paris, 10 juin 2010, *Concurrences*, n.° 4-2010, n.° 32753, www.concurrences.com.

CLAUDEL, E.

2010 "Distribution sélective et vente en ligne", *RTD com.*, 2010-1, pp. 80-86.

COT, J. M. & BLANCHET, A.

2011 "Concentrations: Bilan de la pratique décisionnelle de l'ADLC en 2010", *Concurrences*, n.° 1-2011.

IDOT, L.

2001 "La réforme du droit français des concentrations", *J.C.P. éd. E, Cah. Dr. Ent.*, 2001/n.°4.

2002 "France" in J. Basedow (ed.), *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, pp. 187-218.

- 2004 “Rapport national français”, in D. Cahill (ed.), *The Modernisation of Enforcement of EC Competition Law*, FIDE, XXI Congress (Dublin), Cambridge: Cambridge University Press, pp. 151-186.
- 2006” La qualification de la restriction de concurrence”, in G. Canivet (ed.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris: LGDJ, 2006, pp. 86-107.
- 2008 “Rapport national français”, “La modernisation des règles communautaires antitrust. Premières expériences avec le règlement du Conseil n.° 1/2003”, in *The Modernisation of European Competition Law*, FIDE XXIII Congress (Linz), vol. 2, Baden-Baden: Nomos, pp. 79-103.
- 2009/2010 “La coopération entre la Commission et les juges nationaux en droit de la concurrence”, *Rev. aff. eur.* 2009/2010, pp. 59-72.
- 2010 “Aperçu du nouveau régime des accords verticaux”, *Europe*, étude, sp. n.° 12 et 13.
- IDOT L. & MOMÈGE, Ch.
- 2003 “Application of Articles 81 and 82 EC by the French Ordinary Courts. A Procedural Perspective”, Florence, Institut Robert Schuman, juin 2001, *6th European Competition Law Annual, Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing, pp. 232-252.
- MICHEL-AMSELLEM, V.
- 2008 “Les abus de domination” et “Les prix abusivement bas”, in Boutard-Labarde, M-C., Canivet, G., Claudel, E., Michel-Amsellem V. & Viallens, J., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris: LGDJ, pp. 228-254 et 255-268.
- RODGER, Barry J. (ed.)
- 2008 *Article 234 and Competition Law. An Analysis*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International.
- SPILLIAERT, P.
- 2010 “Les avis de l’Autorité de la concurrence”, *Concurrences*, n.° 3-2010.

UPFRONT ACCESS PAYMENTS, CATEGORY MANAGEMENT AND THE NEW REGULATION OF VERTICAL RESTRAINTS IN EU COMPETITION LAW: IMPORTING THE RETAIL SIDE OF THE STORY ¹

*Ioannis Lianos*²

ABSTRACT: By integrating more fully the retailer power story, the new vertical restraints guidelines and block exemption regulation provide for a more equilibrated regime for vertical restraints in Europe. The objective of the Commission was not only to address the important concern of retailer power and its possible anticompetitive effects in a retail sector that is characterized by increasing concentration, although not necessarily increasing profitability, but also to respond to the concerns (and political pressure) over big distribution and the power of multi-brand retailers that have been expressed at the national level, with the adoption of a hard or a soft law type of approach in order to regulate the relation between suppliers and retailers. By bringing these concerns within the realm of EU competition law, the Commission offers an alternative relief valve that takes more into account the effect of these practices on consumers than the regulations adopted at the national level.

SUMMARY: I. Vertical restraints – integrating the retailer power story. II. Retailer market power as a filter to the application of the block exemption regulation. III. Upfront access payments. IV. Category management. V. Conclusion.

¹ The article has already been published by the author with the following title: Ioannis Lianos, “New Kids on the Block: Retailer-driven Vertical Practices and the New Regulation of Vertical Restraints in EU Competition Law”, (2010) *The CPI Antitrust Journal* June 2010 (2).

² City Solicitors Educational Trust Reader in Competition Law and Economics, Faculty of Laws, UCL; Director, Centre for Law and Economics, UCL, Faculty of Laws.

I. VERTICAL RESTRAINTS – INTEGRATING THE RETAILER POWER STORY

The antagonistic nature of the relationship between suppliers and retailers constitutes the main justification for adopting vertical restraints. It has been a constant feature of the dominant story on the competitive effects of vertical restraints that competition between vertical structures (inter-brand competition) will mitigate any anticompetitive exercise of market power by the manufacturer imposing vertical restraints on her distributors and that it will eventually preserve consumers' interest.³ This conclusion is based on the assumption that the interest of the manufacturer is to reduce the distribution margin of the retailer at the level that will be optimal for the consumer and which will guarantee the reward of the promotional efforts of retailers up to what is necessary to ensure quality distribution services.⁴ This also constituted the conceptual foundation of the shift towards a more lenient antitrust regime for vertical restraints in Europe, following the enactment of regulation 2790/99 and the publication of the vertical restraints guidelines in 2000.⁵ The underlying assumption of the dominant story was that vertical restraints are generally imposed by the suppliers/producers to the dealers and that the downstream retail market is close to perfectly competitive.⁶

3 E.g. *Leegin Creative Leathers Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, at 2715 ('The promotion of interbrand competition is important because 'the primary purpose of the antitrust laws is to protect [this type of] competition.')

4 Posner, 1977; Easterbrook, 1984: 156-157.

5 For a comparative analysis of this shift in Europe and in the United States, see Lianos, 2007; As the Commission explained during the preparatory steps for the adoption of regulation 2790/99, "(i)t is [...] generally recognized that vertical restraints are on average less harmful than horizontal competition restraints. The main reason for treating a vertical restraint more leniently than a horizontal restraint lies in the fact that the latter may concern an agreement between competitors producing substitute goods/services while the former concerns an agreement between a supplier and a buyer of a particular product/service. In horizontal situations the exercise of market power by one company (higher prices of its products) will benefit its competitors. This may provide an incentive to competitors to induce each other to behave anti-competitively. In vertical situations the product of the one is the input for the other. This means that the exercise of market power by either the upstream or downstream company would normally hurt the demand for the product of the other. The companies involved in the agreement may therefore have an incentive to prevent the exercise of market power by the other (the so called selfpolicing character of vertical restraints)": Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints - Follow-up to the Green Paper on vertical restraints, COM(98) 544 final [1998] C365/3. The self-policing character of vertical restraints is, however, limited when competition between the different vertical structures remains weak. In this case, the reduction of intra-brand competition from vertical restraints will not be fully compensated by the positive impact of inter-brand competition between vertical structures.

6 Comanor & Rey, 2000; OFT, 1996: 23-25.

The reality of the marketplace is somehow different, as large multi-brand retailers may also take the initiative of suggesting or imposing vertical restraints to their suppliers, in particular as the balance of power between the different segments of the vertical chain has in recent years evolved in their favor.⁷ As the Commission noted in its Green paper on vertical restraints,

manufacturers are more and more dependent on distributors and grocery retail for getting their products to the consumers. Since the shelf space for new products is limited, conflicts arise between the increasing number of new product launches and the retailers' objective of profit optimization. The conflict has resulted in retailers asking for listing fees (key money) or for discount schemes which sometimes go beyond possible cost savings of the manufacturers.⁸

Furthermore, it is not always true that the interests of consumers and producers correspond, as it is likely that vertical restraints may lead to non-optimal distribution services for certain classes of consumers (in particular infra-marginal consumers), who will pay higher prices for services they feel they do not need.⁹ In the absence of sufficient inter-brand competition, vertical restraints will therefore harm infra-marginal consumers. The need to ensure coordination between the different levels of the vertical chain will not always justify the adoption of vertical restraints.¹⁰

Recent economic and management literature has also presented a different perspective on the economics of vertical relations. Robert Steiner has challenged the dominant view that relationships between the different

7 See OFT, 1997: 46-47: "over the last decade or so, retailers have tended to become a more important element in the overall value chain, partly at the expense of manufacturers. This change has occurred for various reasons, including: increased retailer size and retail concentration; increased importance of retailer image, which means that own-brand products have become more competitive with branded products; increased retailer information on consumers' preferences (partly as a result of scanner technology); and increased retailer command of technology."

8 Commission Green Paper, COM(96) 721 at 66 final (January, 1997).

9 See Comanor, 1985; Comanor, 1992.

10 Scherer, 1989 criticized the quality certification argument for resale price maintenance: "...what is the wider economic significance of a high-status image that comes from the high prices at which the product is sold, and not from the product intrinsic superiority? If an individual consumer derives utility from exclusiveness, and if the utility declines when a product enters mass distribution, there must be external diseconomies in consumption, violating one of the fundamental assumptions on the basis of which the efficiency of market processes is judged. The argument that product quality certification through resale price maintenance is efficiency-enhancing becomes even more dubious."

levels of the vertical structure are complementary.¹¹ Steiner considers that the retail level is not characterized by perfect competition and therefore it will not be reasonable to assume that the retailers will pass on to consumers the eventual additional margins that will follow from vertical contractual restraints that were adopted to increase inter-brand competition. If antitrust enforcement ignores intra-brand competition between retailers, that might lead to higher prices for consumers. The existence of inter-brand competition will not be sufficient to preserve consumers' interest. Retailers will not pass on the benefit of increased inter-brand competition to the consumers but will instead increase their own margin. Retailers are not passive price takers but they are actively involved in the strategy of increasing their vertical market share. According to Steiner, there are two forms of competition that co-exist in vertical structures: First, the horizontal competition between the different vertical structures or between the retailers of the same vertical structure and, second, the vertical competition between the different levels of the vertical structure, such as suppliers versus retailers over the sharing of the profits of the vertical chain.¹²

Steiner perceives competition as a struggle between firms aiming to capture a perceptible share of markets from each other (which is the traditional view of horizontal competition) but also an important share of sales or margins. He argues that vertical competition between retailers is as important for consumers as horizontal competition between different vertical structures. Concentration and market power in one stage of the vertical structure may lead to higher margins at this stage and lower margins at the other stage. Empirical research has confirmed some of Steiner's intuitions.¹³ But it has also been critical on the linkage made between the increased concentration of the retail sector and the reduction of competition. It has been noted that despite the high concentration ratios in the retail sector in many Member States,¹⁴ the sector remains generally competitive, as is reflected by the relatively low

11 Steiner, 1993; Steiner, 1991; Steiner, 2007.

12 Steiner, 1991.

13 Lynch, 2004.

14 In the United Kingdom, the top 4 retailers in the food supply chain account for 65 percent of the market and the German top 5 for 90 percent. *See*, Commission Staff Working Document – Competition in the food supply chain, SEC(2009) 1449, at 2.3.

net operating margins of retailers (on average around 4 percent) and the increasingly intense competition between different retail formats.¹⁵

Individual or collective retailer power has nevertheless been at the center of the attention of public authorities in Europe,¹⁶ with certain investigations being recently carried out at the national level.¹⁷ Retailer power manifests itself increasingly with the use of private labels, which compete directly with leading manufacturers' brands and other national brands and illustrate this shift in balance of power between retailers and suppliers.¹⁸ However, empirical evidence of the negative welfare effects of private labels is lacking and is, at best, ambiguous, thus not giving clear directions to competition authorities for action.¹⁹ The emergence of commercial practices, such as slotting allowances and category management agreements, are also illustrations of the increasing importance of retailer bargaining power that started to characterize the evolution of the distribution sector in the 1980s.

II. RETAILER MARKET POWER AS A FILTER TO THE APPLICATION OF THE BLOCK EXEMPTION REGULATION

The previous vertical restraints guidelines, adopted by the Commission in 2000, recognized that “for most vertical restraints, competition concerns can only arise if [...] there is some degree of market power at the level of the supplier or the buyer or at both levels.”²⁰ The market position of the buyer was also one of the parameters considered in the analysis of vertical restraints under Article 101(1), the Commission noting that “the effect of buying power on the likelihood of anti-competitive effects is not the same for the different vertical restraints” and it has particularly negative effects in case of restraints from the limited distribution and market partitioning groups such as exclusive supply, exclusive distribution, and quantitative selective

¹⁵ *Id.*

¹⁶ See the study commissioned by the OFT, 1998; OECD, 1999; European Commission, 1999; UK Competition Commission, 2000, Cm. 4842.

¹⁷ UK Competition Commission, 2008; OFT, 2006: 42-49; Svetlicinii, 2009; Nehl, 2007.

¹⁸ Ezrachi, 2010; Foer, 2005; Vogel, 1998.

¹⁹ For a more detailed analysis of the literature on the welfare effects of private labels see Lianos, 2008 and Ezrachi, 2010.

²⁰ Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints [2000] OJ C291/1, at 6.

distribution.²¹ However, retailer power was not the focus of the analysis under the block exemption regulation: A vertical agreement between a powerful retailer and a weaker supplier could pass through the 30 percent market share threshold that conditioned the application of the block exemption regulation, in the absence of hardcore restraints on competition.

It is important here to make a distinction between the two dimensions of retailer market power, that is their ability to affect one of the parameters of competition (price, quality, innovation, consumer choice) profitably. Retailers may dispose of buying power but also of selling power. Buying power is exercised upstream to suppliers. It is characterized as “countervailing buying power” in case the supplier disposes of market power. If there is only one buyer it takes the form of a monopsony.²² Selling power is exercised downstream to the retailers’ customers, the final consumers. In most cases buying and selling power are interlinked: a supermarket chain with selling power has also an important buying power, as it becomes the principal gateway for the suppliers’ products. Of course, this is not always the case, as some retailers may have a local selling power, because they are the only retail outlet within a specific geographical community, but do not dispose buying power, because the supplier operates at the national level.

The new block exemption regulation on vertical agreements, Regulation 330/2010 takes into account retailer market power. It adds in its Article 3 a second market share threshold for falling within the scope of the block exemption regulation, based not only on the market share held by the supplier, but also on that held by the buyer. In its first draft of the block exemption regulation, the Commission chose a general formulation of this rule and provided the exemption from the application of Article 101(1), “on condition that the market share held by each of the undertakings party to the agreement does not exceed 30% *on any* of the relevant markets affected by the agreement.”²³ The block exemption regulation provides a safe harbor for agreements only if neither party (supplier, retailer) has a market share above 30 percent. However, as some of the contributions to the consultation process noted, such a broad definition could encompass both dimensions of retailer market power and could indeed cover also circumstances of retailer selling

²¹ *Id.*, at 125.

²² For an analysis see Blair & Harrison, 2010.

²³ Article 3, Reg. 330/2010.

power. Van Bael & Bellis comments on the draft vertical agreements block exemption also noted the:

practical difficulty for a supplier to estimate the market share of each and every buyer forming part of its distribution system across the EU, [as] it is not unusual...for a supplier to appoint hundreds, if not thousands, of distributors in the E.U. [and] it may often not be possible for the supplier just to assume, as a methodological short-cut, that the buyer operates on a relevant market with the same product and geographic scope as the supplier, given that downstream distribution markets may frequently be broader in product terms but much narrower in geographic terms.²⁴

Other contributors noted that the increasing power of retailers was more adequately taken into account by the 1999 Guidelines on vertical restraints adopted by the Commission, which, in paragraph 73, referred to a possible withdrawal of the benefit of the block exemption regulation in “situations where the buyer, for example in the context of exclusive supply or exclusive distribution, has significant market power in the relevant downstream market where he resells the goods or provides the services.” The final text of the block exemption regulation and the guidelines takes into account some of these concerns. According to Article 2 of Reg. 330/2010, the exemption applies on condition that the market share held by the buyer does not exceed 30 percent “of the relevant market on which he *purchases* the contract goods or services.” The regulation thus emphasizes the buying dimension of retailer power, not its selling side, which would have led to practical difficulties for business in terms of compliance to the regulation.

The focus of the regulation on retailer power is also manifested by the inclusion of two retailer-driven commercial practices in the text of the guidelines: upfront access payments and category management. I will examine each of them separately.

III. UPFRONT ACCESS PAYMENTS

According to the vertical restraints guidelines, upfront access payments are “fixed fees that suppliers pay to distributors in the framework of a vertical relationship at the beginning of a relevant period, in order to get access to their distribution network and remunerate services provided to the suppliers

²⁴ Van Bael & Bellis, 2009: 1-2.

by the retailers.”²⁵ The category includes practices such as slotting allowances, pay-to-stay fees, and payments to have access to distributors’ campaigns.

There are conflicting stories on the rationale of upfront access payments.

Some authors have advanced anticompetitive theories. Slotting fees might be a mechanism for manufacturers to raise rivals’ costs: Dominant suppliers aim to secure a sufficient amount of shelf space in order to increase the costs and impose barriers to entry to potential upstream competitors.²⁶ Upfront payments provide dominant manufacturers an instrument to leverage their power against potential competitors by raising their cost of entry. Economies of scale or scope must of course be present at the supplier level and the shelf space should be foreclosed for a significant amount of time for the raising rivals’ costs strategy to succeed.²⁷

Small manufacturers are also disadvantaged in comparison to large manufacturers because they lack adequate access to capital markets and thus may not be able to pay the large upfront fees that are demanded by the retailers. It has been argued that “the dominant firm prefers to pay for scarce shelf space with slotting allowances rather than with wholesale price concessions because the former go directly to the retailers’ bottom line, whereas the latter are mitigated by retail price competition;” “by paying retailers with lump-sum money, the dominant firm can compensate retailers for their scarce shelf space without having to lower its wholesale price, which would reduce the overall available profit to be split.”²⁸

Slotting allowances make exclusion by dominant firms of their competitive fringe profitable: “if the dominant firm had to pay for exclusion by offering retailers lower wholesale prices, exclusion would not be profitable.”²⁹ These theories of harm focus on the abuse of retailers’ buying power by dominant manufacturers that aim to exclude their smaller rivals in the upstream market. A possible generalization would be that upfront payments are welfare-

25 Vertical Restraints Guidelines, at 203.

26 For an overview see Bloom, Gundlach & Cannon, 2000: 96-97.

27 Klein & Wright, 2007, note however that “most slotting arrangements involve relatively short-term retailer shelf space commitments,” usually a period of six months to a year. They also note that some large retailers, such as Wal-Mart prefer receiving the single best wholesale price that suppliers can offer instead of slotting fees.

28 Shaffer, 2005: 3.

29 Shaffer, 2005: 23.

reducing if they are initiated by dominant manufacturers and are unlikely to lead to exclusion when they are initiated by powerful buyers.

However, other theories emphasize the role of downstream market power in excluding competitors and limiting the distribution of small manufacturers' products. Marx & Shaffer have recently argued that upfront payments may allow a retailer with bargaining power to earn positive profits while it prevents small manufacturers from obtaining distribution from another retailer: "the manufacturer will not want to trade with the rival retailer because of fears that if it did, the dominant retailer would cut back on some or all of its planned purchases."³⁰ The welfare implications are that retail prices will be higher, because there is less competition at the retail level, and with fewer retailers buying from the small manufacturer, the choice in the marketplace will be reduced. Policy makers should also be concerned when slotting allowances are initiated by powerful retailers and should, in this case, not just prohibit slotting allowances, but also other means to achieve exclusion, such as explicit exclusive-dealing provisions.

Other authors advance the view that retailers employ three-part tariffs that combine slotting allowances (negative upfront payments made by the manufacturer even if the retailer does not buy anything afterwards) with two-part tariffs (the supplier charges wholesale prices and the retailers pay conditional fixed fees on actual trade) in order to achieve a monopolistic outcome and reduce retail competition.³¹ This is not possible with a two-part tariff structure if the retailer has bargaining power, as in this case each retailer has an incentive to free-ride on its rival's revenue by reducing its own prices. The story goes as follows:

(w)holesale prices above costs maintain retail prices at the monopoly level, while large conditional payments (corresponding to the retailers' anticipated variable profits) protect retailers against opportunistic moves by their rivals: any price-cutting by one retailer would lead the others to 'opt out'; upfront payments by the manufacturer (slotting allowances) can then be used to give ex ante each retailer its full contribution to the industry profits.³²

³⁰ Marx & Shaffer, 2007: 838.

³¹ Rey, Thal & Vergé, 2006.

³² Rey, Thal & Vergé, 2006: 4-5.

Slotting allowances do not lead to the exclusion of efficient retailers but they allow firms to maintain monopoly prices in a situation in which competing manufacturers offer contracts to a common retailer.

Other authors have argued that slotting fees constitute a facilitating practice to increase profit levels at the expense of suppliers and final consumers.³³ As Shaffer explains,

(i) in providing a means for retailers to commit contractually to high prices, a manufacturer indirectly raises retailer profits by eliminating their incentive for aggressive downstream pricing. Although manufacturers would prefer lower retail prices and hence greater sales, the competition among themselves for the scarce shelf space provides the incentive for such contracts.³⁴

Some authors noted, however, that empirical evidence does not support this theory as retailer profits and prices did not increase following the introduction of slotting allowances, and manufacturer profits did not fall, as they would have if retailers have been using slotting allowances to price discriminate.³⁵

To these anticompetitive stories for slotting allowances one could oppose an efficiency rationale. Slotting allowances enable retailers to manage efficiently a scarce resource – shelf space – and allocate it to its best possible use. They might serve as a signaling device for new products and “a basis for achieving efficient cost sharing and risk shifting among manufacturers and retailers.”³⁶

Slotting allowances moderate the risks of new product introductions and compensate retailers for the increasing costs of introducing and managing new products: they help equate an oversupply of new products with a less-than commensurate consumer demand for them.³⁷

33 Shaffer, 1991.

34 Shaffer, 1991: 121.

35 Sullivan, 1997: 490

36 Marx & Shaffer: 2007: 93.

37 Sullivan, 1997. *Supra* note 42.

Finally, some authors have advanced “the promotional services theory of slotting contracts.”³⁸ Retail shelf space is thought of as a means to create incremental or promotional sales that would not occur otherwise and for which infra-marginal consumers would not be willing to pay, as they would purchase the product without promotional shelf space. The manufacturers want greater retailer promotional shelf space supplied for their products but retailers have sub-optimal incentives to provide it, as they would not take into account the manufacturer’s profit margin on the incremental sales produced by the promotional shelf space, which is particularly problematic if the manufacturer is supplying a differentiated product. Upfront fees can thus be thought as a way to incentivize retailers to supply the optimal promotional shelf space and also as targeted discounts to marginal consumers, thereby increasing the marginal elasticity of demand. Manufacturers with the greatest profitability from incremental sales will be able to pay the most for shelf space and thus win the competition between suppliers for obtaining superior promotional shelf space.

But why choose upfront payments, instead of a wholesale price reduction, that could arguably achieve a similar result and provide more information on the value of the shelf space provided by the retailer? Klein & Wright explain that, in the presence of inter-retailer price competition, retailers will be obliged to decrease their price more than they will increase incremental sales for the manufacturer, as they are selling to both marginal and infra-marginal consumers, the latter being ready to switch retailers if they find the product cheaper elsewhere, and thus any shelf payment through a lower wholesale price will be eroded.³⁹ The manufacturer will thus have to reduce even more considerably its wholesale price in order to create the equilibrium shelf space rental return. However, if the retailer competition is intense, Klein & Wright argue that there will be a point where a lower wholesale price would be an inappropriate way for a manufacturer to compensate retailers for the supply of promotional shelf space and the manufacturers will thus employ upfront payments.

The new guidelines on vertical restraints take into account these different anticompetitive and pro-competitive stories for slotting allowances. The guidelines indicate the anticompetitive effects that upfront access payments

38 Klein & Wright, 2007; Wright, 2007.

39 *Ibid.*

may have for other distributors, when such payments induce the supplier to channel its products through only one distributor. In this case upfront access payments may have the same downstream foreclosure effect as an exclusive supply obligation and, according to the Guidelines, should be assessed by analogy to the assessment of exclusive supply obligations.⁴⁰ The Guidelines add that “exceptionally” upfront payments may also foreclose other suppliers, because of the increased barrier to entry. In this case, the assessment of that possible negative effect would be made in analogy to the assessment of single branding obligations.⁴¹ It seems thus that the Commission considers that upfront access payments are more problematic, from the point of view of competition, if they are initiated by powerful retailers aiming to dampen competition at the distribution market.

Upfront access payments may also soften competition and facilitate collusion between retailers. The Commission follows Shaffer’s 1991 study by indicating that slotting allowances are likely to increase the price charged by the supplier for the contract products, and higher supply prices may reduce the incentive of the retailers to compete on price on the downstream market and increase the profits of the distributors. However, the final version of the guidelines added some limitations to this scenario by explicitly indicating that there should be a cumulative use of upfront access payments and that the distribution market should be highly concentrated.⁴²

The Guidelines also list possible positive effects of slotting allowances. They note both their contribution to the efficient allocation of shelf space for new products and as a means to prevent free riding by suppliers on distributors’ promotional efforts, by shifting the risk of product failure back to the suppliers. However, no mention is made of the “promotional services theory of slotting contracts.” A possible reason is that such a theory would also lead to more positively viewing other mechanisms of shelf space compensation to prevent inter-retailer price competition, such as resale price maintenance clauses or rebates on a well-known product as a way to gain shelf space for another less well-known product, which was a “no go” for the Commission.⁴³

⁴⁰ Vertical Restraints Guidelines, at 204.

⁴¹ *Id.*, at 205.

⁴² *Id.*, at 206.

⁴³ Resale price maintenance is considered a hardcore restraint in EU competition law and excluded from the benefit of the block exemption regulation under Article 4(a) of Commission Regulation (EU) 330/2010

The introduction of a section on upfront access payments in the text of the vertical restraints regulation constitutes an important novelty, but it should be understood as responding to an increasing concern, justified or not, over retailer power in the different Member States. Some Member States have instituted prohibitions on slotting allowances in their fair competition statutes.⁴⁴

Other Member States, such as the United Kingdom and Ireland have recently adopted soft law instruments that also banned this practice. In the United Kingdom, the Groceries Supply Code of Practice (“GSCOP”), published by the Competition Commission in August 2009, provides that retailers may not require suppliers to pay for shelf space, although payments may be allowable for promotions of new product listings where the payments are proportional to the risk incurred by the retailer in stocking the new line.⁴⁵ The GSCOP is the result of the Competition Commission’s investigation of the groceries market between May 2006 and April 2008. The Commission suggested the adoption of the GSCOP, an improved version of the existing Supply Code of Practice, together with an Ombudsman to ensure effective enforcement of the new provisions for suppliers and retailers. The new U.K. government is committed to introducing an Ombudsman in the Office of Fair Trading in order to pro-actively enforce the GSCOP. Further developments on the final institutional arrangements for the enforcement of the GSCOP are expected in late July 2010. Similar provisions have been added to the Irish draft code of Practice for Grocery Goods Undertakings, published in August 2009.⁴⁶

There is a considerable benefit in adopting provisions that integrate a competition test and that take into account both the benefits and the costs of slotting allowances for consumers. Bringing these issues within the realm of competition law and the scope of action of competition agencies accomplishes this objective and potentially reduces the pressure to institute *per se* prohibitions or formalistic bans on such practices at the Member States’

[2010] OJ L 102/1. The ability to provide rebates on sales of a well-known product as a way to gain shelf space for a less well-known product was limited in the Coca-Cola undertaking, case COMP 39.116, B-2/ Coca-Cola, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/39116/tccc_final_undertaking_041019.pdf, at p. 6.

44 See Article L-442-6 of the French Code de Commerce.

45 GSCOP, Part 5, 12. See also, UK Competition Commission, 2000.

46 See Mullan, 2010.

level. The inclusion of this new section in the new vertical guidelines is a step towards that direction.

IV. CATEGORY MANAGEMENT

Category management is a vertical partnership in which previously confidential information is shared between manufacturers and retailers in order to cut costs in distribution and increase the margin of both parties. The major impetus for this type of arrangement came from the supermarket industry as a response to the intense competition from warehouses and discount stores. The category captain presents a plan-o-gram to the retailer suggesting a layout and a promotional plan for the entire category.

There are different forms of category management arrangements, going from strong ones, when the category captain has joint responsibility with the retailer for category development and is entrusted with all category decisions, to loose forms of category management, where the retailer also received second opinions and recommendations from other category captains or the role of the category captain is an advisory one.⁴⁷

Category management is efficiency-enhancing: it reduces retailers' risk of being out of stock or having excess inventories, speeds up delivering times, and enables the retailers to plan their production schedules. Suppliers and retailers have complementary information on consumers' needs and category management is a way to pool this information together for the benefit of consumers.⁴⁸

Alongside these various justifications, Klein & Wright have also advanced that category management is a way to ensure that the distributor provides a sufficient level of promotion desired by the supplier.⁴⁹ The story is similar to the promotional services theory advanced for slotting contracts. The distributors do not supply the sufficient level of promotion desired by the supplier because they do not take into account the supplier's marginal profit

47 Desrochers, Gundlach & Foer, 2003: 204.

48 See FTC 2001, "the manufacturers may know things like the times of year when a product will best sell, the kind of promotion that are most effective in moving the product or the kinds of complementary goods that might be advantageously displayed in adjacent markets." Retailers have point of sale data and knowledge of their promotional efforts. However, because retail outlets carry thousands of categories of products, the retailer cannot be expected to understand detailed aspects pertinent to the marketing of each category.

49 Klein & Wright, 2006. See also Wright, 2009.

when deciding what level of promotion to supply. Shelf space is a particular type of promotional service. Klein & Wright argue that category management is a substitute contractual device to a limited exclusivity provision in the distribution contract. The fundamental limitation on the degree of exclusivity is that the category captain is obliged to place rival brands on its planograms and that the final decision regarding listing and the allocation of shelf space belongs to the retailer and not the category captain. The retailer has the incentive to hold up the manufacturer by providing insufficient shelf space and promotional effort. The suppliers provide payment to ensure sufficient shelf space, either by reducing their wholesale prices, or by paying upfront access fees (slotting allowances) or through the premium earned by the retailers because of an RPM clause. Category management allows the supplier to prevent retailer hold up, for example, by selling the same shelf space twice, and ensures some return to the supplier in the form of a limited exclusive distribution for their products. There is, indeed, an implicit understanding that category captaincy is intended to privilege the brands of the category captain. This conceptualization of category management as a limited form of exclusive distribution has gained acceptance in the recent *JT International South Africa (Pty) Ltd and BAT South Africa* case of the South African Competition Tribunal.⁵⁰

The European Commission's guidelines on vertical restraints do not embrace this conceptualization when they examine the possible positive effects of category management. It is certainly noted in the guidelines that category management is generally positive and can produce anticompetitive effects only in specific circumstances.⁵¹ The Commission made a similar positive assessment of the effects of such agreements on consumers in its *Procter & Gamble* case in the context of EU merger control.⁵² The Commission

50 Case No: 05/CR/Feb05, The Competition Commission, *JT International South Africa (Pty) Ltd and British American Tobacco South Africa (Pty) Ltd*, available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACT/2009/46.html>, at 77.

51 Vertical Restraints Guidelines, at 210 ("in most cases category management agreements will not be problematic").

52 Case No COMP/M.3732 – Procter & Gamble/ Gillette, (2005) available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732_20050715_20212_en.pdf, at 151 "category management policy appears to provide an advantage to leading brands in general, and not only to the parties. This may be seen as largely pro-competitive, as it makes it easier for retailers to stock the most-demanded brands and easier for consumers to find them in sufficient quantities on the shelves. Hence, there is no elimination of competition."

also notes in the vertical restraints guidelines that category management arrangements might also bring a number of efficiency gains: They may allow distributors to achieve economies of scale as they ensure that the optimal quantity of products is presented timely and directly on the shelves.⁵³ They may also enable suppliers to achieve economies of scale by allowing them to better anticipate demand and to tailor their promotions accordingly.⁵⁴

However, no effort is made to develop a more holistic view of this practice, such as the “the promotional services theory” advanced by Klein & Wright. The reason might be that accepting this theory could provide room for a more lenient approach towards RPM, another mechanism of retailer promotional services compensation,⁵⁵ which is something the Commission did not want to pursue in this revision of the Block exemption regulation on vertical agreements.

Category management may “sometimes distort competition between suppliers, and finally result in anticompetitive foreclosure of other suppliers, where the category captain is able, due to its influence over the marketing decisions of the distributor, to limit or disadvantage the distribution of products of competing suppliers.”⁵⁶ This view comes essentially from the conflict of interest between the supplier and the retailers, although the Commission notes, “in most cases the distributor may not have an interest in limiting its choice of products.”⁵⁷ Category management might, however, produce exclusionary effects on other suppliers, in particular when the category captain is able, due to its influence over the marketing decisions of the distributor, to limit or disadvantage the distribution of products of competing suppliers.

The U.S. litigation in *Conwood v. US Tobacco Co.* provides an illustration of this risk for anticompetitive effects, although one should note that the factual circumstances of this case are exceptional.⁵⁸ This conflict of interest

⁵³ Vertical Restraints Guidelines, at 209.

⁵⁴ See also, Case No COMP/M.3732 – Procter & Gamble/ Gillette, (2005), above, at 150.

⁵⁵ See, most recently, Klein, 2009.

⁵⁶ Vertical Restraints Guidelines, at 210.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Conwood Company, L.P. v. United States Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002) (finding maintenance of monopoly power through exclusionary conduct, including the destruction of competitors’ promotional stands, payments for exclusive product display space).

is particularly acute when the distributor also sells private labels, in which case he has incentives to exclude certain suppliers, in particular intermediate national brands, as is also noted in the Commission's vertical restraints guidelines.⁵⁹ The Commission will assess this upstream foreclosure effect by analogy to the assessment of single branding obligations, and will integrate factors such as the market coverage of these agreements, the market position of competing suppliers, and the possible cumulative use of such agreements.⁶⁰

The Commission also examines the possible collusive effects of category management agreements at the upstream and downstream level. This was an important concern in the recent U.K. Competition Commission ("CoCo") market investigation of the supply of groceries in the United Kingdom.⁶¹ The CoCo acknowledged that category management might provide increased opportunities to exchange information between suppliers, whether directly or indirectly via retailers. The report reviewed category management in two product categories – fresh fruit and yogurt – and found varying degrees of supplier interaction as a result of category management relationships.⁶² The Commission concluded, "the degree of interaction among suppliers arising from category management is a cause for concern."⁶³

The European Commission also recognizes in the vertical restraints guidelines that "category management may also facilitate collusion between suppliers through increased opportunities to exchange via retailers sensitive market information, such as for instance information related to future

59 Vertical Restraints Guidelines, at 210. *See, however*, the more positive for category management analysis of the Commission in Case No COMP/M.3732 – Procter & Gamble/ Gillette, (2005), above, at 143-145, where the Commission notes that there is little likelihood that category managers would provide biased recommendations to retailers, as "the market investigation has shown that there is no significant information asymmetry between retailers and suppliers which could be abused" and that "most of the parties, competitors and some of the retailers, through their private labels, provide a full range of oral care products, sometimes similar or even broader than the parties' range, which prevents the parties from forcing retailers to buy a full line of their own branded products".

60 *Id.*, referring to 132-141 (single branding obligations).

61 UK Competition Commission, 2008.

62 Appendix 8.1. of the Report.

63 Competition Commission, The Supply of groceries in the UK market investigation (April 30, 2008), at 151 noting that "there were also some examples where suppliers offered information to grocery retailers regarding the future plans of competitors" and at p. 155, observing that "(o)ur review of the conditions necessary for tacit coordination to arise and be sustainable suggested that these conditions may be present in UK grocery retailing."

pricing, promotional plans or advertising campaigns.”⁶⁴ The risk might be more significant if the retailers sell private labels and are thus competitors to the supplier/category captain.

Direct information exchange between competitors is not covered by the Block Exemption Regulation on vertical agreements, as these constitute horizontal agreements that fall outside the scope of Regulation 330/2010, according to Article 2(4) of Reg. 330/2010.⁶⁵ The Commission’s guidelines on maritime transports that include a section on information exchange agreements,⁶⁶ as well as the new information exchange agreements between competitors section of the draft guidelines on horizontal cooperation agreements,⁶⁷ provide more detailed information on the Commission’s assessment of information exchange in a horizontal context.⁶⁸ Any information exchange between the supplier/category captain and the retailer that carries its own private label should be carefully monitored, for example by the constitution of Chinese walls or firewalls and the separation of the category management and product sales functions.⁶⁹ It is also possible that trading negotiations between retailers and suppliers (vertical relations) might be qualified to horizontal collusion with anticompetitive information exchange.⁷⁰ Competition authorities in various Member States of the EU have increasingly employed the hub and spoke theory to bring within the realm of competition law indirect information exchanges between retailers via their suppliers in the context of vertical relations but facilitating collusion at the supply level.⁷¹

64 Vertical Restraints Guidelines, at 212.

65 According to Art. 2(4) of Reg. 330/2010, “The exemption provided for in paragraph 1 shall not apply to vertical agreements entered into between competing undertakings”. See also, Vertical Restraints Guidelines, at 27-28.

66 Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to maritime transport services, OJ C245/2, at 38-59 (2008).

67 Draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, SEC(2010) 528/2, at 54-104.

68 On information exchange agreements in EU competition law see the materials of the conference organized by UCL Faculty of Laws in May 2010: <http://www.ucl.ac.uk/laws/cyprus/>.

69 See the recommendations at FTC, 2001.

70 On the horizontal/vertical characterization for category management agreements see Glazer, Henry & Jacobson, 2004. See also Lianos, 2008b; Whelan, 2009.

71 See the replica football kits and the toys sagas in the UK: CA 98/06/2003, Price Fixing of Replica Football Kit, [2004] UKCLR 6; CA/98/8/2003 Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd & Littlewoods

Furthermore, the Commission acknowledges in the vertical restraints guidelines that category management agreements may facilitate collusion between distributors when the same supplier serves as a category captain for all or most of the competing distributors on a market and provides these distributors with a common point of reference for their marketing decisions.⁷² One could question the possibility of this anticompetitive effect happening, unless there is a widespread adoption of the same category captain by all retailers. The category captain may also only provide advice about stocking and presentation of the category and is not involved in setting the retail selling price. As the U.K. Competition Commission noted in its report in the groceries market investigation, this concern might be overstated as there was no evidence from the case studies that category management activities were being used to facilitate, or had the effect of facilitating, collusion between grocery retailers.⁷³

V. CONCLUSION

By integrating more fully the retailer power story, the new vertical restraints guidelines and block exemption regulation provide for a more equilibrated regime for vertical restraints in Europe. The objective of the Commission was not only to address the important concern of retailer power and its possible anticompetitive effects in a retail sector that is characterized by increasing concentration, although not necessarily increasing profitability, but also to respond to the concerns (and political pressure) over big distribution and the power of multi-brand retailers that have been expressed at the national level, with the adoption of a hard or a soft law type of approach in order to regulate the relation between suppliers and retailers. By bringing these concerns within the realm of EU competition law, the Commission offers an alternative relief valve that takes more into account the effect of these practices on consumers than the regulations adopted at the national level.

Ltd fixing the price of Hasbro toys and games, [2004] 4 UKCLR 717; JJB Sports Plc [2004] CAT 17; Argos Ltd, Littlewoods Ltd v. OFT [2004] CAT 24; Argos Ltd, Littlewoods & OFT, JJB Sports & OFT [2006] EWCA Civ 1318; the recent Dairy investigation (<http://www.offt.gov.uk/news-and-updates/press/2010/45-10>) and Tobacco decision (Case CE/2596-03: Tobacco, April 10, 2010, available at http://www.offt.gov.uk/shared_offt/cag8_public_register/decisions/tobacco.pdf) at the OFT (although the hub and spoke elements of the claim were dropped). Desrochers, Gundlach & Foer, 2003: 206 note that "(a)s a result of the hub and spoke nature of Category Captain arrangements, rivals may learn about one another's pricing, merchandising, and promotion plans". The same authors, however, acknowledge that "no evidence of category captain facilitated collusion has been made public."

72 Vertical Restraints Guidelines, at 211.

73 Competition Commission, April 30, 2008: Appendix 8.1, 25. See also 8.19 of the main report.

REFERENCES

- BLAIR, Roger D. & HARRISON, Jeffrey L.
2010 *Monopoly in Law and Economics*, Cambridge: CUP.
- BLOOM, Paul N., GUNDLACH, Gregory T. & CANNON, Joseph P.
2000 “Slotting Allowances and Fees: Schools of Thought and the Views of Practising Managers”, 64(2) *J. Marketing*, pp. 92-108.
- COMANOR, W. S.
1985 “Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions and the New Antitrust Policy”, 98 *Harvard L Rev* 983.
1992 “The Two Economics of Vertical Restraints”, 21 *Southwestern University L Rev* 1265.
- COMANOR, W. & REY, P.
2000 “Vertical Restraints and the Market Power of Large Distributors”, 17 *Rev. Indus. Organ.* 135 .
- DESROCHERS, Debra M., GUNDLACH, Gregory T. & FOER, Albert A.
2003 “Analysis of Antitrust Challenges to Category Captain Arrangements”, 22(2) *J. Public Policy & Marketing*, pp. 201-215.
- EASTERBROOK, F.
1984 “Vertical Arrangements and the Rule of Reason”, 53 *Antitrust L J* 135.
- EUROPEAN COMMISSION
1999 *Buyer Power and its Impact in the Food Retail Distribution Sector of the European Union*.
- EZRACHI, Ariel
2010 “Unchallenged Market Power? The Tale of Supermarkets, Private Labels, and Competition Law”, 33(2) *World Competition*, pp. 257-274.
- FOER, Albert
2005 “Introduction to Symposium on Buyer Power and Antitrust”, 72 *ANTITRUST L.J.* 505.
- FTC
2001 *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*, Washington DC, 2001, available at <http://www.ftc.gov/bc/slotting/index.shtm>.
- GLAZER, Kenneth, HENRY, Brian R. & JACOBSON, Jonathan
2004 “Antitrust Implications for Category Management: resolving the Horizontal/ Vertical Characterization Debate”, *The Antitrust Source*, July 2004, available

at <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/04/07/Jul04-CatMgmt7=23.pdf>.

KLEIN, Benjamin

2009 “Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free Riding”, 76 *Antitrust L. J.*

KLEIN, BENJAMIN & WRIGHT, Joshua D.

2006 *Antitrust Analysis of Category Management: Conwood v. United States Tobacco*, available at http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219951.htm.

2007 “The Economics of Slotting Contracts”, 50(3) *J.L. & ECON.*, pp. 421-454.

2009 “An Antitrust Analysis of Category Management: Conwood Co. v. United States Tobacco Co.”, 17 *Supreme Court Econ. Rev.*

LIANOS, Ioannis

2007 *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Brussels: Bruylant/Sakkoulas.

2008a “Some Reflections on the Vertical Restraints Antitrust Category”, 4 *Concurrences* 17-26, available at http://www.concurrences.com/IMG/pdf/Colloque_UCL-IDC_Paris_230508_EN-2.pdf.

2008b “Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC”, 45 *Common Market L. Rev.*, pp. 1027-1077.

LYNCH, M. P.

2004 “Why Economists are Wrong to Neglect Retailing and How Steiner’s Theory Provides an Explanation of Important Regularities”, 49 *The Antitrust Bulletin* 911.

MARX, Leslie M. & SHAFFER, Greg,

2007 “Upfront Payments and Exclusion in Downstream Markets”, 38 (3) *Rand*, pp. 823-843.

MULLAN, Hugh

2010 “Banning payments for slotting and shelf-space: Ireland set to follow the United Kingdom’s example”, 31(4) *E.C.L.R.*, pp. 151-154.

NEHL, Hanns Peter

2007 “The Austrian competition authority concludes general inquiry in the highly concentrated food distribution sector while highlighting indications of strong buyer power (Branchenuntersuchung Lebensmittelhandel)”, e-Competitions, n.° 13981, 18 June 2007, available at www.concurrences.com.

OECD

1999 *Buying Power of Multiproduct Retailers*.

OFT

1996 *Vertical Restraints and Competition Policy* (Report prepared by P. W. Dobson & M. Waterson), Research Paper 12 (December 1996).

1997 *Competition in Retailing*, Research Paper 13 (September 1997).

1998 *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power* (Report prepared by Paul Dobson, Michael Waterson & Alex Chu), Research Paper 16 (September 1998).

2006 *Grocery Market – Proposed Decision to Make a Market Investigation Reference*, March 2006.

POSNER, R.

1977 “The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision”, 45 *U Chi L Rev* 1.

REY, Patrick, Thal, JEANINE & Vergé, THIBAUD

2006 *Slotting Allowances and Conditional Payments*, July 4.

SCHERER, F. M.

1989 *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition.

SHAFFER, Greg

1991 “Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices”, 22 *Rand Journal of Economics*, pp. 120-136.

2005 *Slotting Allowances and Optimal Product Variety*, (1) *Advances in Economic Analysis & Policy*, Article 3.

STEINER, R. L.

1991 “Intrabrand Competition-Stepchild of Antitrust”, 36 *The Antitrust Bulletin* 155.

1993 “The Inverse Association Between the Margins of Manufacturers and Retailers”, 8 *Rev Indus Org* 717.

2007 “The Virtual Equivalence of Horizontal and Vertical Competition – An Analysis of the sources of Market Power in Consumer Goods Industries”, 2007 Loyola Antitrust Colloquium), available at http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/Steiner_Vertical_paper.pdf.

SULLIVAN, Mary W.

1997 “Slotting Allowances and the Market for New Products”, 40 *J. L. & Econ.*, pp. 461-493.

SVETLICINI, Alexander

2009 "The Croatian Competition Authority issues a report on competition on the food retail market in 2008", *e-Competitions*, n.° 28749, 16 July 2009, available at www.concurrences.com.

UK COMPETITION COMMISSION,

2000 *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*.

2008 *The supply of groceries in the UK market investigation*, 30 April 2008, available at http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/538grocery.htm.

VAN BAEL & BELLIS,

2009 *Comments on the draft Vertical Agreements Block Exemption and Guidelines on Vertical restraints*.

VOGEL, Louis

1998 "Competition Law and Buying Power", 19(1) *European Competition Law Rev* 4.

WHELAN, Peter

2009 "Trading Negotiations Between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-competitive Horizontal Information Exchange?", 5(3) *Eur. Competition J.*, pp. 823-845.

WRIGHT, Joshua D.

2007 "Slotting Contracts and Consumer Welfare", 74(2) *Antitrust L.J.*, pp. 439-473.

DOSSIER TEMÁTICO II

Restrições horizontais

MODERNIZING THE APPROACH TO ARTICLE 101 TFEU IN RESPECT TO HORIZONTAL AGREEMENTS: HAS THE COMMISSION'S INTERPRETATION EVENTUALLY "COME OF AGE"?

*Arianna Andreangeli*¹

ABSTRACT: This paper considers the recent trends guiding the interpretation of Article 101 TFEU and examines their recent development by having regard to the new Commission Guidelines on its application to horizontal agreements. It is argued that the Commission, faithful to its agenda of "modernisation" of the substantive rules governing prima facie anti-competitive practices, has made a significant step toward bridging the gap between its administrative statements regarding the application of the Treaty competition rules to individual cases and the more recent case law of the EU Courts. The 2010 Guidelines on Horizontal agreements will be scrutinised in light of important judgments such as Wouters, Meca Medina and O2 v Commission and will be relied upon as evidence of the Commission's growing commitment to a "flexible" and economics-based approach to the concept of restriction of competition enshrined in Article 101(1) TFEU. The paper will also consider in brief the implications of this development for the overall structure of Article 101 and especially for the relation existing between its first and its third paragraph.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Legal analysis of prima facie anti-competitive practices under Article 101 TFEU: to balance or not to balance? A summary. 2.1. Prohibition of anti-competitive agreements under the EU antitrust rules: brief remarks on evolving trends. 2.2. From an "in-context" legal assessment to a "counterfactual analysis" of prima facie anti-competitive practices: 'Meca Medina' and 'O2'. 2.3. 'Barry Brothers' and the legal appraisal of restrictions 'by object': a step forward in the "modernisation" of the EU antitrust standards applicable to horizontal agreements? 3. What now for Article 101 TFEU? The impact of O2 and Barry Brothers on the Commission's legal approach and the road ahead. 3.1. The 2004

¹ Lecturer in Law, Liverpool Law School, University of Liverpool; Schuman-Fulbright visiting research fellow, Faculty of Law, University of Michigan. The author is very grateful to Prof. Luis Morais for his feedback. The usual disclaimer applies.

Guidelines and the current case law: is the Commission still “up to speed” with the EU Courts? 3.2. The new Guidelines on horizontal restraints of competition: between the old and the new... 4. From mobile phones to the 2010 Horizontal Practices Guidelines: a “brand new world” for Article 101 TFEU? Tentative conclusions.

1. INTRODUCTION

The interpretation of Article 101 TFEU (formerly 81 EC) has undergone major changes in the past years. Initially understood as a clause catching all agreements restraining the freedom of trade of the undertakings concerned, the prohibition contained in its paragraph 1 is now read in a more “realistic” and “flexible” manner. In this context, a number of commentators have argued that the European Court of Justice and the General Court, responsive to the need to conform to more “economics-based” principles, have now incorporated some of the elements of a “rule of reason” in the assessment of ‘by effect’ restraints on competition.² In addition, and having regard to ‘by object’ infringements, more recent pronouncements, such as the *Barry Brothers* preliminary ruling³, illustrate how the EU Courts seem to be applying a similarly “modernised” framework of assessment to practices that would have hitherto been declared unlawful without the need for their “closer” consideration.⁴

Against this background, it is undeniable that both the 2004 Commission Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU⁵ and the 2001 Notice on horizontal restraints⁶ have repeatedly been denounced as being “out of touch” with the evolving legal standards governing these practices and emerging from the EU Courts’ case law. In particular, the Commission’s insistence on the “egalitarian” division of labour between the prohibition clause – designed to allow an assessment of the anti-competitive effects of individual infringements – and the legal exception contained in paragraph 3

² See e.g. Marquis, 2007; also Jones, 2006.

³ Case C-209/07, *Beef Industry Development Society v Barry Brothers Ltd* (hereinafter referred to as *Barry Brothers*) [2008] ECR I-8637.

⁴ See e.g. Odudu, 2008: 13.

⁵ Guidelines on the application of Article 101(3) of the Treaty, [2004] OJ C101/97 (hereinafter referred to as Article 101(3) Guidelines).

⁶ Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal restraints, [2001] OJ C3/2 (hereinafter referred to as 2001 Horizontal Guidelines).

– aimed, instead, at the appraisal of their pro-competitive effects – had been perceived by many authors as no longer justifiable in light of decisions such as *Wouters*, *Meca Medina* and especially the *O2* appeal.⁷

In light of these concerns, it is suggested that the new Guidelines on horizontal cooperation published for consultation in 2010⁸ represent a welcome development in as much as they offer the Commission an opportunity to bring its approach in line with the current position of the EU Courts.

This note seeks to examine the approach proposed by the European Commission in its new Guidelines against the background of the more recent EU Courts’ case law in the area. Firstly, it will give a brief overview of the general trends and principles governing the interpretation of Article 101 TFEU, especially in respect to its structure and to the subject matter of the analysis that ought to be conducted under each of its limbs. Thereafter, it will examine the more recent decisions adopted by the EU Courts and affecting that interpretation in respect to both restrictions ‘by object’ and restraints ‘by effect’. In that context, the note will argue that the position adopted by the Commission in 2004, in as much as it was anchored to the “egalitarian division of labour” between the prohibition clause and the legal exception of Article 101(3) TFEU,⁹ whilst compatible with earlier judicial decisions, has become difficult to reconcile with the existing approach adopted by the General Court and the European Court of Justice.

The final part of the note will consider whether, in respect especially to horizontal restraints, the 2010 Guidelines have succeeded in increasing the consistency between the EU Courts and the Commission’s approach to Article 101 TFEU. It will be argued that whereas the Commission sought to maintain intact the “dichotomy” existing between restrictions ‘by object’ and ‘by effect’, in accordance with the existing case law, it expressly recognised and articulated the “counterfactual analysis” established by the General Court in *O2* as the legal standard applicable to ‘by effect’ restrictions of competition.

7 See case C-309/99, *Wouters v Algemene Raad*, [2002] ECR I-1577; case C-519/04 P, *Meca Medina and Majcek v Commission*, [2006] ECR I-6991; case T-328/03, *O2 v Commission*, [2006] ECR II-1231.

8 Commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements, SEC(2010) 528/2, available at: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontal/guidelines_en.pdf (hereinafter referred to as 2010 Horizontal Guidelines).

9 See *inter alia* Article 101(3) Guidelines, para. 12, 14 and 32.

The note will conclude that although it is perhaps premature to draw any conclusions as to the future directions of the Commission's approach, the proposed Guidelines seem to have gone some way toward "bridging the gap" existing between the EU Courts' most recent understanding of Article 101 TFEU and the Commission's reading of the same provision. However, it will also be suggested that further reflection will have to be made as regards the legal analysis applicable to 'by object' restraints, to ensure that the ECJ's approach, emerging especially from the *Barry Brothers* preliminary ruling, is appropriately reflected in the forthcoming Guidelines.

2. LEGAL ANALYSIS OF PRIMA FACIE ANTI-COMPETITIVE PRACTICES UNDER ARTICLE 101 TFEU: TO BALANCE OR NOT TO BALANCE? A SUMMARY

2.1. Prohibition of anti-competitive agreements under the EU antitrust rules: brief remarks on evolving trends

The limited purvey of this paper does not allow for an exhaustive examination of the case law relating to the notion of restriction of competition or for a detailed consideration of the relationship existing between the "prohibition" clause, contained in Article 101(1) TFEU, and the legal exception provided by its paragraph 3. It is nonetheless necessary to recall, albeit in brief, the general trends and approaches characterising the interpretation of this provision. It is well known that, whereas in its early judgments the Court of Justice had adopted a "broad" reading of Article 101(1) TFEU according to which all practices having an adverse impact on the parties' freedom to trade would be held incompatible with the Treaty competition rules,¹⁰ its later decisions pointed gradually to a more restrained and rather "selective" view of what would constitute a prima facie unlawful restraint on competition.¹¹ In *STM* it was held that individual agreements, and especially those not entailing a "serious" infringement of the competition rules, would have to be assessed in their actual context and would be prohibited by Article 101(1) TFEU with a view to determining whether they had actually impaired competition to an appreciable degree.¹² This framework for assessment would have to take

¹⁰ *Inter alia*, case 56/64, *Consten and Grundig v Commission*, [1966] ECR 429, pp. 472-473.

¹¹ See e.g. case 56/65, *STM v MBU*, [[1966] ECR 337. For commentary see, *inter alia*, Odudu, 2006: 98.

¹² Case 56/65, *STM*, cit. (fn. 11), p. 249.

into account the nature and quantity of the products affected, the size of the concerned parties and the existence of any “networks” of similar practices, with a view to considering ultimately whether the agreement had appreciably contributed to the foreclosure of the relevant market.¹³

It is also clear that this relatively more “restrained” reading of the concept of restriction of competition has a direct impact on the scope and manner of interpretation of the exemption clause, which is applicable, at least in principle, to all *prima facie* ant-competitive practices, even those entailing particularly “nefarious” antitrust breaches.¹⁴

According to the well known General Court’s decision in *Metropole*, Article 101(3) TFEU would provide the forum within which to assess the pro- and anti-competitive effects of all practices restricting the freedom of trade of the concerned parties, having regard to their economic and legal context.¹⁵ The Court emphasised that this interpretation would prevent Article 101 from “extending abstractly and without distinction” to any arrangement that has the effect of restraining the freedom to trade of its parties.¹⁶ In light of *Metropole*, the Commission took the view in its 2004 Article 101(3) Guidelines that the application of Article 101 TFEU would be articulated in two parts: the first would involve a consideration of whether individual practices had an anti-competitive object or effect, having regard to their content and purpose and in light of their economic and legal context; the second part, instead, which would only become relevant if the first part of the assessment had a positive outcome, would require a consideration of whether the anti-competitive impact of the agreement could be counterbalanced by beneficial effects for competition, expressed in the form of productive as well as of allocative efficiency gains.¹⁷

Commenting on the relationship between the prohibition and the exemption clauses within Article 101 TFEU, Jones suggested that the approach suggested by the EU Courts up to *Metropole*, and crystallised by

¹³ 13 For commentary, see e.g. Whish, 2008: 116-117.

¹⁴ See e.g. case C-17/93, *Matra Hachette v Commission*, [[1994] ECR II-595, para. 85. See also Commission Guidelines on the application of Article 81(3), [2004] O J C101/97 (hereinafter referred to as Article 81(3) Guidelines), para. 32-33.

¹⁵ Case T-112/99, *Metropole and others v Commission*, [2001] ECR II-2458, para. 74 and 76.

¹⁶ *Id.*, para. 75.

¹⁷ Commission article 101(3) Guidelines, para. 11-12.

the Commission in its Guidelines, had resulted in de facto “dividing up” the assessment of anti-competitive practices into two prongs: Article 101(1) TFEU, aimed at gauging whether an arrangement had had a negative impact on competition whereas the legal exception would allow the defendants to plead that their agreement, despite restricting competition, had a beneficial impact on productive efficiency which outweighed its negative effects on rivalry.¹⁸ However, the relatively generous view of the concept of “restriction of competition” came to be criticised by commentators. It was argued that such a broad understanding of restraint of competition as catching de facto any restraint on the freedom of trade of the parties resulted in “economically indefensible” conclusions as regards pretty “harmless” practices. More generally, it was suggested that this interpretation could lead to the de facto shifting of a significant part of their assessment to the framework of paragraph 3.¹⁹ In response to these concerns, the Commission, as part of its plans of “Modernisation” of the competition enforcement structures, sought to elaborate a more “economics-based” approach to the prohibition clause.

Already in its 2004 Guidelines the Commission attempted to reconcile this “bipartite structure” for article 101 TFEU, according to which the assessment of individual practices was “divided” between the prohibition clause – focused mainly on its negative effects for competition – and the exemption clause – concerned instead with the assessment of the extent to which a prima facie restrictive practice could yield benefits, according to the four conditions listed therein, with the need to confine the remit of the antitrust rules to genuinely anti-competitive conduct.²⁰ Consequently, it took the view that prima facie unlawful conduct could nonetheless be “tolerated” as being compatible with the over-arching objective of Article 101 TFEU, i.e. the pursuit of economic efficiency to the benefit of the consumer if it fulfilled the four conditions of Article 101(3).²¹

However, the Commission, consistently with the General Court in *Metropole*, refused to take the view that the “prohibition clause” would provide the forum for the comparative assessment of the pro- and anti-

18 Jones, 2006: 788.

19 Jones, 2006: 748-749; see also Schweitzer, 2009: 140.

20 Commission Article 101(3) Guidelines, para. 33; see also para. 40-41. For commentary, see Schweitzer, 2009: 144-145.

21 Commission Article 101(3) Guidelines, para. 12-13.

competitive effects of an individual practice: it affirmed instead that once a specific agreement had been found to be contrary to Article 101(1), either by reason of its ‘object’ or of its ‘effects’, it would be caught by that prohibition.²² Any allegation that it would be likely to benefit economic efficiency and consumer welfare would therefore only be considered against the framework provided by the exemption clause, without affecting the prior conclusion that the practice had infringed the prohibition clause.²³ Although both the Commission and the General Court affirmed that it was indispensable to consider any allegedly anti-competitive practice in its legal and economic context and, more generally, to subject it to a relatively “flexible” examination, they openly excluded that a “balancing exercise” between pro- and anti-competitive effects could take place outside the framework of the legal exception of Article 101(3) TFEU.²⁴

In other judgments the EU Courts seemed to cast doubt at least in part on the “bipartite” structure suggested for Article 101 TFEU in the *Metropole* judgment and later endorsed by the Commission. Thus, in respect to so-called ‘ancillary restraints’ of competition, i.e. those restrictive practices that are “strictly related and necessary” for the completion of a principal, legitimate commercial transaction, such as the sale of a business,²⁵ the ECJ held that not all agreements aimed at restriction the freedom of trade of their parties would be caught by the prohibition laid down by that provision.²⁶ The Court held that contractual restraints limiting the ability to compete on a specific market would not fall within the scope of paragraph 1 if, having regard to their legal and economic context and to the conditions of competition within a given market, they pursued a “legitimate commercial purpose” and were limited in their duration and geographic scope.²⁷

22 Commission Article 101(3) Guidelines, para. 16-17; see also para. 20-22 and 25.

23 *Id.*, para. 32-33. See also e.g. case 56/64, *Consten and Grundig v Commission*, [1966] ECR 429 at 472-473; also case T-112/99, *Metropole and others v Commission*, [2001] ECR II-2459, para. 74.

24 Case T-112/99, *Metropole and others v Commission*, [2001] ECR II-2459, para. 72-74; also Commission Article 101(3) Guidelines, para. 12-13.

25 *Inter alia*, Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, [2005] OJ C-56/24, para. 12-13.

26 Whish, 2008: 124; see also 126.

27 Case 42/84, *Remia BV v Commission*, [1985] ECR 2545, para. 17-19.

Later case law indicated that these requirements of “necessity” and of “proportionality” could be applied to assess the lawfulness of restrictions on the freedom of trade of undertakings that were agreed not only for broadly commercial purposes, but also to satisfy a “public interest objective”.²⁸ In the other *Wouters* preliminary ruling the Court of Justice acknowledged that the prohibition of multidisciplinary partnerships between lawyers and other professionals, imposed by the applicable rules of professional conduct, limited the freedom to provide services enjoyed by lawyers.²⁹ However, it took the view that this arrangement, despite being liable to be caught, at least in principle, by Article 101(1) TFEU, had to be examined against its legal and economic context and especially against the objective that it sought to achieve,³⁰ i.e. upholding appropriate standards of conduct of the legal profession for the purpose of protecting the sound administration of justice.³¹ Accordingly, the Court of Justice concluded that having regard to the overall scheme of the regulation of the legal profession in the Netherlands and to the underlying need to reconcile the economic freedom enjoyed by individual lawyers with the application of suitable standards of professional conduct in the public interest, the prohibition of multidisciplinary practices could reasonably be regarded as “necessary” to ensure the proper exercise of the legal profession in the public interest.³²

The *Wouters* decision was widely criticised and the limited remit of this paper does not allow for further comment on the issues it raised. It is suggested that in the decision the Court engaged in a balancing exercise between the opposing interests of free competition, on the one hand, and the protection of the sound administration of justice on the other hand; it did so, however, not in the context of Article 101(3) TFEU, but in that of the prohibition clause.³³ Whether the Court did so to declare the competition

28 Case C-250/92, *Gottrup Klim e.a. v Dansk Landburgs G. AmbA*, [1994] ECR I-5641, para. 34-35; see also Article 81(3) Guidelines, para. 31-32.

29 *Id.*, para. 90.

30 *Id.*, para. 97.

31 *Ibid.*

32 *Id.*, para. 107-109; see also para. 100-101.

33 See, *inter alia*, Commission decision 2000/475/EC of 24 January 1999, *CECED*, [2000] OJ C47, especially para. 47-51; also Commission decision 94/322/EEC of 18 May 1994, *Exxon/Shell*, [1994] OJ L144/20, especially para. 67-68. For commentary, see Townley, 2009: 148-153.

rules inapplicable to restraints on competition serving a “national” policy interest or other public policy goals,³⁴ or simply to overcome the difficulties arising from the Commission’s “monopoly” on the granting of “exemptions”³⁵ is still open to question.

However, it is undeniable that *Wouters* had a significant impact on the development of the approach to Article 101.³⁶ It is suggested that in light of this preliminary ruling it is not longer clear whether the legal exception remains the “exclusive forum” for the appraisal of any positive effects stemming from prima facie infringements of Article 101(1) TFEU. While this uncertainty is surely apparent in respect to the assessment of practices aimed at achieving “non-economic” goals and especially those of a “constitutional” nature,³⁷ it is undeniable that the approach to the “division of work” existing between the prohibition clause and the legal exception hitherto accepted by the EU Courts and transposed in the Commission’s Article 81(3) Guidelines may not easily be reconciled with the pattern of legal analysis adopted in *Wouters*.³⁸ The next section will examine how later decisions have changed the hitherto “established” approach to the interpretation of Article 101 TFEU and especially to the legal analysis that this provision entails.

2.2. From an “in-context” legal assessment to a “counterfactual analysis” of prima facie anti-competitive practices: ‘Meca Medina’ and ‘O2’

Section 2.1 provided a brief outline of the more “traditional” approach to the interpretation of Article 101. In that context, it was emphasised that the EU Courts’ case law had gradually moved from a very generous interpretation of the notion of restriction of competition to a more selective reading of the prohibition clause itself, inspired by stronger economic principles and by a concern for avoiding casting too wide a “net” over potentially harmless restraints on trade. However, it was also illustrated how this move had had significant consequences for the relationship between the ‘prohibition’ clause and the legal exception. Already the *Wouters* preliminary ruling had seemed

34 Monti, 2002: 1083-85; see also 1086-87.

35 Townley, 2009: 135-138; cf. O’Loughlin, 2003: 64 and 68-69.

36 Whish, 2008: 128-129.

37 See e.g. Monti, 2002: 1084-1085; also Townley, 2009: 134-135.

38 See Jones, 2006: 784-85; see also 788 and 804-805.

to suggest that some consideration of the supposedly “beneficial effects” of prima facie competition infringements should take place within the framework of the prohibition clause. Although the Court of Justice sought to justify this finding on the ground of the need to place each practice in its legal and economic context (especially when its “content and purpose” was not immediately and openly offensive of competition) its conclusions contributed to casting shadow on the extent to which the Commission Article 101(3) Guidelines could be considered “tenable” in light of the evolving judicial approach to Article 101 TFEU.

This section will provide a brief analysis of a number of decisions handed down after *Wouters* and in that context will seek to illustrate their impact on the hitherto “established” interpretation of Article 101, also endorsed by the Commission. In the *Meca Medina* case³⁹ the Court of Justice examined the question of whether a decision of the International Olympic Committee, seeking to exclude from competitive sports athletes found to be positive to anti-doping tests, constitute a restraint on their economic freedom akin to a restriction of competition caught by Article 101(1) TFEU. The Court took the view that although this decision entailed a limitation in the freedom of action of an ‘undertaking’ (namely, an individual engaged in sports activities for the purpose of gainful employment),⁴⁰ it should not be regarded as automatically prohibited by Article 101.

The Court observed that since they pursued a legitimate aim, i.e. the protection of the health of athletes and the integrity of competitive sports,⁴¹ and were limited to what was necessary to achieve that objective⁴², the anti-doping rules and especially the sanctions imposed for their infringement were not incompatible with the Treaty competition rules.⁴³ Thus, it was concluded that although they resulted in a limitation of the economic freedom of the applicants, these rules were not caught by the prohibition clause.⁴⁴

39 Case C-519/04 P, *Meca Medina and Majcek v Commission*, [2006] ECR I-6991.

40 *Id.*, para. 24-25. See also, *mutatis mutandis*, case T-193/02, *Laurent Piau v Commission*, [2005] ECR II-209, para. 91-99.

41 *Id.*, para. 43; see also para. 45-46.

42 *Id.*, para. 44; see also para. 47-49.

43 *Id.*, para. 42.

44 *Ibid.*

Just as with *Wouters*, *Meca Medina* was widely debated: commentators argued that with this decision the Court of Justice had appeared to be moving cautiously away from the “bipartite” reading of Article 101 and toward the application of a “standard of reason” in its interpretation, as a result of which some “balancing” between the protection of competition and the pursuit of the public interest would be required before a practice could be regarded as anti-competitive.⁴⁵ Other authors, however, suggested that, due to the nature of the case, the Court could have been motivated in its analysis by the circumstance that these rules had not been notified to the Commission: accordingly, it was wondered, just as with *Wouters*, whether the “flexible” approach taken in the judgment could have been a response to the need to overcome the difficulties associated with the “monopoly” on the granting of individual exemptions.⁴⁶

In any event, it is acknowledged that the approach prevailing in *Meca Medina* and *Wouters* does not sit very comfortably with the bifurcated structure of Article 101 TFEU suggested by the Commission in its Article 101(3) Guidelines, as a result of which it should only be for the exemption clause to “weigh” any positive aspects of a prima facie restraint of competition against its anti-competitive effects.⁴⁷ It was initially suggested that the pattern of analysis proposed in the decisions could have been regarded as being relevant only for prima facie restrictive practices resulting from the operation of regulatory structures affecting the freedom of trade of undertakings in the public interest.⁴⁸ By contrast, the “bifurcated” pattern of assessment entailed by Article 101 TFEU, enshrined in *Metropole* as well as in the Guidelines themselves, should be applicable to restraints on trade having a commercial purpose.⁴⁹ However, this view, despite seeming appealing, was relatively quickly brought in doubt by a later decision, namely the General Court’s appeal judgment in *O2*. In that case, the applicant challenged the decision with which the Commission had found that a roaming agreement stipulated between O2 and T-Mobile infringed Article 101(1) but could benefit from

45 Whish, 2008 130-31; also Jones, 2006: 785.

46 Townley, 2009: 137-138.

47 Jones, 2006: 788.

48 Whish, 2008: 130-31.

49 *Ibid.*

an exemption under Article 101(3) on account of its competition enhancing effects.⁵⁰

On appeal, the General Court confirmed that the assessment of whether an agreement infringed Article 101(1) should be carried out having regard to its legal and economic context and encompass “its object, its effects” and the extent to which it affected the pattern of trade between member states, having regard to the context in which the parties operated, the nature of the products or services affected by it and the features of the market.⁵¹ The Court made clear that this framework for assessment would be applicable to all practices and added that when an agreement did not entail a restriction on competition ‘by object’, for it to be prohibited the Commission should demonstrate the existence of “such factors (...) which show that competition has in fact being restricted (...) to an appreciable extent.”⁵²

Most importantly, it was emphasised that this assessment should take into account the state of competition that existed in the absence of the agreement and should compare it with the degree of competition existing in the presence of the agreement itself.⁵³ In this respect, the General Court emphasised that this type of analysis, far from entailing the “balancing” characterising the “rule of reason approach”, whose existence had been repeatedly denied in earlier case law, would only allow the courts to verify that the decision had taken into account the actual impact of the practice on both the actual and the potential competition on the market before reaching the conclusion that the arrangement had in fact restricted appreciably the existing competition.⁵⁴

Perhaps unsurprisingly, the Court found that the roaming agreement had sought to “rebalance” the inequality existing between T-Mobile, who enjoyed a dominant position on the German mobile communications market, and O2, who instead was the last entrant into that market, by providing the latter with access to infrastructure that would have enabled it to compete with the existing incumbents.⁵⁵ The Court added that, although this arrangement

⁵⁰ Case T-328/03, *O2 v Commission*, [2006] ECR II-1231, para. 6.

⁵¹ *Id.*, para. 66.

⁵² *Id.*, para. 67-68.

⁵³ *Id.*, para. 69.

⁵⁴ *Id.*, para. 70-71.

⁵⁵ *Id.*, para. 107-108.

had generated a certain degree of dependence between the parties, that dependence was, first of all, destined to whither overtime and, secondly, did not affect the ability of O2 to create its own infrastructure with a view to competing with the other incumbents on an independent footing.⁵⁶ In the light of these considerations, the General Court concluded that the Commission decision, by failing to take into account the extent to which the agreement had enabled a new entrant to penetrate the relevant market and thereby would have achieved an increase in competition that would not have been feasible without the agreement itself, was vitiated by a manifest error of assessment and should therefore be annulled.⁵⁷ In doing so, the Court recalled the Court of Justice's *STM* decision, according to which it could be doubted that agreements allowing a new entrant to penetrate a novel market would infringe Article 101(1).⁵⁸

It emerges from the above that O2 represented a breakthrough from established principles governing the interpretation of Article 101 and especially the legal appraisal that should be conducted under the prohibition as opposed to under the exemption clause. Having regard to the administrative decision and especially to the pattern of analysis that characterised it, it could have been legitimately thought that the appeal would have failed, since the Commission had conducted a legal analysis that was fully in line with existing case law and with the 2004 Guidelines.⁵⁹ The General Court, instead, "took very seriously" its obligation to carry out an "in-context" and more "economics based" analysis of the agreement, as required, inter alia, by the *STM* judgment, and on that basis took the view that the practice should be subjected to a "counterfactual analysis" of its impact on competition on the relevant market, within the framework of Article 101(1) TFEU.⁶⁰ As a result, it was decided that the roaming agreement, far from having a negative impact on competition existing without the agreement itself, the agreement

⁵⁶ *Id.*, para. 108-109.

⁵⁷ *Id.*, para. 114-116.

⁵⁸ *Id.*, para. 69.

⁵⁹ Commission decision 2004/207/EC, *T-Mobile Deutschland/O2 Germany*, [2004] OJ L75/32, see e.g. para. 91-93; para. 127-130.

⁶⁰ *Ibid.*

itself had instead resulted in a new entrant establishing itself on the relevant market, thus boosting the degree of rivalry characterising the industry.⁶¹

In light of the forgoing brief analysis, it is clear that the *O2* judgment constitutes something of a “minor revolution” in the approach to Article 101 TFEU. It is argued that, at least when an arrangement does not constitute an “obvious” restriction of competition, the decision maker should scrutinise the extent to which its “costs” in terms of reduced freedom of action of the parties had actually resulted in an increase of competition – in this case represented by the ability of O2 to enter the market and compete effectively with other suppliers, including T-Mobile, something which, in the Court’s view, would not have otherwise been possible due to the “unequal economic strength enjoyed” by each party.⁶² Although, as was illustrated above, this appraisal is not entirely inconsistent with established principles and especially with the frame of reference established in the *STM* decision, it results in the relevant legal standards being increasingly difficult to reconcile with the “egalitarian division of work” between the prohibition clause and the legal exception established in earlier decisions, such as *Metropole*⁶³, and reflected by the Commission Article 101(3) Guidelines.⁶⁴

2.3. ‘Barry Brothers’ and the legal appraisal of restrictions ‘by object’: a step forward in the “modernisation” of the EU antitrust standards applicable to horizontal agreements?

The brief analysis conducted in sections 2.1 and 2.2 focused on the implications of the evolving legal standards applicable to ‘by effect’ infringements of Article 101 TFEU and emphasised that although the “counterfactual analysis” established in the *O2* appeal judgment could at least in part be regarded as consistent with existing authorities, it nonetheless questioned a number of hitherto well-established principles. It was argued that as a result of the General Court’s decision, some degree of “balancing” between the anti-competitive effects of an agreement and its benefit for the rivalry characterising the relevant market would have to be conducted already

61 Marquis, 2007: 44.

62 Case T-328/03, *O2 v Commission*, [2006] ECR II-1231, especially paras. 68-69, 71-72 and 75-79. For commentary, see Marquis, 2007.

63 See e.g. Jones, 2006: 770.

64 *Id.*, pp. 804-806; see also Nazzini, 2006: 504-505.

within the framework of the prohibition clause, with clear consequences for the scope and the very nature of the analysis that ought instead to occur in order to apply the legal exception of Article 101(3).

In light of the above, it could be asked whether the “winds of modernisation” have also affected the legal standards applicable to ‘by object’ restraints on competition: in other words, should this more “flexible” and economics based” approach to the interpretation of Article 101 TFEU be limited only to ‘by effects’ cases? Or should it also extend to more serious anti-competitive practices, at least in some form? According to a number of earlier decisions, such as *European Night Services*, it appears that the “in-context” legal analysis required by the Court of Justice in its *STM* ruling should only apply to “less serious” infringements of the competition rules, i.e. to restraints ‘by effect’.⁶⁵ By contrast, “obvious” violations of Article 101(1) TFEU should be regarded as unlawful only on the basis of the examination of their “content and purpose” and especially of the extent to which the latter conflict with the objective of Article 101 itself.⁶⁶

This approach was reiterated by the 2004 Article 101(3) Guidelines: according to the Commission, restraints ‘by object’ are those practices that “by their very nature have the potential of restricting competition” and can therefore be “presumed” to have anti-competitive effects due to their clear and grave incompatibility with the function of Article 101 itself.⁶⁷ Their legal assessment should focus on their “content (...) and the objective aims” they pursue without, however, requiring a consideration of the “concrete effects” they have or are likely to produce on the market.⁶⁸

The Guidelines also emphasised that a consideration of their legal and economic context, whilst being useful in some cases, would not be strictly required to justify a finding of infringement of Article 101.⁶⁹ Consequently, it could be argued that, without going as far to affirm that Article 101(1) provided an “exhaustive list” of serious competition infringements which should therefore be outlawed only on the basis of a “formalistic” examination

65 Case T-374-375/94, *ENS v Commission*, [1998] ECR II-3141, para. 136.

66 *Ibid.*

67 Commission Article 101(3) Guidelines, para. 21.

68 *Id.*, para. 22.

69 *Ibid.*; see also para. 20.

of their characteristics,⁷⁰ their legal appraisal should be limited to a consideration of their “content” and of their objectives, without extending to the impact they had, actually or potentially, on the degree of rivalry existing on the relevant market.⁷¹

This approach can, however, be contrasted with later decisions of the Court of Justice. In *Barry Brothers*, the Court considered whether an agreement restricting output both by providing incentives for incumbents to relinquish the market and by limiting the possibility of entry, constituted an infringement of Article 101(1) by object.⁷² The parties had alleged before the domestic courts that since the arrangement was expressly aimed at facilitating the “restructuring” of the industry and did not fall into any of the “categories” listed in the Treaty itself, it should not be regarded as a competition infringement ‘by object’.⁷³

On a reference from the Irish Supreme Court, the European Court of Justice adopted what appeared to be a very “orthodox” reading of Article 101 TFEU and especially of the prohibition clause. The ECJ reiterated the “alternative” nature of the ‘by object’ and ‘by effects’ requirements and held that each *prima facie* anti-competitive practice should be assessed in light of its actual content and of the objectives it pursued. If as a result of that assessment it emerged that the arrangement was “by [its] very nature injurious to the functioning of normal competition” then it could be regarded as unlawful without the need to further consider its actual impact on the rivalry existing on the market.⁷⁴ The Court emphasised that this “presumptive” analysis was justified by the circumstance that, according to long-standing experience, certain types of *prima facie* infringements were particularly dangerous for competition and could therefore be expected to lead almost inevitably to its impairment.⁷⁵ By contrast, any practice whose anti-competitive nature was not equally self-evident would have to be subjected to a full-blown examination as to its

70 See e.g. case C-209/07, *Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637, para. 16-17; see also AG Opinion, para. 42-43.

71 See *ENS*, cit. (fn. 65), para. 136; also case T-112/99, *Metropole and others v Commission*, [2001] ECR II-2459, para. 76-77; see also Commission Article 101(3) Guidelines, para. 22.

72 Case C-209/07, *Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637, para. 3-4.

73 *Competition Authority v BIDS*, 27 July 2006, per Mr J McKechnie, [2006] IEHC 294, para. 96-98.

74 Case C-2019/07, *Barry Brothers*, cit. (fn. 72), para. 16-17.

75 *Ibid.*

impact on rivalry and would only infringe article 101(1) if it had actually adversely affected competition to an appreciable degree.⁷⁶

However, the ECJ, unlike the General Court in *ENS*, was reluctant to restrict the “in-context”, more “flexible” appraisal applied in, inter alia, *STM*, to less serious infringements of the EU competition rules. It was emphasised that the question of whether a specific practice infringed Article 101(1) by reason of its ‘object’ or of its ‘effects’ could only be answered after having examined “its provisions and the objectives which it is intended to attain” in light of its economic context;⁷⁷ or to put it in a different way, this appraisal should not be limited to the “formalistic” elements of the arrangement and especially to considering whether the latter could fall in one of the “abstract categories” listed in Article 101(1)⁷⁸ but would have to encompass the factual and legal background against which the agreement was destined to produce its effects.⁷⁹ As was aptly explained by AG Kokott in her Opinion, this obligation to assess each practice in its legal and economic context must “be taken seriously”.⁸⁰ Consequently, she expressed the view that the category of restrictions ‘by object’ should not be limited to practices whose anti-competitive object is “clear at first sight”,⁸¹ but should also extend to arrangements whose “content and purpose” turn out to be clearly incompatible with the objectives of Article 101 TFEU “upon a closer examination”⁸² and, perhaps most importantly, without falling into one of the “types” listed in the prohibition clause.⁸³

Consistently with this pattern of analysis, the ECJ found that the arrangement in issue in *Barry Brothers* was clearly inconsistent with the function of Article 101, i.e. to protect the independence of each undertaking on the market, and therefore constituted an infringement of Article 101(1) ‘by object’. The Court held that as a result of the agreement the parties (who

⁷⁶ *Id.*, para. 15.

⁷⁷ *Id.*, para. 21.

⁷⁸ *Id.*, para. 23.

⁷⁹ *Id.*, para. 16; see also Opinion of AG Kokott, para. 43.

⁸⁰ Per AG Kokott, para. 50.

⁸¹ *Id.*, para. 47.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Id.*, para. 48-49.

controlled around 90% of the existing demand) had been able to achieve the “minimum efficient scale” of production in an industry characterised by long term stagnation.⁸⁴ However, they had done so by framing and implementing a common policy designed to encourage “less efficient competitors” to leave the market⁸⁵ and to share the costs involved in increasing their own share of it, especially by “buying out” the customers of the rivals that had decided to abandon the market.⁸⁶ Thus, rather than being exposed to the “uncertainty” characterising their future conduct on the market and especially their ability to withstand the effects of the crisis in their industry, they had opted for coordinating their reciprocal action in such a way as to increase the transparency and concentration of the relevant market as well as to protect the market itself from the possibility that new entrants could attempt to establish themselves in it.⁸⁷

It could be argued that the ECJ did “nothing new” in conducting such a careful assessment of the arrangement at issue in the *Barry Brothers* case: just as it was also suggested by the Advocate General, the Court conducted a close appraisal of the “content and purpose” of the agreement against its legal and economic context and, without being swayed by the “literal” interpretation suggested by the parties, found that the agreement entailed such “nefarious” restrictions of competition as to warrant the application of the “presumption” of anti-competitive effects reserved for ‘by object’ case. However, if the preliminary ruling is seen against the background of earlier judgments, it is apparent that the ECJ moved a step forward in the process of “modernising” its legal approach not only to ‘by effect’ restrictions, but also to ‘by object’ cases. In fact, the *Barry Brothers* preliminary ruling was characterised by a very careful and detailed analysis of the features and of the implications of the arrangement for the structure and the possible evolution of the relevant market, something which represents a relatively novel development in the pattern of analysis hitherto adopted in respect to “serious” competition breaches.⁸⁸

84 Case C-209/07, cit. (fn. 72), para. 32.

85 *Id.*, para. 33.

86 *Id.*, para. 35.

87 *Id.*, para. 36-38.

88 See case T-374-75, 384 and 388/94, *European Night Services and others v Commission*, [1998] ECR II-3141, para. 136; cf. case C-209/07, cit. (fn. 72), para. 21.

Unlike in other judgments, such as the *European Night Services* appeal, the Court was prepared not only to consider the arrangement's object and purpose in its actual context, but also to assess the implications for competition of the "means" employed to achieve the reduction of capacity sought by the parties.⁸⁹ Or to put it in a different way, the Court did not stop at the consideration of the objectively "hard-core" nature of the deal, as a result of which it could have declared its 'object' incompatible with Article 101(1) TFEU. Instead, it chose to conduct a careful scrutiny of its individual clauses in the context of the features and of the state of the specific industry and on the basis of such a painstaking analysis concluded that the arrangement, both as a whole and in its individual parts, had restricted competition 'by object'.⁹⁰ In doing so, the Court of Justice chose to analyse the "obvious" restrictions on the freedom of the parties to act on the market within the scope of the prohibition clause.⁹¹

It could legitimately be wondered whether the Court could have been prompted to adopt this pattern of analysis by the limited remit of the reference, which was confined to the question of whether the arrangement constituted an infringement of Article 101(1) 'by object' and did not therefore allow for the consideration of whether it met the legal exception's four conditions.⁹² Although these "practical" concerns cannot be downplayed, it is however submitted that the framework for analysis adopted in *Barry Brothers* appears clearly justified by its commitment to applying a more economics based approach, not just to 'by effects' cases, but also to more "serious" infringements of the competition rules.⁹³

In light of the above analysis, it could also be questioned whether the apparently sharp distinction between "less serious" and "obvious" restrictions of competition, drawn by the General Court in the *ENS* judgment, remains consistent with the legal approach emerging from more recent case law. It is in fact clear from the preliminary ruling that the Court scrutinised the agreement according to economics-principled parameters,⁹⁴ such as the

⁸⁹ *Id.*, para. 36 *et seq.*

⁹⁰ *Id.*, para. 37-39.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² See e.g., *mutatis mutandis*, case T-17/93, *Matra Hachette v Commission*, [1994] ECR II-595, para. 85 and 109-110.

⁹³ Case C-209/07, *cit.* (fn. 72), per AG Trstenjak, para. 52-54.

⁹⁴ *Id.*, para. 36-38 of the judgment.

degree of concentration existing, respectively, before and after the agreement had been implemented and the extent to which the market had, as a result of it, been appreciably “insulated” from outside competition.⁹⁵ Consequently, its conclusions that the arrangement had infringed Article 101 TFEU by reason of its ‘object’ were drawn from a legal examination going well beyond its “superficial” nature, as it seemed to be suggested in *ENS*, and encompassing, instead, more complex questions and considerations which hitherto would have been relevant mainly for the assessment of less serious *prima facie* breaches,⁹⁶ as well as for the application of the legal exception of Article 101(3) TFEU.⁹⁷

Against this background, it is concluded that, just as *O2* was for ‘by effect’ restraints of competition, *Barry Brothers* constitutes something of a “minor earthquake” for ‘by object’ breaches since it extends to them the more economics based approach advocated for less obvious infringements. However, it is unclear what impact this outcome is likely to have on existing legal standards and especially on the position adopted by the Commission in its 2004 Article 101(3) Guidelines. These questions will be addressed in the next section.

3. WHAT NOW FOR ARTICLE 101 TFEU? THE IMPACT OF O2 AND BARRY BROTHERS ON THE COMMISSION’S LEGAL APPROACH AND THE ROAD AHEAD

3.1. The 2004 Guidelines and the current case law: is the Commission still “up to speed” with the EU Courts?

Section 2 briefly examined the more recent case law of the EU Courts concerning the notion of ‘restriction of competition’: it was illustrated that the General Court and the ECJ, consistently with their commitment to adopting a more economics based and less formalistic approach to *prima facie* restrictive practices, sought to apply the same “in-context” and “flexible” reading of Article 101(1) TFEU to both “more serious” and less “obvious”

⁹⁵ *Id.*, para. 36-38 of the judgment. Cf. para. 36-41 with case T-112/99, *Metropole and others v Commission*, [2001] ECR II-2459, para. 156-160.

⁹⁶ See case C-209/07, *cit.* (fn. 72), e.g. para. 32 and 35-36.

⁹⁷ See, *inter alia*, *id.*, para. 36-39; cf., *mutatis mutandis*, Commission decision 84/380/EEC, *Synthetic Fibres*, [1984] OJ L207/17, para. 43-44.

alleged infringements of the Treaty competition rules. On the one hand, the Courts upheld the “bifurcated” structure of Article 101 between the prohibition clause and the legal exception. On the other hand, however, in applying Article 101(1), they were willing to subject all *prima facie* restrictive practices to an exacting appraisal, which would take in account not only their “formal” content but also their implications for the dynamics of the relevant market before applying the appropriate legal standard for the assessment of their impact on competition – whether the “presumption of anti-competitive effects”, reserved for more serious breaches or the actual assessment of their effects, applicable instead to less grave infringements.

Although the *O2* and *Barry Brothers* judgments must be welcomed as evidence of a renewed commitment to the “substantive modernisation” of the competition rules, they also openly question the extent to which the current Commission Guidelines on the application of Article 101(3) remain consistent with the relevant legal standards. It was illustrated in section 2.1 that, in respect to ‘by object’ infringements, the 2004 Guidelines, inspired by, *inter alia*, the *ENS* and the *Metropole* decisions, had stated that the appraisal of particularly grave restraints of competition should concentrate on their “content (...) and objective aims” and not so much, therefore, on their “concrete effects”, actual or potential, on the market,⁹⁸ whose anti-competitive nature can therefore be presumed.⁹⁹ As regards, instead, ‘by effect’ violations, the Guidelines expressed the view that the appraisal required by Article 101(1) should extend only to the extent to which the practice had resulted in competition being appreciably impaired, whereas any positive gains in terms of allocative efficiency should instead be appraised against the framework of the legal exception.¹⁰⁰

In light of the analysis conducted in sections 2.2 and 2.3, it may legitimately be doubted whether the 2004 Article 101(3) Guidelines remain consistent with the Courts’ case law. On this point, it should be emphasised that the chasm existing between the Commission’s views and those of the ECJ had already become apparent after *O2* and had prompted commentators to call the Commission to attempt to reconcile its approach to that emerging

98 *Id.*, para. 22.

99 Commission Article 101(3) Guidelines, para. 21.

100 *Id.*, para. 25-26.

from the more recent judicial statements.¹⁰¹ It was argued that with the O2 judgment the General Court had seriously questioned the Commission's approach and that the legal analysis required under the prohibition clause should encompass a consideration not only of the negative effects of each practice on competition but also of its ability to enhance rivalry, for instance by facilitating new entry.¹⁰²

It is added that the discrepancies existing between the 2004 Guidelines and the case law have become even more apparent after the *Barry Brothers* preliminary ruling: it is argued that after this decision even particularly "nefarious" breaches of Article 101 TFEU cannot escape a careful, "economics-principled" assessment of their content and purpose before any anti-competitive effect can be "presumed" as opposed to ascertained "on the ground".¹⁰³ This view has however a number of significant implications for the interpretation of Article 101 as a whole: in respect to the prohibition clause, it is submitted that the legal analysis of *prima facie* anti-competitive practices, rather than being fashioned around a stark contrast between more serious and less obvious infringements, is, at least in its initial stages, common to both types of arrangements. In fact, it would appear to be focused on their "content and purpose" and on the extent to which the latter are so pernicious that are almost inevitably likely to harm consumer welfare. In that case, they will be caught by the prohibition clause without the need to conduct an autonomous inquiry into their actual impact on competition in the relevant market.¹⁰⁴ If instead this "initial inquiry" does not reveal such negative features, "the (...) agreement (...) must be tested according to its anti-competitive effects" and will only be prohibited if it actually distorted competition.¹⁰⁵

As regards instead the relationship between the prohibition clause and the legal exception, it is acknowledged that the implications of this view are more complex. In respect to 'by effect' restraints, adopting a "counterfactual" pattern of analysis would result in the allocative efficiency gains of individual

101 See, *inter alia*, Jones, 2006: 805-806; also Marquis, 2007: 43-44.

102 Odudu, 2006: 157-158; see also Nazzini, 2006: 504-505.

103 See e.g., *mutatis mutandis*, case C-551/03, *General Motors v Commission*, [2006] ECR I-3173, para. 64 and 66.

104 *Inter alia*, case 56/65, *STM v MBU*, [1966] ECR 235 at 249; also case C-209/07, *cit.* (fn. 72), para. 15.

105 Whish, 2008: 118; see e.g. case 56/65, *STM v MBU*, [1966] ECR 235 at 249.

practices being subsumed in the appraisal required by the prohibition clause:¹⁰⁶ as a result, it is suggested that the legal exception's four conditions should be read as capturing the benefits arising individual practices to, e.g. technological advancement or to the Treaty's ultimate goals, even those of a more "social" and less "economic" nature.

Having regard, instead, to 'by object' breaches, it is acknowledged that even adopting a more "flexible" and "in-context" analysis of individual arrangements under Article 101(1), the legal exception would necessarily entail a consideration of a wider range of aspects. It is argued that in these cases the exemption clause would not only retain its function of productive efficiency and public policy "exception", but also provide a forum within which to appraise any allocative efficiency benefits, if the latter could be "made to fit" within the four conditions of Article 101(3) TFEU.¹⁰⁷ Accordingly, it is suggested that the inquiry required for the application of Article 101(3) TFEU to more serious infringements would have to be wider than for less obvious restraints on competition and encompass a consideration of the "gains" arising from the agreement itself in terms of allocative efficiency, of technical advancements, as well as of the ability of the practice to pursue public policy objectives.¹⁰⁸

Against this background, it may be concluded that the 2004 Article 101(3) Guidelines appear to be increasingly "out of step" with the EU Courts' case law: by relying on an apparently stark distinction between more serious and less grave infringements of Article 101(1), as well as on an increasingly "strained" view of the relationship between the prohibition and the legal exception, the Commission's view seems badly in need of a "fine-tuning" with the current case law. A reconsideration of the legal analysis required for 'by effect' prima facie restraints, as well as of the approach that should be adopted in the appraisal of more serious breaches, seems to be particularly urgent and could also help addressing any inconsistencies relating to the nature of the assessment required for the application of the legal exception itself. The question of whether the Commission's recent revision of its administrative

¹⁰⁶ Cf. case T-328/03, *O2 v Commission*, [2006] ECR II-1231, especially para. 40 et seq., with Commission Article 101(3) Guidelines, para. 11-13; for commentary, see Jones, 2006: 804-805.

¹⁰⁷ See e.g. Article 81(3) Guidelines, para. 32-34.

¹⁰⁸ See e.g. Article 81(3) Guidelines, para. 32-35, 46-47; also case C-209/07, cit. (fn. 72), per AG Trstenjak, para. 56-57; *Competition Authority v Beef Industry Development Society and others*, judgment of 3 November 2009, [2009] IESC per Kearns J, part (b); see also concurring judgment of Fennelly J, para. 3 and 7.

practice in the area (at least in respect to horizontal restraints) is likely to address these concerns will be discussed in the following section.

3.2. The new Guidelines on horizontal restraints of competition: between the old and the new...

Section 3.1 discussed the issues arising from the impact of the more recent EU Courts' case law on the concept of restriction of competition on the existing Commission's Guidelines on the application of Article 101(3) and argued that time may be ripe for a reconsideration of the administrative policy concerning the legal appraisal that should be conducted within the scope of, respectively, the prohibition clause and the legal exception. Although to date the Commission has not released a new Notice detailing its approach to this matter, it is noteworthy that it has recently conducted an extensive consultation exercise aimed at revising the existing position as regards the application of Article 101 to specific types of practices. This section will consider whether the new Guidelines on the application of Article 101 TFEU to horizontal cooperation agreements¹⁰⁹ have marked any progress toward "bridging the gap" between the new legal approach adopted by the EU courts and the pattern of analysis developed by the Commission in respect to Article 101 *prima facie* infringements.

Due to the limited purvey of this paper, it is not possible to examine in detail the content of the 2001 Guidelines on horizontal restraints:¹¹⁰ suffice to say that in its assessment of individual practices, the Commission had placed significant emphasis on factors such as the content and purpose of the agreement and the extent to which any of the parties concerned by them wielded significant market power, the latter measured in light of the undertaking's market shares.¹¹¹ In addition, it was clear from the 2001 Notice that certain restraints, such as agreements fixing prices, limiting output or sharing markets, would be "almost always prohibited" in view of their "harmful" nature vis-a-vis the competitive process.¹¹² However, perhaps most tellingly, the Commission was not prepared to engage in any detail

¹⁰⁹ 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, cit. (fn. 8).

¹¹⁰ Commission Guidelines on the applicability of Article 101 to horizontal cooperation agreements, [2001] OJ C3/2.

¹¹¹ *Id.*, para. 26-30.

¹¹² *Id.*, para. 24-25.

consideration of these agreements beyond a general statement that, since they constituted ‘by object’ infringements, they would be unlikely to have any “redeeming features”.¹¹³

The 2001 rather “terse” approach to horizontal restraints generally may be compared with the new Guidelines. Their section 20 reiterates the “two-step” nature of the assessment entailed by Article 101, which requires a consideration of whether, first of all, an individual practice infringes the prohibition clause by reason of its ‘object’ or its “actual or potential restrictive effects on competition”; and secondly, only if the answer to this first question is positive, it entails a consideration of whether the *prima facie* anti-competitive practice has “pro-competitive effects [that] outweigh the restrictive effects on competition”, in accordance with the framework of analysis provided by Article 101(3).¹¹⁴

In respect especially to restrictions ‘by object’, it is noteworthy that the Commission, consistently with more recent decisions of the EU Courts, placed its emphasis on the content and objectives of the agreement, examined against the “economic and legal context of which it forms part”.¹¹⁵ In particular, as the Court of Justice itself had stated in *Barry Brothers*,¹¹⁶ it was emphasised that, despite being a factor that could be taken into account in the legal appraisal, the “parties’ intention [would not be] a necessary factor in determining whether an agreement has an anti-competitive effect.”¹¹⁷ It is suggested that although the Commission’s treatment of more serious infringements remains rather concise, the new Guidelines are consistent with the latest developments of the relevant case law and, perhaps most importantly, with the more “economics principled” and “in-context” framework established in the Court of Justice’s newer judgments.¹¹⁸

However, it is argued that the most important development brought about by the new Guidelines concerns the analysis of by effect restraints of competition. After confirming that, just as for more serious infringements,

113 *Id.*, para. 25.

114 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 20.

115 *Id.*, para. 24.

116 Case C-209/07, cit. (fn. 72), para. 17.

117 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 25.

118 See also, e.g., case C-501/06, *GlaxoSmithKline and others v Commission*, [2009] ECR I-9291, para. 55; see also para. 58-60.

the starting point of the legal assessment should be the “nature and content of the agreement” and the possibility for the parties to acquire or reinforce a significant degree of market power,¹¹⁹ paragraph 29 states that a “counterfactual analysis” should inform the legal appraisal of the arrangement itself. As a result, the assessment of the prima facie anti-competitive effects of the agreement should “be made in comparison to the actual legal and economic context in which competition would occur in the absence of the agreement” and should take into account “actual or potential competition that would have existed in the absence of” it.¹²⁰ An agreement would therefore be likely to have anti-competitive effects if it could be shown that, as a result of “all its alleged restrictions”, rivalry had been or was likely to be appreciably hampered.¹²¹

It emerges from the above that the 2010 Guidelines have been drafted in a manner which is clearly consistent with the *O2* judgment and therefore have been “tuned in” more closely to the pattern of analysis developed by the General Court. It is submitted that this development should be welcomed, not only as a means to ensuring more consistency vis-a-vis the judicial approach applicable to ‘by effect’ restrictions, but also as concrete evidence of the Commission’s willingness to embrace a more economics-based framework for the analysis of these practices.¹²²

It is suggested that the Commission’s efforts appear even more evident regard being had to its analysis of commercialisation arrangements.¹²³ In the 2001 Guidelines the Commission stated that the appraisal of these agreements would always entail the definition of the relevant market in each case; furthermore, it drew a distinction between those arrangements leading, either directly or indirectly, to the fixing of prices and other, “less serious”, restraints.¹²⁴ Whereas the former would “almost always” be incompatible with Article 101 TFEU,¹²⁵ the latter should be appraised more closely. In

¹¹⁹ 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 29.

¹²⁰ *Id.*, para. 29.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² See *id.*, para. 4-5.

¹²³ Commission Guidelines on the applicability of Article 101 to horizontal cooperation agreements, [2001] OJ C3/2, para. 139 et seq.

¹²⁴ *Id.*, para. 144; see also para. 146-147.

¹²⁵ *Id.*, para. 145-146.

the course of this assessment, the Commission identified as “key risks” of commercialisation the possibility to exchange “sensitive information” and to encourage commonality of costs, on the one hand, and, on the other hand, the danger of market partitioning and of facilitating artificial transparency.¹²⁶

However, and just as what had been the case in general, the Guidelines did not engage in a detailed assessment of these “less dangerous” practices: in a similarly “terse” language, the Commission expressed the view that they would only infringe Article 101(1) if the parties enjoyed some degree of market power, measured by reason of their market share, and if, as a result, the market was already concentrated and therefore liable to increase the likelihood of artificial transparency.¹²⁷ This rather “cursory” appraisal of ‘by effect’ *prima facie* anti-competitive commercialisation arrangements may be contrasted with the approach adopted in the 2010 Guidelines. After outlining the major competition concerns arising from these practices, i.e. the likelihood that they may lead to price fixing, to the segmentation of markets and to the exchange of “strategic information”, the Guidelines distinguish ‘by object’ infringements from practices having anti-competitive effects and in this respect reiterate the importance of defining the relevant market.¹²⁸

Nonetheless, although the concerns outlined remain analogous to those emerging from the 2001 document, the Commission’s pattern of analysis appears to diverge sometimes significantly from that enshrined in the earlier Guidelines. Thus, in respect to ‘by object’ infringements, the new Guidelines consider both arrangements capable of leading to price fixing and to market partitioning as particularly serious breaches of Article 101(1), whereas the earlier document had considered the likelihood of allocation of customers or outlets among the “anti-competitive effects” of these practices.¹²⁹ As to less serious infringements, the Commission placed significant emphasis on the likelihood that certain commercialisation agreements may allow new entrants to penetrate novel market and would therefore not be in contrast with Article 101(1) TFEU in as much as, by way of the arrangement, competition would be enhanced. Although a similar remark had been made in the 2001 Notice, it

¹²⁶ *Id.*, para. 147.

¹²⁷ *Id.*, para. 148.

¹²⁸ 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 229.

¹²⁹ *Id.*, para. 234, 236; cf. Commission Guidelines on the applicability of Article 101 to horizontal cooperation agreements, [2001] OJ C3/2, para. 147.

is suggested that the approach adopted in the more recent document appears far wider ranging in its pattern of economic analysis. It is argued that the Commission, going beyond the consideration of market power and of market shares,¹³⁰ incorporates in its appraisal the analysis of the extent to which the agreement is likely to reduce the independence of the parties' decision-making processes and could therefore result in a "collusive outcome".¹³¹

In this specific context, the circumstance that the practice is capable of leading to significant commonality of costs and/or of facilitating the exchange of "sensitive information" constitutes evidence of whether the autonomy of the parties on the market has or may have been limited and, consequently, of whether competition could have been distorted as a result of the arrangement.¹³² On this specific point, it is argued that the pattern of analysis suggested in the 2010 Guidelines appears broadly analogous to that adopted by the General Court in the *O2* judgment:¹³³ just as the General Court had required the Commission to establish whether, as a result to a *prima facie* restrictive practice, competition had actually been distorted,¹³⁴ the new Guidelines put the spotlight on the need to prove the existence of "restrictive effects on competition",¹³⁵ in the form of commonality of a significant percentage of the costs borne by the parties or of the exchange of "strategic information" that goes beyond what is required to implement the arrangement itself.¹³⁶

In light of the above, it can be concluded that the 2010 Guidelines represent a concrete "step forward" made by the Commission in order to bridge the gap between its own administrative policy statements and the EU Courts' legal analysis that had been emerging after more recent judgments, such as the *O2* and the *GlaxoSmithKline*¹³⁷ decisions. Although it is premature to attempt to gauge their impact, due both to the timescale and to their limited

¹³⁰ 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 240-241.

¹³¹ *Id.*, para. 238-239; see also para. 242 et seq.

¹³² *Id.*, para. 243-245.

¹³³ Case T-328/03, *O2 v Commission*, [2006] ECR II-1231.

¹³⁴ *Id.*, see e.g. para. 107-109.

¹³⁵ 2010 Horizontal Cooperation Guidelines, para. 238.

¹³⁶ *Id.*, para. 243-245.

¹³⁷ Case T-168/01, *GlaxoSmithKline and others v Commission*, [2006] ERC II-2969; but cf. case 501/06 P, [2009] ERC I-9291

scope, it is submitted that the new Guidelines constitute evidence of the Commission's commitment to a more economics-based, more "realistic" and "flexible" approach to the analysis of prima facie anti-competitive practices, which is therefore closer to the pattern of appraisal established by the Courts themselves. It is added that the 2010 Guidelines bide well for the revision of the 2004 Notice on the application of Article 101(3), a development which, it is hoped, will contribute to ensuring more consistency between the judicial and the administrative approach to prima facie Article 101 TFEU violations.

4. FROM MOBILE PHONES TO THE 2010 HORIZONTAL PRACTICES GUIDELINES: A "BRAND NEW WORLD" FOR ARTICLE 101 TFEU? TENTATIVE CONCLUSIONS

This paper sought to provide a brief account of the evolution of the interpretation of Article 101 TFEU. It was illustrated that the rather formalistic and hence generous view of the notion of "restriction of competition" has gradually left room for a more economics-based and therefore more selective approach to what constitutes a prima facie infringement of Article 101(1). In this process the EU Courts have demonstrated a clear willingness to embrace the push toward the "modernisation" of the EU competition rules and, consequently, to implement an agenda that goes beyond the procedural aspects of antitrust enforcement and encompasses also its substantive content. Judgments such as *Meca Medina* and *O2* for "by effect" infringements and *Barry Brothers* for more serious breaches of the Treaty competition rules bear witness to the emergence of more "realistic" and economics-principled legal standards which, despite not going as far as to incorporating all the elements of the 'rule of reason', nonetheless allow for a full examination of the actual impact of individual practices on the degree of rivalry existing on the relevant market.

As a result, it was argued that the Commission's own approach to Article 101 TFEU, by stressing the "bipartite" reading of this provision, and therefore rejecting any suggestion that an analysis of the positive effects of individual practices for allocative efficiency in the context of the prohibition clause appeared increasingly out of touch in comparison with the EU Courts' more recent decisions. It was submitted that especially after *O2* both the 2001 Horizontal Restraints Guidelines and the 2004 guidance on the application of Article 101(3) had become difficult to reconcile with the judicial approach to the concept of what constituted a "restriction of competition", especially in "less serious" cases. Seen in this context, the *Barry Brothers* preliminary

ruling, with its more “flexible” and realistic reading of ‘by object’ restraints on competition, could only be regarded as further evidence of the need for the Commission to “modernise” its “substantive” approach to the competition rules, just as it had been the case for the procedural and institutional arrangements concerning their application.

It is therefore against this background of change that the new 2010 Guidelines on Horizontal Restraints should be analysed. Section 3 considered their essential features and analysed them in light of the more recent judicial decisions as well as in comparison with the pre-existing administrative policy statements. It was argued that the new Guidance governing arrangements between rivals mark a step forward in the process of bridging the gap with the EU courts’ interpretation of Article 101 TFEU: their express reliance, at least for ‘by effect’ restrictions of competition, on the “counterfactual analysis” developed by the General Court in *O2* and the more developed and more comprehensive reading of what constitutes an “obvious” infringement of the prohibition clause, can be regarded as evidence of the Commission’s renewed commitment to its own “Modernisation” agenda, not just in respect to procedural rules but also when it comes to the application of the substantive competition principles enshrined in the EU Treaty.

It could be argued that these are still “early days” for the new Guidance and that, in any event, the 2010 document only considers arrangements between rivals and does not, for instance, touch upon the interpretation of the legal exception or indeed upon the more general question of how we should construct its relationship with the first paragraph of Article 101. Although these concerns are justified and their resolution will depend on future developments in the Commission’s own administrative policy, it is submitted that the 2010 Horizontal Restraints Guidelines represent a clear step forward in developing more economics based and realistic legal standards for prima facie restrictions of competition. It is clear that in many ways only time will tell whether this process of development will bear fruit by marking the elimination of all the substantial differences between the Commission’s and the EU Courts’ view of this concept. Nonetheless, in light of the analysis provided by this paper, it is concluded that this objective is clearly within reach.

REFERENCES

JONES

- 2006 “Analysis of agreements under US and EC antitrust law – convergence or divergence?”, 51(4) *Antitrust Bulletin* 691.

MARQUIS

- 2007 “O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81(1)”, 32(1) *ELRev* 29.

MONTI

- 2002 “Article 81 and public policy”, 39(5) *CMLRev* 1057.

NAZZINI

- 2006 “Article 81 between time present and time past: a normative critique of ‘restriction of competition’ in EU law”, 43(2) *CMLRev* 497.

O’LOUGHLIN

- 2003 “EC competition rules and free movement rules: an examination of the parallels and their furtherance by the ECJ *Wouters* decision”, 24(2) *ECLR* 62.

ODUDU

- 2006 *The boundaries of EC Competition law: the scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press.
- 2008 “Restriction of competition by object – what is the beef?”, *Comp Law* 11.

SCHWEITZER

- 2009 “Competition law and public policy: reconsidering an uneasy relationship – the example of Article 81”, in Drexel et al., *Economic theory and competition law*, Cheltenham: Edward Elgar.

TOWNLEY

- 2009 *Article 81 EC and public policy*, Oxford: Hart Publishing.

WHISH

- 2008 *Competition Law*, 6th Ed., Oxford: Oxford University Press.

NEW BLOCK EXEMPTION REGULATION FOR THE INSURANCE SECTOR – MAIN CHANGES

Silke Obst¹/Laura Stefanescu²

ABSTRACT: The article presents the review process of the Insurance Block Exemption Regulation (BER) No 358/2003, for a period of about two years and a half. It also focuses on the main changes in the new Insurance BER No 267/2010, i.e. the renewal of only two of the four types of cooperation that the previous BER covered, namely agreements concerning (i) joint compilations, tables and studies and (ii) pools. The article explains the main changes regarding these two types of agreements but also gives the reason why the other two, i.e. standard policy conditions and security devices, have not been renewed.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Review and consultation. 3. The reasoning at the basis of the review. 4. Non-renewed exemptions – agreements in relation to standard policy conditions and security devices. 4.1 Agreements on standard policy conditions (SPCs). 4.2 Agreements on security devices. 5. Renewed exemption: joint compilations, tables and studies – main changes. 5.1 Findings of the review. 5.2 Main change – an access to data right for customer and consumer organisations. 6. Renewed exemption: pools – main changes. 6.1 Findings of the review. 6.2 Main change – a new method of calculating market shares. 6.3 The BER condition related to the prohibition of the double membership was deleted. 6.4 A more extensive definition for “new risks”. 7. General changes. 8. Conclusion.

1. INTRODUCTION

The insurance sector has been covered by consecutive sector-specific block exemption regulations (BER) since 1992. A BER allows market players the benefit of a safe harbour from the prohibition in Article 101(1) of the Treaty

1 Deputy Head of Unit (Financial Services) in DG Competition.

2 Case-Handler in the Financial Services Unit of DG Competition.

on the Functioning of the European Union (the TFEU) provided they comply with the BER's conditions. If they do, they are *ex ante* in line with EU competition law. Agreements not covered by a BER are not presumed to be illegal, but instead must be assessed under Article 101(1) TFEU and, if appropriate, Article 101(3) TFEU.

Commission Regulation (EEC) No 3932/92³, the first BER for the insurance sector, expired on 31 March 2003 and was replaced by Commission Regulation (EC) No 358/2003 (hereinafter “the previous BER”)⁴. The previous BER applied Article 101(3) of the Treaty to four categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, namely agreements in relation to (i) joint calculations, tables and studies; (ii) standard policy conditions (SPCs) and models on profits; (iii) the common coverage of certain types of risks (pools); and (iv) security devices. Council Regulation (EEC) No 1534/91⁵ would allow the Commission to adopt a BER for two other types of agreements, namely settlement of claims and registers of and information on aggravated risks. Recital 3 of the previous BER stated that the Commission considered that it lacked experience in handling individual cases in these areas in order to make use of this power to adopt a BER in these fields. The situation remains the same for the current BER, the Commission has made no use of the power afforded to it.

Since 1 May 2004, like most other sectors, the insurance sector has been subject to Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 (Regulation 1/2003) on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 102 of the Treaty, with the Insurance BER being applicable in parallel to the four categories of agreements specifically mentioned and under the conditions set out in the BER.

Regulation 1/2003 provides that agreements that satisfy the conditions of Article 101(3) are not prohibited, no prior decision to that effect being required. Undertakings and associations must now assess for themselves

3 Commission Regulation (EEC) No. 3932/92 of 21 December 1992 on the application of Art. 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (O) L 398, 31.12.1992, p. 7).

4 Commission Regulation (EC) No 358/2003 of 27 February 2003 on the application of Article 81(3) [now Article 101(3)] of the EU Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (O) L 53, 28.02.2003, p. 8).

5 Council Regulation (EEC) No 1534/91 of 31 May 1991 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector (O) L 143, 7.6.1991, p. 1–3).

whether their agreements are compatible with Article 101. This tendency towards companies' increased responsibility for compliance with the competition rules also extends to the area of BERs. Only a few sectors currently benefit from a sector specific BER⁶ and there have been other sectors (such as maritime and air transport)⁷ for which the relevant BER was not renewed.

It is against this background that the Commission had to examine whether it was appropriate to renew some or all of the exemptions granted by the previous BER for the insurance sector.

2. REVIEW AND CONSULTATION

In the context where Commission Regulation (EC) No 358/2003 was due to expire on 31st March 2010, the Commission began the review of the functioning of the previous BER in November of 2007, by compiling its own experiences with the BER and asking the national competition authorities (NCAs) of the European Competition Network (ECN) for their experiences. DG Competition then launched a detailed public consultation in April 2008⁸, for three months, on the basis of a Consultation Paper, giving a significant time window for those interested to present evidence for renewal or non-renewal of the BER.

Replies were received from a relatively small number of market participants. In order to cover all possible types of market participants, a first round of questionnaires was also sent out to all national consumer organisations associations and to several associations of undertakings representing

6 For example Commission Regulation (EC) No 96/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia).

7 Council Regulation (EC) No 1419/2006 of 25 September 2006 repealing Regulation (EEC) No 4056/86 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport. Commission antitrust regulations specific to air transport have been gradually repealed: http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/legislation_air_archive.html.

8 Available at: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008.pdf.

Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Commission Regulation (EC) No 358/2003 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, COM (2009) 138 final: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html#review

Further information regarding the public event is accessible under: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/events/insurance_ber.html

http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008.pdf.

customers (large customers and SMEs). In addition, targeted questionnaires were sent to Supervisory Authorities in all Member States, smaller insurers and insurance pools. Furthermore, the Commission's Services held a number of meetings during this review to discuss contributions or raise other questions with NCAs as well as with a range of different market players.

On the basis of the evidence gathered, the Commission adopted, on 24 March 2009, a report to the European Parliament and Council (the Report), which was published on the same day together with a detailed accompanying working document⁹. The Report examined the functioning of the previous BER and made initial proposals for its amendment. DG Competition then held a large public event on 2 June 2009¹⁰ to hear further representations from the industry and other stakeholders on its findings and proposals. Separate panels discussed each of the four categories of agreements previously exempted under the BER.

As a follow-up to the public event and to ensure that all views were heard and to facilitate the highest quality of analysis, the Commission sent out a further round of targeted questionnaires to three groups of stakeholders in the insurance sector, i.e. to small insurers, large insurers and insurers' associations.

On 5 October 2009, following an Advisory Committee with Member States on a draft new BER and another inter-service consultation with other DGs within the Commission, a public consultation was launched for eight weeks on that draft.

Following this thorough review, the European Commission adopted on 24 March 2010 Commission Regulation (EU) No 267/2010, the new insurance BER applying Article 101(3) TFEU to two categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, namely agreements in relation to (i) joint compilations, tables and studies and (ii) the common coverage of certain types of risks (pools). The exemptions for agreements in relation to standard policy conditions and security devices have not been renewed.

9 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of the Commission Regulation (EC) No 358/2003 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, COM (2009) 138 final: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html#review.

10 Further information regarding the public event is accessible under: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/events/insurance_ber.html.

3. THE REASONING AT THE BASIS OF THE REVIEW

The primary original objective of the BER was to facilitate the Commission's task in view of the large number of notifications submitted for review by the Commission prior to the modernisation of the competition rules by Regulation (EC) No 1/2003. Since this objective is no longer relevant and given that BERs are exceptional legal instruments, when considering the issue of whether to renew the BER for the insurance sector, the Commission had to determine whether the business risks or other issues make this sector special and different from other sectors that operate without a sector specific BER (i.e. the large majority). By conducting in-depth investigations into this issue, the Commission aimed at ensuring that the resulting instrument does not give undeserved or unnecessary preference to the insurance sector.

Therefore, the Commission's services undertook a first principles analysis, which involved answering three questions in relation to each of the four forms of cooperation covered by the previous BER: (i) whether the insurance sector is special so as to give rise to an enhanced need for cooperation in comparison with other sectors; (ii) if so, whether this enhanced need for cooperation requires a legal instrument such as the BER to protect or facilitate it (in comparison to other sectors, for example, where there is a high level of cooperation without such a legal instrument); and (iii) if so, whether the previous BER or an amended version of it was the most appropriate legal instrument.

4. NON-RENEWED EXEMPTIONS – AGREEMENTS IN RELATION TO STANDARD POLICY CONDITIONS AND SECURITY DEVICES

As a result of its findings following the review process, the Commission decided not to renew two of the four types of cooperation that the previous BER covered, namely agreements concerning (i) standard policy conditions (SPCs) and (ii) security devices. This is primarily because the evidence the Commission found during the review indicated that they are not specific to the insurance sector and therefore their inclusion in such an exceptional legal instrument may result in unjustified discrimination against other sectors which do not benefit from a BER. In addition, although these two forms of cooperation may give rise to some benefits to consumers, the review showed that they can also give rise to certain competition concerns.

In this context, the Commission considered it more appropriate that a compliance analysis for these types of agreements be conducted on a case-by-case basis under Article 101(1) TFEU and, if appropriate, 101(3) TFEU.

The fact that a BER is not renewed, or only partially renewed, regarding a specific category of agreements does not necessarily mean that agreements previously falling under the BER become illegal. An individual assessment under Article 101(1) and, if applicable, under Article 101(3) rather than under the BER would be then required. Both types of cooperation will also be covered by the new Horizontal Guidelines.¹¹

4.1. Agreements on standard policy conditions (SPCs)

Technically or legally complex agreements in fast changing legal environments are commonplace in a number of sectors and not specific to the insurance sector. SPCs are used in some of these sectors without the cover of sector specific BERs. For example, in the banking sector to which the Commission's Services also sent questionnaires, SPCs are agreed between banks in a number of Member States, for services such as money transfer, issuance of cards, use of ATMs, account terms, credit agreements and payments. It appears that the banking sector does not require a legislative framework (such as a BER) in order to set policy conditions. Furthermore, the absence of such a framework has not caused any tangible difficulties for banks.

Certain insurers argued that the insurance sector is different from the banking sector for several reasons. However, the Commission's analysis does not deny these differences, but emphasizes that, from the perspective of the use of SPCs in contracts, the banking sector and the insurance one are comparable. The fact that there is no BER as regards SPCs in the banking sector implies that there is no such an indispensable need for such an exception legal instrument in the insurance sector either.

Moreover, although there are positive effects linked to the use of SPCs, such as the possibility to compare insurance contracts, several consumer associations such as Test Achat in Belgium, complained about the excessive standardisation of certain insurance products due to the use of the same SPCs by the vast majority of insurers, which can result in lack of choice for consumers. Even if the SPCs are stated to be non-binding, there are many cases where they do become, *de facto*, binding. Whilst there is clearly a need for comparability between insurance products for consumers, this cannot be at the expense of homogeneous standard conditions which can hinder consumers' ability to find products suited to their needs.

11 Available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal_guidelines_en.pdf.

It has been argued that SPCs can help to reduce the use of restrictive or exclusionary terms. However, there are indications that some imbalanced clauses are still being used by insurers and that consumer associations, as they would wish, are not fully involved in the drafting of such clauses (which would obviously be the ideal scenario in terms of ensuring balance between insurers and consumers).

SPCs are now included in the standardization chapter of the Horizontal Guidelines and, as it results from the insurance specific example which is given in those Guidelines, SPCs do not generally raise competition problems. Indeed, as long as there is no standardization of the insurance products and as long as SPCs are not binding, the conditions provided in Article 101(3) are likely to be fulfilled.¹²

4.2. Agreements on security devices

Agreements on security devices generally enable insurers to better evaluate the risks that they cover, to the advantage of consumers as insurance takers. Insurers consider that they are better placed to offer appropriate levels of premiums when policyholders buy safety equipment corresponding to certain technical specifications. In some cases, better security devices can even prevent damage from occurring in the first place.

However, agreements on technical specifications for security devices and their installation fall into the general domain of standard setting, which is not unique to the insurance sector. Therefore, there is no need for those categories of agreements to be protected by a special legal instrument such as the BER.

Moreover, the review showed that a large number of historically developed national requirements by the insurance have negative effects on competition on the downstream market for the supply of security devices as manufacturers which do not comply with these standards are, *de facto*, excluded from the market because consumers will only buy security devices which conform to the commonly agreed standards. The consequence is that consumers are forced into use of certain devices as only those are accepted by insurers and are denied a wider choice of performance-equal products, which results in less choice for consumers as buyers of security devices.

¹² Available at: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf, par. 343.

There are also cases where detailed national rules result in fragmentation of the internal market and in reduction of competition between producers of security devices across Member States. The existence of national requirements agreed by insurers means that producers of security devices have to comply with different sets of national rules, depending on the Member State in which they sell their products. This seems to result in sales volumes being limited to national/regional markets because of multiple national certification requirements, even in cases where harmonized CEN/CENELEC standards do already exist.

A condition provided in the previous BER was that the exemption did not apply where harmonisation already existed at EU level. The reason behind this is the construction of the EU internal market and the avoidance of any protectionist practices. However, the remaining scope of the BER was consistently reduced or eliminated due to existing EU-level harmonization¹³.

Against this background, the Commission considered it more appropriate that a compliance analysis for these types of agreements be conducted on a case-by-case basis under Article 101(1) and, if appropriate, 101(3). Agreements on security devices are now to be assessed on the basis of the new standardisation chapter of the Horizontal Guidelines. To that effect an example specific to the insurance sector was introduced into these Guidelines. In accordance with this example, agreements on security devices could be pro-competitive as long as they do not have effects on the downstream market by excluding manufacturers through very specific and unjustified requests and as long as there is no harmonization in the area¹⁴.

5. RENEWED EXEMPTION: JOINT COMPILATIONS, TABLES AND STUDIES – MAIN CHANGES

5.1. Findings of the review

Subject to certain conditions, the previous BER exempted agreements which relate to the joint establishment and distribution of (i) calculations of the average cost of covering a specified risk in the past and (ii) mortality

¹³ For instance, 90 EU harmonized standards concerning fire detection have been published in the EU standards issued by CEN/CENELEC.

¹⁴ Available at: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf, par. 318.

tables and tables showing the frequency of illness, accident and invalidity, in connection with insurance involving an element of capitalisation. It also exempted (subject to certain conditions) the joint carrying out of studies on the probable impact of general circumstances external to the interested undertakings, either on the frequency or scale of future claims for a given risk or risk category or on the profitability of different types of investment and the distribution of the results of such studies.

The fact that the costs of insurance products are unknown at the time the price is agreed and the risk covered was considered as a differentiating factor of the insurance sector from other sectors in terms of the assessment of risks. This makes access to past statistical data in order to technically price risks crucial.

Indeed, the review showed that sharing such information currently allows insurers to properly calculate risks, which enables the entry of small and medium sized firms.¹⁵ Insurers put forward that a very large number of risks would be required in order to give actuarially acceptable accuracy. Several small insurers considered that in the absence of the BER, they would face such a degree of uncertainty that a security surcharge would be required for them to operate, which would be charged to consumers. Therefore, the Commission considers that cooperation in this area is both specific to the insurance industry and necessary in order to appropriately assess risks.

Moreover, many insurers, as well as some supervisory authorities and a risk management federation argued that, without the BER, insurers would no longer cooperate or would not share the outcome of the cooperation with smaller or foreign insurers, which would narrow the market by hindering or preventing smaller/foreign insurers from entering the market. Indeed, some large insurers (who, according to insurance associations, would be able to compile the relevant information alone or by involving perhaps one or two other large insurers) may have not incentive to do so. The advantage of the legal instrument of the BER is that it requires that, when insurance companies enter into these forms of cooperation, they must give access to the information compiled to other insurance companies.

¹⁵ A number of respondents during the Review, in particular small and medium sized insurers, said they could not have entered the market without the use of the data-sharing facilitated by this exemption.

Also, renewing this exemption avoids possible inconsistency with Solvency II¹⁶, which encourages data exchanges between insurers as Solvency II requires firms to have high quality actuarial data as it imposes a new risk sensitive solvency regime.

Therefore, the Commission decided to renew this exemption, but made several modifications/improvements in the new BER.

5.2. Main change – an access to data right for customer and consumer organisations

On the basis of comments during the review indicating that insurers are not jointly calculating but in fact jointly compiling (which “may involve some statistical calculations”¹⁷) information, the term has been amended to “joint compilations, tables and studies”. This new term has also the merits of dispelling any possible misinterpretations implying that the BER would be a shelter for commonly calculating commercial premiums.

Also, the new BER clarifies that: (i) the exemption itself allows exchange of information only where it is necessary for the compilations, tables and studies; (ii) data should be made available not only on reasonable and non-discriminatory terms, but should also be “affordable”; and (iii) the information exchanged must not contain any indication of the level of commercial premiums.

Moreover, the new BER grants an access right to data for customer and consumer organisations. Initially, the draft BER published for consultation included an access right for consumer organisations and other interested third parties to the joint compilations, tables and studies produced. Indeed, granting access to these categories is an important element in terms of the analysis of the exemption criteria for Article 101(3) since consumers must be allowed a fair share of the resulting benefits. However several insurance associations were worried that this access could have negative effects such as: (i) exposing insurers to reputational risk if actuarial expertise were not used to interpret the data; (ii) allowing third parties to benefit from their efforts without contributing; and (iii) requiring insurers to spend too much

¹⁶ Solvency II is a Commission proposal which will introduce economic risk-based solvency requirements across all EU Member States for the first time. More information is available at: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/index_en.htm.

¹⁷ See Recital 9 of Commission Regulation (EU) No 267/2010.

time answering very vague and broad questions. Some insurance associations, in their replies to the public consultation, even warned that they would withdraw from cooperation because of the access right afforded to consumer and customer organisations.

Given that, on the one hand, the Commission considers transparency to the benefit of consumers important, but that, on the other hand, risks of misinterpretation of the data received did seem indeed plausible, the Commission narrowed down the scope of the data exchange beneficiaries and amended its final draft to provide that data should be made available only to consumer organisations or customer organisations that request access to them, with the exclusion of the large category of “other interested parties”.

Some insurers raised the issue of the possible circumvention by associations of this limitation, by way of publishing for instance the whole data they would have access to. However, data should be available on “reasonable terms”, which leaves the insurance associations the freedom to regulate in a contract the use that consumer and customer organisations can make of the statistics, including, for instance, the prohibition to publish the raw data as such (as opposed to conclusions based on such data, the publication of which should not be prevented).

Also, data should be made available on “affordable” terms, which means that the access right should not be made impracticable through the request of very high fees for access to data. Indeed, the effort of compiling these data is made anyway by insurers, in their own interest for the purpose of better assessing the risk and more accurately calculating premia. The concrete appropriate level is to be established by insurers or insurers’ association in each case. The cost of giving access to the data could be used as a benchmark to that effect.

In order to avoid vague and unjustified requests, as was feared by insurers, the BER provides that access must only be given to consumer and customer organisations which request access to data “in specific and precise terms for a duly justified reason”.¹⁸ However, this should not be interpreted by insurers in a way that could transform this condition in an obstacle to the materialisation of the access right itself.

In addition, a public security exception from access to this data was included in the new BER. The BER recitals include two examples where

18 Article 3 2(e) of Commission Regulation (EU) No 267/2010.

this exception may be applicable, namely where the information relates to the security systems of nuclear plants or the weakness of flood prevention systems¹⁹.

6. RENEWED EXEMPTION: POOLS – MAIN CHANGES

6.1. Findings of the review

The Commission recognizes that risk sharing for certain types of risks (such as nuclear, terrorism and environmental risks), for which individual insurance companies are reluctant or unable to insure the entire risk alone, is crucial in order to ensure that all such risks can be covered. This makes the insurance sector different to other sectors and triggers an enhanced need for cooperation.

The new BER exempts two main categories of pools:

(i) pools covering “new risks”, under no market share conditions, for a period of three years. Given that it is not possible to know in advance what subscription capacity is required to cover a new risk, the BER exempts pools created in order to cover new risks, for a limited period of three years from the date of first establishment of the pool, regardless of the market share of the pool. If the pool is not newly created in order to cover a new risk, but starts offering coverage for such a new risk while already in place, the three years period will start, by analogy with the previous case, on the date when such coverage for the new risk is afforded by the pool in question; and

(ii) the rest of the pools, i.e. pools that provide common coverage for a specific category of risks (e.g. nuclear, environmental, terrorism risks) or pools which covered a new risks but which have been in existence for more than three years, or which have covered the new risk in question for more than three years, subject to certain conditions, in particular market share thresholds.

In terms of competition assessment, there seems to be three main categories of pools:

First category: pools which may be considered not to be anti-competitive, no matter how high their market share, as long as pooling is necessary to allow their members to provide a type of insurance that could not be provided

¹⁹ Recital 11 of Commission Regulation (EU) No 267/2010.

by only one insurance company²⁰. The replies to questionnaires showed that only a small number of the pools applied this legal analysis, whereas the majority of them preferred to consider that they fulfill the conditions of the BER, without even considering that they might not even need the BER, as their pool might not fall under Article 101(1) in the first place.

A second category of pools is outside the scope of the BER but for another reason: they can give rise to restrictions of competition and they do not fulfill the market shares thresholds and/or do not comply with the other conditions set out in the BER. In these cases, pools were set up, despite the fact that the risks in question could have been covered by several individual insurers rather than a pool and the market share thresholds were exceeded. They could be exempted on the basis of an Article 101(3) self-assessment.

Finally, there is a third category of pools: the ones which do give rise to restrictions of competition, but comply with the market shares thresholds and other conditions established by the BER. They are fine from a competition assessment point of view as they are covered by the BER.

A serious concern which came to light during the Review was that many pools and participating insurers considered that the simple existence of the BER gave them legal certainty and used the pool exemption as a “blanket” exemption, without carrying out a careful legal assessment of a pools’ compliance with the BER. The Commission has therefore emphasised in its explanatory Communication accompanying the new BER that pools must carry out a careful individual legal self-assessment, on a case-by-case basis. The Commission intends to closely monitor the pooling of risks going forward, in cooperation with the national competition authorities.

6.2. Main change – a new method of calculating market shares

The main market share thresholds have remained the same as in the previous BER, i.e. 20% for co-insurance pools and 25% for co-reinsurance pools. Although several insurance associations argued in favour of higher thresholds, the Commission did not find any convincing reasons as to why

²⁰ Recital 13 of the Commission Regulation (EU) No 267/2010 (the new BER) provides that: “Co-insurance or co-reinsurance pools can, in certain limited circumstances, be necessary to allow the participating undertakings of a pool to provide insurance or reinsurance for risks for which they might only offer insufficient cover in the absence of the pool. Those types of pools do not generally give rise to a restriction of competition under Article 101(1) of the Treaty and are thus not prohibited by it”.

these thresholds should be raised. However, the flexibility thresholds²¹ have been raised by 3% from 22% to 25% for coinsurance pools and from 27% to 30% for co-reinsurance pools in order to bring them into line with other BERs such as the Specialisation BER²². This change allows some additional scope for pools to be covered when their market shares increase.

Although the main market share thresholds have remained the same as in the previous BER, the new BER makes a significant change in the approach to market share calculation.

The approach in the previous BER only took into account the combined market shares of the participating undertakings within the pool. This was not in line with other general and sector-specific competition rules on the assessment of horizontal cooperation. The Commission's *de minimis* Notice refers to the "aggregate market share held by the parties to the agreement"²³ and not to the market share of the cooperation in question. In addition, no other BER, be it general²⁴ or sector-specific²⁵, bases its calculation of market share on the cooperation rather than on the aggregate share of all companies involved. Moreover, this methodology was more generous than in other sectors, as the turnovers achieved by the participating companies outside the co(re)insurance group in the relevant insurance market were not counted.

21 If the market share of a co-insurance pool (initially below or equal to the market share threshold of 20%) increases above the threshold of 20% but does not exceed 25%, the exemption will continue to cover that pool for 2 years. If it rises above 25%, the exemption will continue to cover that pool for only 1 year. If the market share of a co-reinsurance pool (initially below or equal to the market share threshold of 25%) increases above the threshold of 25% but does not exceed 30%, the exemption will continue to cover that pool for 2 years. If it rises above 30%, the exemption will continue to cover that pool for only 1 year.

22 Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements (OJ L 304, 05.12.2000, p. 3).

23 The Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty (OJ C 368, 22.12.2001, p.13) and Guidelines on the effect on trade concept (OJ C 101, 27.4.2004, p.81).

24 Article 4 of the Specialisation BER (Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements, OJ L 304, 05.12.2000, p. 3) refers to the market share "of the participating undertakings", and Article 3 of the Technology Transfer BER (Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, OJ L 123, 27.04.2004, p. 11-17) mentions the "combined market share of the parties".

25 Article 5 (2) of the Liner consortia BER (Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia): "For the purpose of establishing the market share of a consortium member the total volumes of goods carried by it in the relevant market shall be taken into account".

Therefore, the draft BER published for consultation provided that market share of participating companies within the pool but also *outside* it should be taken into account.

During the public consultation on the draft BER, several insurance associations pointed out that this new method of calculating market shares would drive most of the large and medium sized companies out of the pools in which they are operating. However, these comments were largely unsupported and did not explain why they consider that the insurance industry requires a different way of calculating market shares to all other sectors and departing from the general rules.

The draft BER published for consultation only provided that when calculating the market share of a pool, market shares of the participating undertakings inside and outside the pool in question should be counted. The final version was revised to make this even clearer by listing exactly what must be counted, i.e: (i) the market share of the participating undertakings within the pool in question; (ii) their market share within another pool on the same relevant market, to which the participating undertaking is a party; and (iii) their market share on the same relevant market outside any pool.

6.3. The BER condition related to the prohibition of the double membership was deleted

Given that in some Member States, for instance in the Netherlands, there is a significant number of overlapping pools which could possibly encourage an anti-competitive exchange of information through networks of pools, the published draft BER also maintained a condition in the previous BER, which provided that a pool whose members are also part of another pool does not benefit from the exemption (the double membership prohibition). Many respondents and in particular insurance associations strongly opposed this condition, considering that the new method of calculating market shares would already significantly reduce the scope of the BER. It was decided therefore to delete this clause in the new BER in order to establish a middle-ground solution.

In addition, a provision was added in Recital 22 of the BER to emphasise that when either the Commission or Member States are considering withdrawal, the negative effects that may derive from the existence of links between participating undertakings within overlapping pools are of particular importance.

6.4. A more extensive definition for “new risks”

As in the previous BER, pools covering new risks benefit from the BER without any market share conditions, for a period of 3 years. In view of several comments received throughout the review of the BER on the definition for “new risks” which considered it to be too narrow, this definition was amended to include, in addition to risks which did not exist before, risks the nature of which has, on the basis of an objective analyses, changed so materially that it is not possible to know in advance what subscription capacity is necessary in order to cover them²⁶. These could be, for instance, climate change risks or certain types of terrorism risks which have never occurred in the past.

This new definition was welcomed by the majority of respondents to the public consultation. A few respondents considered that the exemption period of 3 years was not sufficient for companies to attain adequate knowledge and experience regarding these risks. However, given that no concrete examples or evidence as to why five years would be more appropriate than three, the new BER did not amend this duration.

7. GENERAL CHANGES

The possibility of withdrawal of the benefit of the Regulation was extended to Member States, in addition to the Commission, in respect of the territory of that Member State, where it finds that in a particular case an agreement to which the exemptions apply nevertheless has effects which are incompatible with the conditions laid down in Article 101(3) of the Treaty. The withdrawal powers derive from Regulation 1/2003, which explains why the provision in question was included in the recitals rather than in the articles.

Moreover, the draft for public consultation had no transitional period, since no hardcore restrictions have been added, but merely the scope of the BER has been narrowed down. However, in response to a number of comments requesting a transitional period in order to allow time for notice to be given on agreements where necessary, a transition period has been afforded.

The new Regulation entered into force on 1st April 2010, with a 6 month transition period in respect of agreements already in force on 31 March 2010, which do not satisfy the conditions for exemption provided for in the new Regulation but which satisfy the conditions for exemption provided for in the previous BER.

²⁶ Article 1 6 b. of Regulation (EU) No 267/2010.

Moreover, the structure of the entire BER was adjusted to separate the exemptions for the two categories of agreements and follow each of them with its conditions. The aim of this change was to ensure that the conditions immediately follow the exemption with a view to ensuring that they are also examined and facilitate correct self-assessment.

8. CONCLUSION

Although the modernisation of the procedural competition rules with the adoption of Regulation 1/2003 did not abolish the BER system as such, as it offers guidance and legal certainty to stakeholders, there is a tendency of renewing a sector specific BER such as the one for the insurance sector only to forms of cooperation whose specificity triggers an enhanced need for cooperation which deserves to be protected by the exceptional legal instrument of a BER.

The Review showed that certain types of agreements are not specific to the insurance sector and that their inclusion in a BER may result in unjustified discrimination against other sectors which do not benefit from a BER. In addition, although they may give rise to some benefits to consumers, they can also result in competition concerns and, therefore, it is more appropriate that they be subject to self-assessment.

The Commission will cooperate with national competition authorities, which have been closely involved in the BER review exercise, to ensure that insurance companies and in particular pools, assess correctly whether their agreements meet the exemption conditions and do not use the BER as a blanket protection. This is clearly not acceptable and Commissioner Almunia stated that “The Commission together with the national competition authorities will see to it that the industry does not use the exemption as a blanket protection and will enforce competition rules where and whenever necessary”²⁷.

The Commission is required to prepare a report on its functioning and future for the European Parliament and Council by March 2016. This BER will automatically expire in March 2017 unless the Commission considers that any parts of it should be renewed at that time.

²⁷ See IP/10/359.

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional – 2010

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Setembro a Dezembro de 2010

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 4/2010, de 5 de Novembro

Altera o n.º 3-A do Aviso n.º 11/94, publicado no DR, 2.ª Série, n.º 300, Supl. de 29.12.94, que estabeleceu o valor da contribuição anual a entregar ao Fundo de Garantia de Depósitos pelas instituições participantes, determinando-se que o Banco de Portugal poderá fixar, por Instrução, uma contribuição anual mínima.

Aviso n.º 5/2010, de 3 de Dezembro

Determina quais as informações que devem acompanhar as comunicações de aquisição ou aumento de participações qualificadas em instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de investimento. O presente aviso revoga o Aviso n.º 3/94, de 22 de Junho.

Aviso n.º 8/2010, de 31 de Dezembro

Altera os Avisos n.ºs 5/2007, 7/2007, 8/2007, 9/2007 e 10/2007 do Banco de Portugal, todos de 27 de Abril.

CMVM – COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Regulamento da CMVM n.º 5/2010, de 11 de Outubro

Dever de divulgação de posições económicas longas relativas a acções (alteração ao Regulamento da CMVM n.º 5/2008).

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Portaria n.º 829/2010, de 31 de Agosto

Approva o Regulamento de Aplicação da Medida n.º 3.6, “Implantação de Redes de Banda Larga de Nova Geração em Zonas Rurais”, integrada no

Subprograma n.º 3, “Dinamização das Zonas Rurais», do Programa de Desenvolvimento Rural do Continente – PRODER”.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

GERAL

Resolução do Conselho de Ministros n.º 87/2010, de 11 de Novembro

Procede à extinção das estruturas de missão “Gabinete do Metro Sul do Tejo”, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2002, de 3 de Abril, e “Gabinete para o Desenvolvimento do Sistema Logístico Nacional”, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2007, de 3 de Maio.

Portaria n.º 1165, de 9 de Novembro

Aprova a tabela de taxas devidas pelos serviços prestados pelo Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres.

CONDUTORES

Resolução da Assembleia da República n.º 107/2010, de 13 de Setembro

Aprova a Convenção sobre a Circulação Rodoviária, adoptada em Viena em 8 de Novembro de 1968.

VEÍCULOS

Lei n.º 46/2010, de 7 de Setembro

Procede à terceira alteração ao Regulamento de Matrícula dos Automóveis, seus Reboques, Motociclos, Ciclomotores, Triciclos, Quadriciclos, Máquinas Industriais e Máquinas Industriais Rebocáveis, à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 554/99, de 16 de Dezembro, na redacção introduzida pelos Decretos-Leis n.ºs. 107/2002, de 16 de Abril, 109/2004, de 12 de Maio, 136/2008, de 21 de Julho, e 112/2009, de 18 de Maio, à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 112/2009, de 18 de Maio, à décima alteração ao Código da Estrada e à terceira alteração à Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 113/2009, de 18 de Maio.

Decreto-Lei n.º 133/2010, de 22 de Dezembro

Revê o peso e a altura máxima de determinados veículos, alterando o Regulamento que Fixa os Pesos e as Dimensões Máximos Autorizados para os

Veículos em Circulação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 99/2005, de 21 de Junho.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Decreto-Lei n.º 138-B/2010, de 28 de Dezembro

Procede à revisão das bases da concessão da exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros do eixo norte-sul, aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2005, de 13 de Abril.

INAC - INSTITUTO NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Regulamento n.º 708/2010, de 30 de Agosto

Dispositivos de segurança (*safety nets*).

Regulamento n.º 821/2010, de 12 de Outubro

Procede à primeira alteração do Regulamento n.º 40/2009, de 9 de Janeiro, do INAC, I.P., relativo às condições e requisitos de emissão, pelo Instituto Nacional de Aviação Civil, I. P., da declaração de caracterização do tráfego praticado por um operador de transporte aéreo comercial para efeitos de isenção de IVA.

Regulamento n.º 831/2010, de 8 de Novembro

Regulamento para aceitação de pessoal dirigente [define o perfil do administrador responsável (*accountable manager*) e as habilitações académicas, a formação e experiência profissionais dos responsáveis pelas áreas operacionais (*nominated postholders*), dos gestores sectoriais e do supervisor].

Regulamento n.º 832/2010, de 8 de Novembro

Revisão do regulamento n.º 32/2003 (normas relativas à operação de aeronaves em regime de contrato de locação, por operadores nacionais, no âmbito do transporte aéreo).

Regulamento n.º 833/2010, de 8 de Novembro

Regulamento que determina a obrigatoriedade dos operadores certificados para transporte aéreo comercial, titulares de um COA ou de um COTA, de estabelecerem e manterem um programa de prevenção de acidentes e de segurança de voo. Revoga o regulamento n.º 19/2003 (normas relativas ao programa de prevenção de acidentes e de segurança de voo dos operadores nacionais).

Regulamento n.º 840/2010, de 15 de Novembro

Define as Normas Aplicáveis aos Oficiais de Operações de Voo e à Certificação das Organizações de Formação dos Oficiais de Operações de Voo, revogando o Regulamento n.º 4/2003, de 23 de Dezembro de 2002, do INAC, I.P., publicado no DR, 2.ª série, n.º 22, de 27 de Janeiro de 2003.

ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Resolução do Conselho de Ministros n.º 47/2010, de 25 de Junho

Actividade de colocação de publicidade pelo Estado e outras entidades públicas.

Decreto-Lei n.º 97/2010, de 4 de Agosto

Base de Dados sobre a publicidade institucional do Estado e outras entidades públicas. Altera o Decreto-Lei n.º 165/2007, de 3 de Maio.

Lei n.º 54/2010, de 24 de Dezembro

Lei da Rádio.

Portaria n.º 1297/2010, de 21 de Dezembro

Aprova as normas e especificações técnicas da Base de Dados da publicidade pelo Estado e outras entidades públicas.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de Junho

Estabelece as regras para a determinação da condição de recursos a ter em conta na atribuição e manutenção das prestações do subsistema de protecção familiar e do subsistema de solidariedade, bem como para a atribuição de outros apoios sociais públicos, e procede às alterações na atribuição do rendimento social de inserção, tomando medidas para aumentar a possibilidade de inserção dos seus beneficiários, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, à segunda alteração à Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril.

Decreto-Lei n.º 136/2010, de 27 de Dezembro

Reduz a composição dos conselhos de administração dos hospitais com natureza de entidades públicas empresariais, extingue a Estrutura de Missão

Parcerias-Saúde e procede à quarta alteração do Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de Dezembro, e à segunda alteração do Decreto-Lei n.º 219/2007, de 29 de Maio.

Portaria n.º 1319/2010, de 28 de Dezembro

Estabelece as condições de atribuição do regime especial de comparticipação de medicamentos, no âmbito do Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de Junho, que estabelece as regras para a determinação da condição de recursos a ter em conta na atribuição e manutenção das prestações do subsistema de protecção familiar e do subsistema de solidariedade, bem como para a atribuição de outros apoios sociais públicos, e procede às alterações na atribuição do rendimento social de inserção, tomando medidas para aumentar a possibilidade de inserção dos seus beneficiários, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, à segunda alteração à Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio, à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto, à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril.

Portaria n.º 1320/2010, de 28 de Dezembro

Actualiza a tabela das taxas moderadoras e revoga a Portaria n.º 34/2009, de 15 de Janeiro.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

ELECTRICIDADE

Lei n.º 28/2010, de 2 de Setembro

Alteração ao Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30 de Março, que procede à décima alteração ao Decreto -Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação. Suspende as alterações relativas às actividades das entidades inspectoras de electricidade e gás, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 26/2010.

Lei n.º 30/2010, de 2 de Setembro

Approva os mecanismos de definição dos limites da exposição humana a campos magnéticos, eléctricos e electromagnéticos derivados de linhas, de instalações ou de equipamentos de alta tensão e muito alta tensão, tendo em vista salvaguardar a saúde pública.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2010, de 10 de Setembro

Aprova o lançamento, até ao final de Outubro de 2010, de procedimentos concursais de iniciativa pública, em várias regiões do País, para a atribuição simultânea e coordenada de títulos de utilização dos recursos hídricos nos termos da Lei da Água, aprovada pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio, e de capacidade de injeção de potência na Rede Eléctrica de Serviço Público (RESP) e identificação dos pontos de recepção associados para energia eléctrica produzida em centrais mini-hídricas, nos termos do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, tendo em vista alcançar a meta de atribuição de uma potência total de 150 MW.

Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro

Estabelece o procedimento aplicável à extinção das tarifas reguladas de venda de electricidade a clientes finais com consumos em muita alta tensão (MAT), alta tensão (AT), média tensão (MT) e baixa tensão especial (BTE) e procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro e à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

Decreto-Lei n.º 188-A/2010, de 25 de Outubro

Aprova alterações ao regime jurídico da microprodução, definido como produção descentralizada de electricidade em baixa tensão por particulares.

Decreto-Lei n.º 126/2010, de 23 de Novembro

Estabelece o regime de implementação dos aproveitamentos hidroeléctricos a que se refere a Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2010, de 10 de Setembro.

Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro

Tem como objecto a criação da tarifa social de fornecimento de energia eléctrica a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis.

Decreto-Lei n.º 141/2010, de Dezembro

Estabelece as metas nacionais de utilização de energia renovável no consumo final bruto de energia e para a quota de energia proveniente de fontes renováveis.

Portaria n.º 1201/2010, de 29 de Novembro

Aprova os requisitos técnicos para o licenciamento da actividade de operação de pontos de carregamento da rede de mobilidade eléctrica nos termos previstos pelo Decreto -Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril.

Portaria n.º 1202/2010, de 29 de Novembro

Estabelece os termos aplicáveis às licenças de utilização privativa do domínio público para a instalação de pontos de carregamento de baterias de veículos eléctricos em local público de acesso público.

Portaria n.º 1232/2010, de 9 de Dezembro

Fixa o valor das taxas devidas pela emissão das licenças de comercialização de electricidade para a mobilidade eléctrica e de operação de pontos de carregamento, bem como da taxa de inspecção devida pela realização de inspecções periódicas previstas no artigo 19.º do Decreto -Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril.

Portaria n.º 1308/2010, de 23 de Dezembro

Estabelece a remuneração do serviço de interruptibilidade e disponibilidade.

Portaria n.º 1309/2010, de 23 de Dezembro

Estabelece o regime transitório, durante 2011, do serviço de interruptibilidade.

Portaria n.º 1334/2010, de 31 Dezembro

Estabelece os procedimentos e as demais condições necessários à atribuição, aplicação e manutenção da tarifa social estabelecida no Decreto -Lei n.º 138-A/2010, de 28 de Dezembro.

GÁS NATURAL**Portaria n.º 1213/2010, de 2 Dezembro**

Aprova os requisitos para a atribuição e transmissão de licenças de distribuição local de gás natural e o regime de exploração da respectiva rede de distribuição, que constam do anexo.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência da União Europeia

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE 14 DE SETEMBRO DE 2010 NO PROCESSO C-550/07 P
– AKZO NOBEL CHEMICALS LTD E AKCROS
CHEMICALS LTD C. COMISSÃO EUROPEIA

*Helena Gaspar Martinho**

INTRODUÇÃO

O Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010**, comumente designado Acórdão *Akzo*, veio, por ora, pôr um ponto final no intenso e controvertido debate em torno da garantia de confidencialidade das comunicações trocadas entre as empresas alvo de investigação da Comissão Europeia por práticas restritivas da concorrência e os seus advogados internos.

O facto de o Acórdão em análise ter sido uma das primeiras decisões respeitante aos direitos de defesa proferida na vigência do Tratado de Lisboa, que atribuiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o mesmo valor jurídico que os Tratados, criou alguma expectativa de que a jurisprudência anterior fosse revertida e que passasse a ser consagrada a garantia de confidencialidade também para comunicações trocadas com os advogados internos das empresas. O Tribunal de Justiça declarou, porém, de forma inequívoca, que tal garantia apenas é aplicável a advogados independentes

* Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste comentário são estritamente pessoais e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

** A jurisprudência citada no presente comentário pode ser encontrada em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> (Tribunal de Justiça da União Europeia) e http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

que não se encontrem subordinados por uma relação de emprego com o seu cliente.

1. A PROTECÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES TROCADAS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES NO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

O Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (presentemente, artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE) – Regulamento n.º 17/62¹ – conferia poderes à Comissão Europeia para, no âmbito de processos relativos a práticas restritivas da concorrência, pedir informações e documentos às empresas (artigo 11.º), bem como ter acesso às suas instalações, inspeccionar e tirar cópias de livros e documentos profissionais (artigo 14.º, n.º 1). O mesmo Regulamento nada previa, porém, quanto à garantia do segredo profissional dos advogados.

Embora o Relatório da Comissão do Parlamento Europeu que apreciou o Projecto do Regulamento n.º 17 (Relatório Déringer²) tenha proposto, no ponto 121 e a propósito daqueles que se tornariam os referidos artigos 11.º e 14.º, que fosse protegido o segredo profissional dos advogados, tal proposta não foi levada em consideração aquando da redacção da versão final do Regulamento³.

Em 1977, dois funcionários do serviço jurídico da Comissão (M. C. D. Ehlermann e M. D. Oldekop) prepararam uma comunicação para o congresso FIDE, que teria lugar no ano seguinte em Copenhaga, em que tratavam da questão da aplicabilidade da protecção do segredo profissional dos advogados nos processos referentes a práticas restritivas da concorrência, salientando que se em todos os Estados-membros o segredo das comunicações entre advogado e cliente era protegido, os limites e os métodos através dos quais essa protecção era assegurada não eram uniformes. Sublinharam ainda os Autores da comunicação que, com o alargamento das Comunidades, a discussão recebeu um novo impulso devido à protecção particularmente forte de que gozava o segredo profissional dos advogados no Reino Unido

1 Jornal Oficial n.º 813 de 21.2.1962 p. 204 – 211.

2 Doc. do Parlamento Europeu 57/1961.

3 Vide Conclusões do advogado-geral Warner apresentadas em 20 de Janeiro de 1981, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1620 ss. (consultámos a versão francesa). Ainda sobre esta matéria: Pais Antunes, 1995: 131; Giannakopoulos, 2004: 78; e Kerse & Khan, 2005: 144.

e na Irlanda. Porém, até ao momento, a salvaguarda do segredo profissional não tinha sido um problema particularmente sensível na prática da Comissão e a protecção adequada a conferir a tal garantia permanecia um problema a debater⁴.

Em breve, todavia, o Tribunal de Justiça seria confrontado com esta questão na sequência de um caso em que, ao abrigo dos poderes conferidos pelo artigo 14.º do Regulamento n.º 17, a Comissão exigiu a entrega de documentos que a empresa investigada alegava estarem cobertos pela confidencialidade entre advogados e clientes e que, como tal, considerava não deverem ser entregues à Comissão.

Foi neste contexto que, em 1982, na sequência do recurso interposto pela *AM & S*^{5/6}, empresa visada pela decisão da Comissão que exigia a entrega dos referidos documentos, o Tribunal de Justiça fixou a jurisprudência fundamental relativa à aplicabilidade da protecção do segredo profissional dos advogados nos processos referentes a práticas restritivas da concorrência por violação dos, então, artigos 85.º e 86.º do Tratado (presentemente, artigos 101.º e 102.º do TFUE).

Neste, como noutros domínios do Direito da União Europeia, foi o Tribunal de Justiça que, na ausência de um catálogo de direitos, identificou, com base nos critérios legais comuns vigentes nos vários Estados-membros, os direitos a proteger e delimitou o seu âmbito de aplicação de forma a que pudessem compatibilizar-se com outros valores em conflito – no caso, a protecção efectiva do Direito da concorrência, consubstanciada nos poderes de investigação da Comissão, necessários para o efeito.

2. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO *AM & S*

Interpretando os referidos artigos 11.º e 14.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, o Tribunal de Justiça esclareceu que entre os documentos passíveis de serem

4 Conclusões do advogado-geral Warner (cit. *supra* nota 3), p. 1622 ss.

5 Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1982, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1575.

6 Para análise sumária da problemática inerente à protecção da confidencialidade de correspondência trocada entre empresas e o seu advogado e, concretamente, deste Acórdão, em obras gerais de referência, vide Pliakos, 1994: 46-49; Pais Antunes, 1995: 130-140; Giannakopoulos, 2004: 78-94; Kerse & Khan, 2005: 144-153; e Moura e Silva, 2008: 115-119.

exigidos pela Comissão incluía-se a correspondência⁷ trocada entre advogados e os seus clientes⁸.

Esta regra, porém, não é absoluta e o Tribunal reconhece que a confidencialidade de tal correspondência deve ser protegida desde que dois requisitos cumulativos se verifiquem:

- (i) A correspondência tenha sido trocada no âmbito e para efeitos do direito de defesa do cliente (relação com os direitos de defesa);
- (ii) A correspondência tenha sido trocada com um advogado independente, isto é, um advogado que não esteja ligado ao cliente por uma relação de emprego (independência do advogado⁹).

Quanto ao primeiro requisito, o Tribunal esclarece que para pleno exercício dos direitos de defesa, e sendo a protecção da confidencialidade da correspondência trocada com o advogado um corolário desses direitos, tal protecção deve aplicar-se a toda a correspondência trocada desde o início do processo e deve poder ainda estender-se a comunicações anteriores que tenham uma relação com o objecto dos autos¹⁰.

No que se refere ao segundo requisito, o Tribunal sublinha a concepção do advogado como “*colaborador da justiça chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente tem necessidade*”¹¹. O conceito de independência do advogado é definido pelo Tribunal no presente arresto de forma positiva – dependendo da inscrição do advogado na ordem profissional de um Estado-membro¹² e da sujeição à disciplina profissional imposta e controlada no interesse geral por tal entidade¹³ – e

7 Segundo Pais Antunes (1995: 130), o conceito de “*correspondência*” deve ser interpretado de forma lata. Como veremos adiante, a jurisprudência Akzo faz referência a “*comunicações*”.

8 §§ 16 e 27.

9 § 21.

10 § 23. “*No caso em análise, tratava-se de correspondência trocada em 1972, imediatamente após a adesão do Reino Unido à Comunidade e cerca de seis anos antes da realização das inspecções e que dizia respeito à questão de saber em que medida poderia ser evitado um conflito eventual entre a empresa e as autoridades comunitárias em consequência da aplicação das regras da concorrência do Tratado às actividades da empresa*” – Pais Antunes, 1995: 135-136.

11 § 24.

12 § 25.

13 § 24.

de forma negativa – sendo necessário verificar-se a ausência de uma relação de emprego.

A decisão do Tribunal de Justiça diverge, neste particular, da solução proposta pelo advogado-geral, que defendeu que os advogados vinculados por contratos de trabalho deveriam, no que à protecção do segredo profissional diz respeito, ser tratados da mesma forma que os advogados independentes^{14/15}.

3. AS CRÍTICAS À JURISPRUDÊNCIA *AM & S*

O Acórdão *AM & S* foi criticado por consagrar uma garantia baseada no mínimo denominador comum que podia encontrar-se entre os Estados-membros¹⁶ e, em particular no que concerne à distinção traçada entre advogados internos subordinados por um contrato de trabalho e advogados independentes para efeitos da garantia de protecção da confidencialidade das comunicações trocadas entre advogados e clientes, por ser demasiado restritiva¹⁷, privilegiando, além disso, um critério formal em detrimento de um critério material¹⁸.

A aprovação do Regulamento n.º 1/2003¹⁹, que reforçou os poderes de investigação da Comissão, bem como os deveres de cooperação entre as Autoridades Nacionais da Concorrência (ANCs) e a Comissão, incluindo a possibilidade de trocar e utilizar informação e provas²⁰, veio incrementar

14 Conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn apresentadas em 26 de Janeiro de 1982, *AM & S Europe Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 155/79, Colectânea da Jurisprudência 1982, p. 1655 (consultámos a versão francesa).

15 Quanto ao procedimento, o Tribunal esclarece que cabe apenas à Comissão (e não à empresa requerida, ou a um terceiro, seja um árbitro ou um perito) determinar se um determinado documento solicitado à luz dos poderes que lhe são atribuídos pelo Regulamento n.º 17 deve ou não ser-lhe entregue (§ 17). Incumbe à empresa que invoque a protecção da confidencialidade de correspondência trocada com o advogado fornecer aos agentes mandatados pela Comissão sem, todavia, mostrar o conteúdo da correspondência em questão, os elementos úteis de forma a provar que esta reúne as condições que justificam a sua protecção legal (§ 29). A matéria relativa ao procedimento a seguir nestas circunstâncias viria novamente a ser tratada, com maior desenvolvimento, pelo Tribunal de Primeira Instância (presentemente designado Tribunal Geral) no Acórdão de 17 de Setembro de 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-125/03 e T-253/03, Colectânea da Jurisprudência 2007, p. II-3523.

16 Como refere, embora discordando de tal crítica, Gippini-Fournier, 2005: 624.

17 Andreangeli, 2008a: 1141.

18 Como refere Andreangeli, 2008b: 96.

19 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1/1, de 4.1.2003.

20 Em particular, artigos 11.º e 12.º.

a discussão em torno desta matéria. Ademais, a modernização do Direito processual da concorrência levada a cabo pelo mesmo Regulamento aumentou a responsabilidade das empresas de proceder a uma auto-avaliação da conformidade das suas práticas comerciais com o Direito da concorrência (designadamente, no que respeita à isenção concedida ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, que deixa de estar sujeita a um sistema de notificação e autorização prévias, que incumbia à Comissão, e passa a um sistema de excepção directamente aplicável *ex post*²¹), o que conduziria a uma necessidade crescente de aconselhamento jurídico. Os assessores jurídicos internos das empresas desempenhariam, neste contexto, um papel particularmente relevante, sendo que a eficácia do seu aconselhamento legal e o sucesso dos programas de cumprimento pressuporia que a comunicação das empresas com os seus advogados internos pudesse ser livre de interferências e confidencial²². Houve, assim, quem questionasse se a jurisprudência *AM & S* constituiria uma resposta adequada às necessidades impostas pela modernização do Direito processual da concorrência levada a cabo pelo Regulamento n.º 1/2003 e ao novo papel que, neste quadro, deveria ser assumido pelos advogados internos das empresas²³.

Acresce que a decisão do caso *AM & S* teve como base os critérios legais comuns aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, sendo que, por um lado, a União Europeia viu crescer significativamente o número de Estados-membros e, por outro, alguns desses Estados alteraram o regime jurídico vigente relativo à protecção das comunicações entre advogado e cliente. Como sublinhou Vesterdorf, antigo presidente do então Tribunal de Primeira Instância (presentemente designado Tribunal Geral), não há razão para crer que uma vez definido o âmbito de protecção de um direito, tal definição seja imutável. Pelo contrário, a natureza evolutiva dos direitos de defesa parece lógica, uma vez que estes encontram a suas raízes nos ordenamentos jurídicos nacionais. As leis nacionais evoluem, bem como o número de Estados-membros, sendo que a crescente influência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) cria uma via adicional de modificação destes direitos²⁴.

21 Camacho, 2010: 95.

22 Conclusões da advogada-geral Kokott apresentadas em 29 de Abril de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd contra Comissão Europeia*, Processo C-550/07 P.

23 Andreangeli, 2005: 39.

24 Vesterdorf, 2005: 709.

Neste contexto, o caso *Akzo* foi visto como uma porta aberta para a alteração da jurisprudência *AM & S* e foi, por isso, aguardado com grande expectativa o seu desfecho.

4. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO *AKZO*

Em 2003, funcionários da Comissão, assistidos por representantes do *Office of Fair Trading*, realizaram, ao abrigo do artigo 14.º do Regulamento n.º 17, uma diligência de instrução nas instalações da *Akzo* e da *Akcros* no Reino Unido, na qual foram apreendidos diversos documentos. Durante a diligência surgiu um diferendo quanto à possibilidade de alguns desses documentos estarem cobertos pela protecção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente.

O recurso interposto para o Tribunal de Justiça teve por objecto saber se duas mensagens electrónicas trocadas entre o director-geral da *Akcros* e o coordenador da *Akzo* para o Direito da concorrência – este último, advogado inscrito na ordem dos advogados neerlandesa e, à data dos factos, também membro do serviço jurídico da *Akzo* e empregado de forma permanente por essa empresa – estavam abrangidas pela protecção conferida pelo segredo profissional dos advogados.

As recorrentes argumentaram que o Tribunal Geral tinha interpretado de forma literal e errada o Acórdão *AM & S*, sendo que segundo uma interpretação teleológica o Tribunal Geral deveria ter concluído que a troca de mensagens em causa estava abrangida pelo segredo profissional dos advogados²⁵.

O Tribunal de Justiça discordou dos argumentos das empresas, sublinhando que o conceito de independência do advogado é definido não apenas de forma positiva (mediante referência aos deveres deontológicos), mas também de forma negativa (pela ausência de uma relação de emprego²⁶). Segundo o Tribunal, ainda que o assessor jurídico se encontre inscrito na ordem dos advogados e sujeito aos deveres deontológicos que lhe estão associados, tal não é suficiente para garantir o grau de independência comparável à de um

25 §§ 32 ss. do Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals Ltd contra Comissão Europeia*, Processo C-550/07 P, JO C 301 de 6.11.2010.

26 § 45.

advogado externo devido à dependência económica e aos laços estreitos que mantém com o empregador²⁷.

Foi com base nestes fundamentos que o Tribunal rejeitou, igualmente, o argumento das recorrentes de que teria sido violado o princípio da igualdade de tratamento (entre advogados internos e externos²⁸).

Por outro lado, a *Akzo* e a *Akcros* invocaram a evolução dos sistemas jurídicos nacionais bem como da ordem jurídica da União Europeia²⁹.

No que concerne à evolução dos ordenamentos jurídicos nacionais, reconhecendo embora as recorrentes que não existe uma tendência uniforme ao nível nacional no sentido de uma equiparação entre os assessores jurídicos e os advogados que exercem a sua profissão a título independente, argumentaram que o Direito da União Europeia pode estabelecer critérios jurídicos para a protecção dos direitos de defesa superiores aos fixados por algumas ordens jurídicas nacionais³⁰. O Tribunal de Justiça, por seu turno, salientou que ainda existe um número significativo de Estados-membros que excluem os juristas de empresa da protecção da confidencialidade aplicável às comunicações entre advogados e clientes e que, além disso, um grande número desses Estados não admite que os juristas de empresa se inscrevam na ordem dos advogados³¹. O Tribunal considerou, portanto, que “*a situação jurídica nos Estados-Membros da União não evoluiu durante os anos que passaram desde a prolação do acórdão AM & S [...] numa medida que permita reconhecer uma evolução da jurisprudência no sentido de um reconhecimento do benefício da protecção da confidencialidade aos assessores jurídicos*”³².

27 §§ 45 ss. A advogada-geral Kokott refere uma identificação pessoal muito maior com a empresa em causa, bem como com a sua política e estratégia – § 70 das Conclusões apresentadas no âmbito do presente processo.

28 §§ 54 ss.

29 §§ 62 ss.

30 § 66.

31 § 72. Referiu a este propósito a advogada-geral que se não é possível excluir que um princípio jurídico, mesmo que consagrado apenas numa minoria dos ordenamentos jurídicos nacionais, seja identificada pelos Tribunais da União como parte integrante do ordenamento jurídico da União – quando este princípio jurídico se revista de uma importância particular tendo em conta as especificidades do Direito da União, os objectivos e as tarefas da mesma, bem como a actividade das suas instituições, ou quando corresponda a uma tendência em fase de consolidação – em relação ao segredo profissional não é possível descortinar quaisquer elementos que indiquem que o Direito da União deveria basear-se na situação jurídica existente numa minoria dos Estados-membros – §§ 94 ss. das Conclusões.

32 § 76.

Quanto à evolução do Direito da União Europeia, argumentaram a *Akzo* e a *Akcros* que a modernização das regras processuais em matéria de cartéis resultante da entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 conduziu a uma crescente necessidade de aconselhamento jurídico interno³³. Este argumento foi rejeitado pela advogada-geral, segundo a qual “*nem a importância crescente dos assessores jurídicos, nem a utilidade incontestável do seu serviço de consultoria jurídica – militam, em última análise, a favor da sujeição da comunicação interna da empresa ou do grupo com assessores jurídicos à protecção do segredo profissional dos advogados*”³⁴. Na sua opinião, não só não pode justificar-se o alargamento do segredo profissional aos assessores jurídicos com base numa simples referência ao seu conhecimento profundo da empresa em causa, como a especial proximidade com a empresa e os seus negócios suscita fortes dúvidas quanto à sua independência³⁵. Este argumento das recorrentes foi, assim, igualmente julgado improcedente pelo Tribunal, que entendeu que as regras do Regulamento n.º 1/2003 não determinam nem contêm nenhum indício de que deva equiparar-se os advogados independentes e os advogados assalariados no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações³⁶.

Os últimos argumentos da *Akzo* e da *Akcros* prendem-se com a possibilidade de o artigo 101.º do TFUE ser aplicado paralelamente às correspondentes disposições de Direito interno, sendo que, do seu ponto de vista, a protecção das comunicações com os assessores jurídicos não pode ficar dependente da circunstância de a investigação ser realizada pela Comissão ou por uma ANC, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, invocam as recorrentes o princípio da autonomia processual nacional, consagrado no artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003³⁷. Também neste ponto entendeu o Tribunal de Justiça que falecia a argumentação das recorrentes. O Tribunal salienta a repartição de competências entre a Comissão e as ANCs, indicando que as empresas alvo de investigações podem facilmente

33 § 78.

34 § 117 das Conclusões.

35 §§ 117 e 118 das Conclusões. Na opinião da advogada-geral, a independência carece de distância e quando uma empresa se dirige ao seu assessor jurídico não comunica com um terceiro neutro, mas com uma pessoa que é um dos seus próprios empregados, não obstante todos os deveres deontológicos resultantes da sua inscrição na ordem dos advogados.

36 §§ 83 ss.

37 §§ 98 ss. e 109 ss.

e com segurança determinar qual o Direito aplicável e que o princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para dois tipos de procedimento, a critérios idênticos³⁸. O Direito da União Europeia é o único aplicável para determinar quais os documentos que a Comissão pode recolher e analisar no âmbito de buscas por si realizadas³⁹, sendo que a interpretação e aplicação uniformes deste Direito não podem depender do lugar de investigação e de eventuais particularidades dos regimes nacionais⁴⁰.

5. UMA JURISPRUDÊNCIA SUFICIENTEMENTE PROTECTIVA DOS DIREITOS DE DEFESA?

A decisão do Tribunal de Justiça no processo *Akzo* não alterou, portanto, os critérios fixados na jurisprudência *AM & S* para determinar o âmbito de protecção da confidencialidade aplicável às comunicações trocadas entre advogados e clientes.

É certo que o Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Akzo* foi proferido após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que atribuiu à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴¹ um valor igual ao dos Tratados⁴² e onde, ademais, se prevê a adesão da União Europeia à CEDH⁴³.

Não nos parece, porém, que esta nova realidade, por si só, autorize a conclusão de que a jurisprudência *AM & S* deveria ser alterada⁴⁴.

Como refere Gippini-Fournier, as críticas tecidas ao Acórdão *AM & S* por ter fixado apenas requisitos mínimos no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados são, de facto, injustas. Esta jurisprudência não só cumpre os requisitos fixados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) para a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogado, como, na realidade, oferece um nível de garantia dos direitos de defesa superior à consagrada pela juris-

38 §§ 104 e 105.

39 § 119.

40 § 115.

41 (2010/C 83/02), JOUE de 30.3.2010.

42 Artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

43 Artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia.

44 Como parece ser a opinião de Sorinas & Jorns: 2010: 3-4.

prudência do Tribunal de Estrasburgo – desde logo, porque permite que se estenda tal protecção a um momento anterior ao início do processo^{45/46}.

Com efeito, e como sublinha Brammer⁴⁷, nos casos em que o TEDH baseia a aplicação da protecção da confidencialidade de comunicações entre advogado e cliente no artigo 6.º da CEDH (que dispõe sobre o direito a um processo equitativo e, concretamente, na alínea *b*) do n.º 3, estipula que o acusado tem direito a defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha⁴⁸) esta garantia não deverá estender-se a uma fase prévia ao início da investigação.

Por outro lado, no início da década de 80, o regime legal respeitante à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com os advogados divergia significativamente nos nove Estados-membros. O processo *AM & S* teve um importante papel na harmonização do nível de protecção de tal garantia. Este alinhamento dos ordenamentos jurídicos nacionais pelos padrões comunitários fez com que, em especial nos países que não partilham da tradição da *commom law*, fosse assegurada uma maior protecção da garantia de confidencialidade no Direito nacional da concorrência em relação à assegurada noutros ramos do Direito interno – incluindo no Direito penal. Com efeito, a “importação” da jurisprudência do Tribunal de Justiça teve como resultado a extensão de tal protecção quer, como referido, a documentos trocados antes do início das investigações, quer às comunicações que se encontrem na posse do cliente, ao contrário do que sucedia em certos

45 Gippini-Fournier, 2005: 620 e 624.

46 Desde que, reitera-se, as comunicações tenham sido trocadas no âmbito e para efeitos do direito de defesa. Segundo a jurisprudência *AM & S* (cit. *supra* nota 5), tem de existir um “*elo de conexão com o objecto do procedimento*”. Vide *supra* capítulo 2.

47 Brammer, 2009: 311 ss.

48 Como sucede, designadamente, nos processos *S. contra Suíça* (Petição n.º 12629/87; 13965/88), Acórdão de 28 de Novembro de 1991 e *Labita contra Itália* (Petição n.º 26772/95), Acórdão de 6 de Abril de 2000. Porém, na maioria dos Processos o TEDH pronunciou-se quanto a uma possível violação do artigo 8.º da CEDH, que protege o direito ao respeito pela vida privada e familiar – vejam-se, designadamente, os Processos *Campbell contra Reino Unido* (Petição n.º 13590/88), Acórdão de 25 Março de 1992; Processo *Niemietz contra Alemanha* (Petição n.º 13710/88), Acórdão de 16 de Dezembro de 1992; Processo *Kopp contra Suíça* (Petição n.º 23224/94), Acórdão de 25 de Março de 1998; Processo *Foxley contra Reino Unido* (Petição n.º 33274/96), Acórdão de 20 de Junho de 2000; Processo *Smirnov contra Rússia* (Petição n.º 71362/01), Acórdão de 7 de Junho de 2007; Processo *André e outro contra França* (Petição n.º 18603/03), Acórdão de 24 de Julho de 2008. Não cabe neste breve comentário uma análise exaustiva da jurisprudência do TEDH. Avançamos, em todo o caso, que a protecção da privacidade é aqui (e no que respeita à protecção da confidencialidade das comunicações trocadas entre advogado e cliente) instrumental em relação à protecção dos direitos de defesa. Neste sentido, veja-se Gippini-Fournier, 2005: 612-613.

Estados-membros onde, anteriormente, tal protecção apenas era aplicável aos documentos que se encontrassem na posse do advogado⁴⁹. A jurisprudência *AM & S* teve, assim, na realidade, um papel no reforço dos direitos de defesa das empresas investigadas por práticas restritivas da concorrência.

No que respeita, concretamente, à extensão da protecção da confidencialidade a comunicações trocadas com advogados internos, embora o artigo 52.º, n.º 3, da Carta disponha que, na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção e que nada obsta a que o Direito da União lhes confira uma protecção mais ampla, como refere a advogada-geral Kokott, é duvidoso que a Carta (em concreto, os seus artigos 47.º, n.º 2, 2.ª parte⁵⁰ e 48.º, n.º 2⁵¹) deva ser interpretada “*no sentido de que garante às empresas um aconselhamento, defesa e representação através dos seus próprios assessores jurídicos*”⁵².

Por outro lado, importa notar que o TEDH nunca se pronunciou sobre a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados internos – nunca tendo, por consequência, reconhecido a extensão de tal garantia a advogados que se encontrem subordinados por uma relação de emprego⁵³ – pelo que não se vislumbra neste domínio qualquer violação da CEDH ou inconsistência entre a jurisprudência dos Tribunais do Luxemburgo e de Estrasburgo⁵⁴.

E se na Carta e na CEDH nada indica que deva estender-se a garantia de confidencialidade a comunicações trocadas com advogados internos, também nas tradições legais comuns aos Estados-membros inexistente uma evolução unitária ou, sequer, maioritária, nesse sentido⁵⁵.

Na realidade, se o critério essencial para aferir da possibilidade de estender a protecção da confidencialidade é a garantia de independência, uma vez que

49 Gippini-Fournier, 2005: 648-653. A este respeito veja-se ainda Pais Antunes, 1995: 136; e Brammer, 2009: 293.

50 “*Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.*”

51 “*É garantido a todo o arguido o respeito pelos direitos de defesa.*”

52 § 144 das Conclusões.

53 Como expressamente referem Dekayser & Gauer, 2005: 568 – situação que se mantém actualmente.

54 O TEDH cita, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo *AM & S* (cit. *supra* nota 5) – vide o Processo *André e outro c. França* (cit. *supra* nota 48), entre os §§ 15 e 16.

55 Brammer, 2009: 296.

preside a tal protecção a concepção do advogado como “*colaborador da justiça chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente tem necessidade*”⁵⁶, e sem prejuízo da competência, integridade e rigor ético por que possa pautar-se um advogado interno, parece justificar-se que tal garantia apenas se aplique a comunicações trocadas com advogados que não se encontrem subordinados por uma relação de emprego. Uma vez que o acesso a uma parte da verdade é sacrificado a favor da protecção da confidencialidade, deve fazer-se uma análise rigorosa das diferenças entre advogados internos e externos e inerentes consequências na extensão desta garantia. Assim, como sublinha Gippini-Fournier, se os advogados independentes podem ser sujeitos, em caso de violação grave dos seus deveres deontológicos, a sanções disciplinares com a conseqüente perda de reputação – sanções que podem incluir a suspensão ou expulsão da ordem, com a inerente e dramática perda dos meios de subsistência –, o advogado interno subordinado por um contrato de trabalho depende do seu empregador para a sua subsistência, não tem a liberdade de escolher os seus clientes e os trabalhos que desenvolve e está mais facilmente sujeito, em situações limite, a represálias caso se oponha a condutas censuráveis favorecidas pelos administradores das empresa⁵⁷.

Houve quem sugerisse, em todo o caso, uma reformulação do critério fixado pela jurisprudência *AM & S* e a adopção de requisitos mais substanciais, flexíveis e generosos no que respeita à aplicação da protecção da confidencialidade de comunicações trocadas com advogados, fazendo depender a extensão de tal garantia da avaliação do caso concreto. Assim, segundo Andreangeli, a protecção devia estender-se às comunicações que proviessem de quaisquer juristas, subordinados ou não a uma relação de emprego, que estivessem sujeitos a adequados requisitos de independência e integridade ética. Porém, mesmo a Autora reconhece que devido à falta de uniformi-

56 § 24 do Acórdão *AM & S* (cit. *supra* nota 5).

57 Gippini-Fournier, 2005: 629-630. Acrescenta o mesmo Autor que na medida em que se entenda que a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com o advogado se baseia nos direitos de defesa existem argumentos de peso para diferenciar advogados internos e advogados independentes. O papel do assessor jurídico é, em regra, de natureza consultiva e, de um ponto de vista quantitativo, será muito menos provável que o seu trabalho seja parte na preparação da defesa num processo jurídico – Gippini-Fournier, 2005: 626-627. Na sua opinião, estender a garantia de confidencialidade a advogados internos pode prestar-se, sem necessidade de recurso a esquemas complexos, a utilizações abusivas podendo, neste cenário, colocar-se a questão do acesso da Comissão ao escritório do advogado interno – Gippini-Fournier, 2005: 630-631.

dade de critérios entre os Estados-membros, a adopção da solução proposta poderia resultar numa incerteza no que respeita às fronteiras da garantia de confidencialidade e mesmo, em algumas circunstâncias, diminuir o nível de garantia consagrado, acrescentando que tal solução poderá não ser compatível com o princípio do primado do Direito da União Europeia⁵⁸.

É certo que a fixação pelos tribunais de determinados critérios no domínio dos direitos de defesa não significa que essa jurisprudência permaneça inamovível e imutável. Porém, a manutenção dos critérios fixados na jurisprudência *AM & S* para a protecção da confidencialidade das comunicações trocadas com advogados não apenas garante os direitos de defesa no cumprimento pelo disposto na CEDH, como reforça a protecção de tais direitos em relação ao que resultaria de uma estrita aplicação da referida Convenção e do disposto em certos ordenamentos jurídicos nacionais. A jurisprudência *AM & S* resiste, assim, à passagem do tempo e às alterações legislativas entretanto operadas e parece permanecer como a solução que melhor garante a fixação de um critério seguro que não coloque em causa a certeza e segurança jurídicas, bem como o equilíbrio dos direitos de defesa com uma aplicação eficaz do Direito da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREANGELI, Arianna

- 2005 “The Protection of Legal Professional Privilege in EU Law and the Impact of the Rules on the Exchange of Information within the European Competition Network on the Secrecy of Communications between Lawyer and Client: One Step Forward, Two Steps Back?”, in *The Competition Law Review*, vol. 1, issue 1, pp. 31-54.
- 2008a “Joined Cases T-125/03 and 253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd v Ackros Chemicals Ltd v Commission, Judgement of 17 September 2007, not yet reported (under appeal)”, in *European Business Law Review*, vol. 19, issue 6, pp. 1141-1161.
- 2008b *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar.

⁵⁸ Andreangeli, 2008b: 120.

BRAMMER, Silke

2009 *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

CAMACHO, Cristina

2010 “O sistema de competências paralelas e o princípio ‘non bis in idem’”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 3, pp. 93-136.

DEKEYSER, Kris & GAUER, Céline

2005 “The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence”, in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 549-585.

GIANNAKOPOULOS, Themistoklis K.

2004 *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping / Anti-subsidies Proceedings*, The Hague, London, New York: Kluwer Law International.

GIPPINI-FOURNIER, Eric

2005 “Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the Cursory Glance” in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 587-658.

KERSE, C. S. & KHAN, N.

2005 *EC Antitrust Procedure*, London: Sweet & Maxwell.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

PAIS ANTUNES, Luis Miguel

1995 *Direito da Concorrência – Os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PLIAKOS, Asteris

1994 *Os Direitos de defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*, Lisboa: Publicações D. Quixote.

SORINAS, Sergio & JORNS, Christine

2010 “Akzo and Fundamental Rights: There is no Fundamental Right to Legal Privilege for in-house Lawyers”, in *Competition Law Insight*, vol. 9, issue 7, pp. 3-4.

VESTERDORF, Bo

2005 “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues” in Hawk, Barry E. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 701-730.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 20.12.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 1065/07.0TYLSB (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrente: *Autoridade da Concorrência.*

Sumário: nega provimento ao recurso interposto pela recorrente, mantendo intocada a decisão recorrida.

Normas relevantes: art. 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro; arts. 6.º e 43.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 102.º do TFUE; art. 75.º do RGIMOS; arts. 124.º e ss., 379.º, 410.º, 417.º, 419.º e 425.º do CPP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.^a Secção) de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrentes: *Abbott – Laboratórios, Lda.; Menarini Diagnósticos, Lda.; e Johnson & Johnson, Lda.*

Sumário: rejeita, por inadmissibilidade legal, o recurso interlocutório interposto pela *Abbott – Laboratórios, Lda.*; declara extinto o procedimento contra-ordenacional, por violação do princípio *ne bis in idem*, relativamente à recorrente *Johnson & Johnson, Lda.*; julga parcialmente procedentes os recursos interpostos pelas recorrentes *Abbott – Laboratórios, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*, condenando a *Abbott – Laboratórios, Lda.* numa coima de três milhões de euros e a *Menarini Diagnósticos, Lda.* numa coima de um milhão de euros e mantendo as sanções acessórias aplicadas.

Normas relevantes: arts. 2.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro; arts. 4.º, 19.º, 22.º, 43.º, 44.º, 48.º e 52.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 101.º do TFUE; arts. 18.º, 63.º, 73.º e 75.º do RGIMOS; arts. 30.º, 40.º, 47.º, 71.º e 121.º, n.º 3, do CP; arts. 119.º, 120.º, 127.º, 129.º, 311.º, 374.º, 379.º e 410.º do CPP; arts. 29.º, n.º 5, 32.º e 205.º da CRP.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por José Renato Gonçalves

CMVM

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.ª Secção) de 9.12.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 1725/09.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de condenação numa coima única, resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de divulgação de informação completa ao mercado e de segredo sobre facto relevante antes da sua divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM.

Recorrente: *Sumol+Compal, S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de divulgação de informação completa ao mercado e de segredo sobre facto relevante antes da respectiva divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM.

Sumário: o recurso foi julgado procedente, tendo a arguida sido absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada e a decisão da CMVM revogada. A CMVM e o Ministério Público interpuseram recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 248.º, n.º 1, 388.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, al. *a*), 389.º, n.º 1, 394.º, n.º 1, al. *i*) e 400.º, n.º 1, al. *a*), do CVM, art. 17.º, n.º 3, do RGCO e art. 6.º, n.º 1, do Regulamento da CMVM n.º 4/2004.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 1.ª Secção) de 25.10.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 1557/08.3 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de aplicação de uma coima única, parcialmente suspensa na sua execução por um período de dois anos

e condicionada à realização sucessiva e cumulativa de três condições e/ou regras de conduta, resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação dos deveres de não praticar intermediação financeira excessiva, de evitar conflitos de interesses, de conservadoria e de prestar informação de qualidade à entidade de supervisão.

Recorrente: *Banco Comercial Português (BCP), S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de não praticar intermediação financeira excessiva, de evitar conflitos de interesses, de conservadoria e de prestar informação de qualidade à entidade de supervisão.

Sumário: o recurso foi julgado procedente, tendo a arguida sido absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada e revogada a decisão da CMVM. A CMVM interpôs recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 308.º, n.º 1, 309.º, n.º 3, 310.º, 388.º, n.º 1, als. *a)* e *b)*, 389.º, n.º 3, 397.º, n.º 2, als. *b)* e *c)*, 397.º, n.º 4, al. *a)* e 402.º, n.º 1, do CVM e art. 17.º, n.º 4, do RGCO.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 2.ª Secção) de 15.10.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 3839/06.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM que a condenou ao pagamento de uma coima única pela prática de nove contra-ordenações por violação do dever de segregação patrimonial.

Recorrente: *Lisbon Brokers – Sociedade Corretora, S. A.*

Tipo de ilícito: violação de deveres de segregação patrimonial.

Sumário: foi decidido negar provimento ao recurso, sendo mantida a decisão da CMVM de aplicação de coima. A arguida interpôs recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 306.º, n.ºs 1, 4 e 5 e 405.º do CVM e art. 18.º do RGCO.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – SETEMBRO A DEZEMBRO DE 2010

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo T-427/08.

Partes: *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* (CEAHR) / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.10.2010, proferido no âmbito do Processo C-280/08 P.

Partes: *Deutsche Telekom AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-155/06.

Partes: *Tomra Systems ASA* e outros / Comissão.

Acordos, decisões e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.2010, proferido no âmbito do Processo C-36/09 P.

Partes: *Transportes Evaristo Molina S.A.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.10.2010, proferido no âmbito do Processo T-24/05.

Partes: *Alliance One International, Inc.*, e outros / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-40/06.

Partes: *Trioplast Industrier AB* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-26/06.

Partes: *Trioplast Wittenheim SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 08.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-29/05.

Partes: *Deltafina SpA* / Comissão.

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-452/04.

Partes: *Éditions Odile Jacob SAS* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2010, proferido no âmbito do Processo T-279/04.

Partes: *Éditions Odile Jacob SAS* / Comissão.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal Geral de 15.12.2010, proferido no âmbito do Processo T-141/08.

Partes: *E.ON Energie AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7.12.2010, proferido no âmbito do Processo C-439/08 (a título prejudicial).

Parte: *Raad voor de Mededinging, Minister van Economie*.

Acórdão do Tribunal Geral de 26.10.2010, proferido no âmbito do Processo T-23/09.

Partes: *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP)* e *Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.09.2010, proferido no âmbito do Processo C-550/07 P.

Partes: *Akzo Nobel Chemicals Ltd* e *Akcros Chemicals Ltd* / Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensões

Novidades Bibliográficas

RECENSÕES

Sandra Marco Colino, *Vertical Agreements and Competition Law – A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.

elaborado por Cristina Camacho

A AUTORA

Sandra Marco Colino é doutorada pelo Instituto Universitário Europeu, em Florença, com a tese intitulada “*Towards a Sound Economic Analysis in Competition Law? The New Regulatory Framework for Motor Vehicle Distribution Agreements in the EU*”, em que se baseia a obra objecto desta recensão. É Professora na Faculdade de Direito da Universidade Chinesa de Hong Kong, tendo anteriormente leccionado Direito Europeu na Universidade de Glasgow (Reino Unido).

SINOPSE DA OBRA

“*Vertical Agreements and Competition Law – A Comparative Study of the EU and US Regimes*” contém uma completa análise do enquadramento jurídico e do pensamento económico sobre restrições de tipo vertical à concorrência, na União Europeia (UE) e nos Estados Unidos da América (EUA). Inspirada por uma abordagem de arquitectura simples e transparente, Sandra Marco Colino propõe-se realizar uma nova perspectiva sobre o tema, assente numa análise comparada entre a UE e os EUA, detendo-se de forma cuidadosa sobre o contexto jurídico e os tipos de análise económica utilizados neste

domínio. A autora considera que o modo como a concorrência foi regulada nos EUA influenciou, de forma determinante, as reformas legislativas recentes na UE, o que justifica a importância de uma análise comparativa. A obra aborda ainda questões específicas respeitantes ao sector automóvel, sem descurar uma reflexão crítica sobre os processos de revisão legislativa de 2010, então ainda não concluídos.

A obra encontra-se dividida em seis grandes capítulos. Após um capítulo introdutório, a autora aborda a natureza dos acordos verticais, a forma como os mesmos foram sendo teorizados na UE e nos EUA, a busca da análise económica adequada e o impacto das regras da concorrência nas relações contratuais verticais, terminando com um capítulo de conclusões.

No capítulo dedicado à natureza dos acordos verticais, a autora começa por enunciar uma tipologia de restrições verticais, usualmente estabelecidas entre fornecedor e distribuidor. Considera que as restrições verticais têm uma “natureza dupla”. Dependendo das circunstâncias, as restrições verticais podem ser positivas ou negativas para o processo concorrencial. Nessa medida, a autora debate se a política de concorrência será o meio adequado para solucionar o que designa de dilema regulatório, o que conduz a autora a aprofundar os fundamentos, económicos e não económicos, da política da concorrência.

No capítulo seguinte, dedicado à teorização das restrições verticais, a autora descreve, numa perspectiva evolutiva, diferentes correntes do pensamento económico, que influenciaram e influenciam actualmente a política de concorrência, incluindo as decisões dos tribunais e das autoridades de concorrência, nos EUA e a nível europeu. Neste contexto, analisa com detalhe a evolução da política da concorrência nos EUA e na UE, examinando os fins prosseguidos, detendo-se com particular cuidado na evolução do tratamento das restrições verticais.

No quarto capítulo, é realizada uma apreciação crítica sobre a utilização de uma análise económica adequada nos EUA e na UE. A autora verifica que, em ambos os lados do Atlântico, é realizada de forma crescente uma avaliação casuística das restrições verticais baseada em instrumentos económicos, assinalando, entre outros aspectos, o progressivo desaparecimento da regra “*per se*” nos EUA e a evolução do regime jurídico na UE.

Como aspectos a aperfeiçoar a nível da UE, a autora defende que deveria ser dado um maior enfoque à análise dos acordos à luz do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, em vez de nos termos do n.º 3 daquele artigo. A autora sustenta que, ao nível da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE devem ser

eliminadas as denominadas “cláusulas negras” da comunicação da Comissão sobre acordos de pequena importância (“*de minimis*”), passando a realizar-se uma análise do real impacto dos comportamentos sobre a concorrência. Num sistema descentralizado de aplicação do direito da concorrência, a autora considera que a perseguição apenas dos acordos que tenham efeitos restritivos sobre a concorrência poderia simplificar a análise económica das restrições verticais, em lugar de serem utilizados instrumentos de aplicação do artigo 101.º, n.º 3 TFUE, para, em última análise, não se proibir um vasto número de acordos.

A autora critica a abordagem da Comissão que parece inverter a ordem lógica de aplicação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 101.º TFUE, considerando que a abordagem da Comissão parece esquecer que só os acordos que recaiam no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, poderão estar sujeitos a uma apreciação à luz do artigo 101.º, n.º 3 TFUE, com base no qual os regulamentos de isenção por categoria são adoptados.

Ainda no mesmo capítulo, procede-se a uma detalhada análise do Regulamento de isenção por categoria de 1999 e do Regulamento para o sector automóvel de 2002, sem esquecer as propostas de revisão então em discussão, defendendo um tratamento unitário para os acordos verticais em todos os sectores. A autora discorre, ainda, sobre o impacto do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre a aplicação do direito da concorrência às restrições verticais, bem como sobre os desenvolvimentos relativos ao “*private enforcement*”.

No quarto capítulo da obra, a autora dedica a sua atenção à interessante temática do impacto das regras da concorrência nas relações contratuais verticais, reflectindo sobre os desequilíbrios existentes entre as partes contratuais e as iniciativas europeias para harmonização do direito dos contratos, sem esquecer o panorama nos EUA. A autora conclui que, no que respeita ao reequilíbrio da relação entre fornecedor e distribuidor, uma solução através do direito dos contratos seria mais apropriada do que a actual abordagem de excepcionar acordos do âmbito de aplicação da proibição do artigo 101.º TFUE.

Apesar de concluído antes da publicação dos novos Regulamento de isenção por categoria e Orientações para as restrições verticais e sector automóvel de 2010, a obra não ignora o processo de revisão então em curso, tecendo algumas considerações válidas sobre as opções legislativas da Comissão Europeia. Assim, a autora propõe que os limiares de quotas de mercado, consagrados no Regulamento de isenção por categoria de 1999, sejam aumentados e consi-

dera que a classificação de cláusulas negras e cinzentas deveria ser repensada, por esta constituir um sistema complexo e alheio a considerações económicas. Em particular, discorda da classificação como cláusula negra de protecções territoriais, que considera estarem guiadas principalmente por razões ligadas à integração do mercado interno. No que respeita ao sector automóvel, a autora defende uma convergência total com o regime geral aplicável às restrições verticais, propugnando a eliminação de regras especiais.

No capítulo conclusivo, a autora chega mesmo a sugerir a total abolição dos regulamentos de isenção por categoria, permitindo-se assim uma presunção de que todos os acordos verticais seriam lícitos, excepto se produzissem efeitos restritivos.

COMENTÁRIO

A obra de Sandra Marco Colino é rica em propostas, o que a transforma num instrumento útil de reflexão para todos aqueles que lidam com questões relacionadas com restrições verticais. Trata-se de uma obra com uma interessante proposta de análise comparativa entre o sistema dos EUA e da UE, que estabelece ainda uma relação entre o direito público da concorrência e o direito privado do direito dos contratos e da responsabilidade civil. Esta perspectiva relacional está presente em toda a obra e permite uma visão completa da real dimensão dos temas abordados.

Por outro lado, a autora adopta uma perspectiva, tanto jurídica, como económica sobre os assuntos tratados, fornecendo pistas de reflexão fundamentadas e alicerçadas numa pesquisa aturada de fontes, que não esquece as práticas decisórias das instituições responsáveis pela aplicação do direito da concorrência nos dois lados do Atlântico. A autora situa, assim, a sua análise num plano mais amplo, quer no que respeita aos fundamentos e fins prosseguidos pela política de concorrência em geral, quer no atinente às reformas recentes, como é o caso, a nível da UE, da integral descentralização da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE e do impulso às acções de indemnização civil (*“private enforcement”*).

Além disso, o facto de a obra ter sido completada antes da conclusão do processo de revisão do regime jurídico da concorrência aplicável às restrições verticais em geral e ao sector automóvel em nada prejudica a utilidade da mesma, uma vez que a autora refere, por diversas vezes, as propostas já conhecidas – e que não viriam a sofrer alterações muito significativas –, apresentando comentários críticos e sugestões que consideramos válidos ainda hoje.

Nesta obra, existem duas áreas marcantes nas propostas da autora que nos parecem particularmente interessantes: (i) a crítica à política de concorrência europeia enquanto instrumento de integração económica; e (ii) a proposta de abolição do sistema de regulamentos de isenção por categoria.

Ao longo da obra, a autora critica, por diversas vezes, a preocupação visível a nível europeu de, na aplicação do direito da concorrência, tomar em consideração o impacto das práticas empresariais sob análise para a construção do mercado interno, sobrepondo-se a considerações de bem-estar económico. A autora considera que esta preocupação é questionável e que a política de concorrência deverá centrar-se na busca do bem-estar e eficiência económica, à semelhança do que considera verificar-se nos EUA. A autora propõe que a Comissão deveria utilizar ferramentas de “mercado interno” para os objectivos de harmonização e integração.

As considerações da autora são válidas, em particular quando critica o perigo de excessiva intervenção sobre o funcionamento do mercado. Todavia, importa salientar que a Comissão age no âmbito dos poderes que lhe foram confiados pelos Tratados, tal como configurados pelos Estados Membros. Dos Tratados resulta claramente a ligação instrumental da política de concorrência para a construção e consolidação do mercado interno. Revelador desta ligação é o actual Protocolo n.º 27 anexo ao Tratado da União Europeia (alterado pelo Tratado de Lisboa) relativo ao mercado interno e à política de concorrência. Neste Protocolo encontra-se expressamente estabelecido que o mercado interno inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada. Neste contexto, surge a reflexão sobre se seria legítimo à Comissão Europeia ignorar os fins com que a política de concorrência é desenhada pelos Tratados da União, desde o início da integração europeia até à actualidade.

Outra interessante proposta avançada pela autora é a da eliminação do sistema de regulamentos de isenção por categoria, passando-se para um sistema de total análise casuística dos acordos. Esta abordagem coincide, em certa medida, com a linha de política legislativa da Comissão Europeia revelada pelas recentes revisões dos regulamentos de isenção por categoria. A título exemplificativo, refira-se que a Comissão guiou expressamente a sua reforma do regulamento de isenção por categoria para o sector dos seguros assente na consideração do regulamento enquanto instrumento excepcional, que deveria ser utilizado somente quando especificidades de um sector o justificassem.

Apesar de se concordar, genericamente, com a natureza excepcional deste instrumento legislativo, consideramos que os regulamentos de isenção por

categoria podem continuar a desempenhar um papel importante para a certeza jurídica dos agentes económicos. Ainda que não fosse a sua função exclusiva, os regulamentos contribuíram para reduzir o número de notificações de acordos à Comissão, através da consolidação da experiência adquirida. Esta função está, hoje, ultrapassada, após a abolição do sistema de notificação prévia e a sua substituição pelo sistema de excepção legal, introduzido pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. Todavia, os regulamentos de isenção por categoria não perderam a sua utilidade com a descentralização da aplicação do direito europeu da concorrência, podendo, em certa medida, ter adquirido um novo papel. Actualmente o número de autoridades e instâncias judiciais chamadas a aplicar o direito europeu da concorrência aumentou de forma considerável, existindo níveis variáveis de experiência e consolidação de prática decisória no espaço europeu, como a própria autora reconhece no capítulo 3. Neste contexto, as preocupações com a coerência na aplicação do direito europeu da concorrência são reais e suscitaram a criação de instrumentos de cooperação entre as autoridades de concorrência europeias. Acontece, porém, que os regulamentos são vinculativos para as autoridades de concorrência e para as instâncias judiciais de controlo, o que os transforma num poderoso instrumento de uniformização da interpretação e aplicação do direito europeu da concorrência em toda a UE. Assim, sem prejuízo de os regulamentos de isenção por categoria poderem constituir um instrumento com natureza excepcional, em particular quando visam sectores específicos, considera-se que a discussão sobre a sua utilidade deverá ter igualmente em atenção o seu carácter vinculativo em todo o espaço europeu, o que não sucede com outros instrumentos de *“soft law”* como comunicações e orientações publicadas pela Comissão Europeia.

Jonathan D.C. Turner, *Intellectual Property and EU Competition Law*,
Oxford: Oxford University Press, 2010.

elaborado por Ricardo Bayão Horta

O AUTOR

Jonathan Turner é advogado em Londres, especializado em Direito de Propriedade Intelectual, Direito da Concorrência e em *IT Law*. Tem o grau académico de *Masters* em Direito Europeu atribuído pela Universidade de Bruxelas. Estudou electrónica e bioquímica na Universidade de Londres. Tem contribuído para um considerável número de publicações, designadamente nas áreas de interface entre protecção de Propriedade Intelectual (PI) e proibições de restrições ao comércio livre e concorrência.

SINOPSE DA OBRA E COMENTÁRIO

A obra apresentada oferece uma perspectiva de quão as relações entre PI e concorrência têm evoluído no sentido de se tornarem mais subtis, mas também mais complexas, envolvendo um equilíbrio entre diferentes formas de concorrência, em vez de uma visão unidimensional e bipolar monopólio-concorrência (cit. Prefácio).

Trata-se de uma obra direccionada, essencialmente, a académicos e profissionais do Direito da Concorrência, nas abordagens que devem relevar no âmbito da PI. De facto, numa perspectiva do Direito da Concorrência, o

tratamento dos seus temas principais é relativamente elementar e acessível a qualquer profissional ou académico neles especializado. A obra em questão vai para além disso, incidindo nos tópicos de PI que com esses temas habitualmente tratados se possam relacionar, interligar ou conflitar.

A obra encontra-se estruturada em dois grandes blocos. Como o próprio Autor indica, o primeiro capítulo incide sobre os princípios basilares da relação entre Direito Europeu da Concorrência e Direitos de Propriedade Intelectual (DPI). Os capítulos subsequentes lidam, em maior detalhe, com a aplicação do Direito da Concorrência nas áreas de tecnologia, cultura, *media* e desporto, e *branding*¹.

Esta interessante abordagem por áreas alargadas de PI, focalizada em *tecnologia; cultura, media e desporto; e branding* tem, desde logo, três consequências imediatas.

Por um lado, representa uma mudança de paradigma no tratamento dedicado aos vários DPIs – tradicionalmente centrado numa classificação individualizada, compartimentada e tripartida de patentes, direitos de autor (*copyright*) e marcas.

Em segundo lugar, pressupõe um tratamento aturado, assim como a procura de uma solução compatível, coerente e conjunta entre PI e Direito da Concorrência, relativamente a determinadas matérias, cuja emergência tem vindo a assumir uma relevância cada vez maior numa “nova economia”² e que, até recentemente, eram objecto de análise isolada, no quadro da PI ou do Direito da Concorrência. Referimo-nos, *inter alia*, à matéria de licenciamento de DPI (compulsório, ou não) subjacente a acordos de natureza vertical ou horizontal; do regime de *royalties*, para efeitos de acesso ou exploração de produtos ou serviços; do regime de produção e direitos de distribuição e de transmissão de conteúdos para cinema e televisão; nomes de domínio, ou; repartição de mercados.

Finalmente, reforça o argumento avançado pelo Autor de que, numa perspectiva económica, a abordagem de uma política de Concorrência relativamente à exploração e protecção de direitos exclusivos – como o são os DPI – deverá ter o respectivo carácter material e efeitos económicos como referências, ao invés de um critério assente na classificação de “DPI” *qua tale*

1 §1.01.

2 I.e., economia crescentemente globalizada, cujo paradigma de mercado assenta na produção, desenvolvimento e exploração de produtos e/ou serviços de base tecnológica, digital e de IT.

enquanto direitos exclusivos, ou outra³. Com efeito, a aplicação do Direito da Concorrência a matérias relacionadas com a exploração de DPI em nada resulta prejudicada, sempre que se conclua que a mesma [exploração] restringe a concorrência em moldes que não se enquadram no âmbito de tutela do objecto do DPI em questão. O recurso à aplicação das normas de Direito da Concorrência, nestas circunstâncias, constitui um ponto de interface e de necessário equilíbrio entre, por um lado, a protecção de PI e, por outro, a proibição de condutas anticoncorrenciais.

Adicionalmente, contribui para afastar (ou mitigar) uma aura de conflito que, de uma forma unidimensional e bipolar, tende a caracterizar as relações entre PI e Direito da Concorrência: conflito entre um monopólio que o Estado entende reconhecer e tutelar legalmente *versus* o jogo da oferta e da procura em regime de mercado concorrencial; conflito entre o incentivo ao investimento *versus* a adopção de condutas para protecção e retorno do mesmo que se revelam incompatíveis com as regras e princípios de livre concorrência; conflito entre o incentivo à inovação *versus* a possibilidade dos restantes agentes económicos a ela acederem e sobre ela inovarem, potenciando a oferta de bens e/ou serviços, com valias similares ou superiores, em benefício dos consumidores; conflito entre o reconhecimento e o exercício de direitos exclusivos de propriedade em determinado território *versus* a livre circulação de mercadorias e a livre prestação de serviços, enquanto componentes essenciais na criação de um mercado único.

De facto, uma análise mais cuidada das relações entre a PI – em particular, no que concerne ao exercício dos seus direitos exclusivos que protegem a PI – e o Direito da Concorrência permite concluir que estes direitos são essenciais para evitar situações de distorção da concorrência em domínios como a investigação, a inovação e a qualidade, uma vez que, na sua ausência, um agente económico tenderia a apropriar-se dos benefícios resultantes dos esforços do rival, em vez de os tentar melhorar. Acresce que esta perspectiva de permanente conflito entre a PI e o Direito da Concorrência tem vindo a mudar com o crescente reconhecimento, na União Europeia, da relevância e do contributo pró-competitivo que a PI pode representar nas transacções e decisões comerciais dos agentes económicos.

Compreendidos adequadamente, os DPI restringem certas formas de concorrência (produção e distribuição), potenciando e fomentando o desen-

3 §1.03.

volvimento de outras componentes (investigação, inovação e qualidade). O ponto de equilíbrio deste interface é, em larga medida, alcançado por intermédio das normas de PI, na medida em que circunscrevem a tutela de cada DPI ao âmbito do respectivo objecto, enquanto prevêm a possibilidade do recurso a licenciamento compulsório desses mesmos direitos, em determinadas circunstâncias.⁴

Para o efeito, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem-se demonstrado relevantíssima na progressiva e crescente conciliação entre os critérios económicos de política de Concorrência e os valores do respeito pelos direitos de propriedade, *in casu*, de Propriedade Intelectual: «EU competition policy cannot affect the *existence* of intellectual property rights, but can impose certain limits on their *exercise*, provided these limits do not constitute a disproportionate interference impairing the *substance* of the rights.»⁵

A referência a este princípio conciliador encontra-se patente ao longo de toda a obra, em especial nos capítulos e secções que tratam das três áreas da PI *supra* referidas: tecnologia; cultura, *media*, desporto; *branding*.

Como tal, a análise da relevância, existência e âmbito dos direitos e correspondentes restrições que podem ser consideradas como justificáveis para protecção dos DPIs, aquando da aplicação de Direito da Concorrência, relativamente a matérias tão complexas e diversas como:

- acordos de licenciamento de tecnologia, de especialização, acordos conjuntos de I&D, *technology pools*, *royalties*, transferência de tecnologia, *tying* e *bundling* (área de *tecnologia*);
- direitos de autor e bases de dados, exploração e licenciamento de direitos de produção, distribuição e exibição de conteúdos cinematográficos, desportivos ou para televisão, de direitos 3G, *royalties*, papel e intervenção das *Collecting Societies* (área de *cultura, media e desporto*);
- marcas registadas, indicações geográficas e denominações de origem, nomes de domínio, concorrência desleal e protecção de consumidor, licenciamento para distribuição, *franchising* e *merchandising* de produtos ou serviços, exaustão de direitos (área de *branding*),

4 §1.02.

5 §1.03.

é feita sob a égide dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e do Regulamento n.º 139/2004, relativo ao controlo de concentrações, incluindo legislação complementar, nomeadamente regulamentos de isenção por categoria^{6 7}.

O seu resultado é uma excelente síntese do tratamento que tem vindo a ser dado, pela Comissão Europeia e pelo TJUE, aos múltiplos temas e variáveis de PI em casos envolvendo a aplicação – ou a sua fiscalização – dos artigos 101.º e 102.º, ambos TFUE, e do Regulamento n.º 139/2004, sobre controlo de concentrações.

Relativamente a este ponto, é de realçar a impressionante e extensiva lista de Jurisprudência que o Autor apresenta, e com base na qual são sumariados os vários testes jurisprudenciais a que a apreciação de cada tópico de PI deve ser submetida, quando suscitada num caso de Direito da Concorrência. A preocupação pelo tratamento das questões práticas que podem resultar do interface entre a PI e o Direito da Concorrência assume, assim, uma esmagadora predominância, em detrimento de uma abordagem de natureza mais teórica.

Contudo, se tal contribui, por um lado, para demonstrar a singularidade com que cada caso e vertente da PI deve ser encarada e analisado, por outra parte, denota-se alguma carência na apresentação de princípios e regras gerais (“*rule of thumb*”), em especial nos capítulos e secções que tratam das três áreas da PI *supra* referidas, e aos quais o leitor poderia recorrer, ao invés de se debater com o tratamento casuístico das múltiplas situações – naturalmente, não exaustivas – analisadas em cada uma das secções sobre tecnologia, cultura, *media*, desporto, e *branding*.

Sem prejuízo deste pequeno reparo, não se pode deixar de enaltecer o interesse e a mais-valia que a obra aqui apresentada traz, designadamente, para o universo dos profissionais e académicos do Direito da Concorrência, em especial pelo tratamento e análise que é feito à Jurisprudência e pelo papel que a mesma tem e pode ainda vir a ter na desmistificação da perspectiva de conflito nas relações entre a PI e o Direito da Concorrência.

6 De entre os vários Regulamentos de isenção por categoria invocados, o Autor confere uma atenção especialmente extensa ao Regulamento n.º 772/2004 da Comissão, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º (hoje, 101.º) do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia, bem como às correspondentes Orientações.

7 De salientar a tabela do §2.76, que sumaria os diversos tipos de apreciação a que vários conceitos frequentemente utilizados na actividade de licenciamento de tecnologia se encontram sujeitos à luz do artigo 101.º TFUE.

Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Massachusetts/London, England: The Belknap of Harvard University Press, 2010.

elaborado por Miguel Nogueira de Brito

O AUTOR E O SEU PENSAMENTO

Burce Ackerman é professor de Direito e Ciência Política na Universidade de Yale, desde 1987, e autor de numerosos livros e artigos sobre direito constitucional, filosofia política e políticas públicas. Entre os seus livros cabe destacar: *Private Property and the Constitution* (1975), *Social Justice in the Liberal State* (1980), *We the People: 1 – Foundations* (1991), *The Future of Liberal Revolution* (1992), *We the People: 2 – Transformations* (1998), *The Failure of the Founding Fathers* (2005), *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism* (2006), bem como *The Stakeholder Society* (com Anne Alstott, 1999) e *Deliberation Day* (com James Fishkin, 2004).

São múltiplos os contributos do autor nas áreas de reflexão e investigação a que se tem dedicado. Destaco aqui apenas três. Em primeiro lugar, a sua teoria dos momentos constitucionais, à luz da qual Bruce Ackerman procura compreender a evolução constitucional americana não em função dos mecanismos formais de revisão constitucional previstos no Artigo V da Constituição americana, mas como resultado de um processo histórico criativo em que a «política constitucional» adquire primazia sobre aquela que o autor designa a «política de todos os dias». No âmbito da política constitucional, os diver-

sos braços do poder encetam um processo prolongado no tempo que lhes permite falar em nome de Nós o Povo e assim alterar a Constituição, ainda que sem um escrupuloso respeito das regras de revisão constitucional. São os resultados de tal processo que cabe aos poderes constituídos, sobretudo aos tribunais, fazer respeitar nos períodos mais longos da «política de todos os dias».

Em segundo lugar, cabe aqui mencionar os contributos de Bruce Ackerman para uma reformulação radical do modo de pensar a justiça social nos Estados modernos. Em vez de a pensar nos quadros do Estado de bem-estar, em que o Estado sucede nas tradicionais tarefas da Igreja – cuidar dos idosos, dos doentes e dos deficientes – Ackerman propõe um ambicioso esquema de rendimento universal, na linha de propostas formuladas por autores como Philippe Van Parijs, mas pensado como um empréstimo do Estado a todos os cidadãos, a conceder logo que estes atinjam a maioridade. Ao contrário do que sucede nos esquemas tradicionais de segurança social, em que os contribuintes recebem uma pensão no fim das vidas, para a qual contribuíram ao longo de todo o tempo em que trabalharam, Ackerman sugere uma inversão de perspectivas: a atribuição de uma quantia no início das vidas activas dos cidadãos, a pagar através de um imposto sucessório e um imposto anual sobre a riqueza, especialmente sobre o património imobiliário. Este modo de ver pretende, ao mesmo tempo, estabelecer em novos moldes, acessíveis a todos, o direito de propriedade privada.

Por último, Bruce Ackerman desenvolve uma crítica, de que a obra aqui recenseada constitui a última expressão, das crescentes tendências de reforço do poder executivo no sistema de governo americano. Essa crítica inicia-se logo no livro *The Failure of the Founding Fathers*, em que Ackerman salienta a incapacidade que os pais fundadores da Constituição tiveram em antecipar o carácter plebiscitário da presidência e as suas consequências. Depois, em *Before the Next Attack*, propõe uma «constituição de emergência» que permite ao governo tomar medidas de excepção em face de um ataque terrorista, ao mesmo tempo que proíbe o carácter permanente de tais medidas. Finalmente, em *The Decline and Fall of the American Republic*, Ackerman estabelece um diagnóstico, sem dúvida pessimista, sobre as patologias do sistema de governo actualmente existente nos Estados Unidos, em que salienta o excessivo reforço dos poderes presidenciais, ao mesmo tempo que formula um conjunto de propostas, ambiciosas sem deixarem de ser pragmáticas, visando a correcção das tendências expansivas dos poderes presidenciais.

Da obra de Ackerman enquanto constitucionalista podemos dizer que os dois volumes de *We the People* representam o lado triunfalista, em que ao povo americano é reconhecido um papel fundamental na conformação dos compromissos fundamentais do País, desde a Fundação ao período da Guerra Civil, desde o *New Deal* à revolução dos direitos civis. O seu mérito consiste em apresentar o constitucionalismo americano como fruto, não de uma «revolução permanente», mas de sucessivas verdadeiras «revoluções sem rupturas» (em contraste claro com o constitucionalismo português, por exemplo) em que sobressai o carácter agonístico do modo como o debate político é levado a cabo na América. Não é por acaso que Hannah Arendt escreveu na América obras como *On Revolution* e *The Human Condition*, enaltecendo a vida política como a forma mais elevada de acção humana.

Mas para lá deste lado triunfalista, Ackerman explorou, com o seu habitual brilhantismo, também o lado obscuro da vida política americana e *The Decline and Fall of the American Republic* constitui certamente o culminar dessa análise.

SINOPSE DA OBRA

The Decline and Fall of the American Republic abre com um alerta sobre o triunfalismo do pensamento constitucional nos Estados Unidos, manifestado na veneração dos Pais Fundadores do constitucionalismo americano por parte de juizes do Supremo Tribunal Federal americano como Antonin Scalia e Clarence Thomas. Pelo contrário, Ackerman acredita que as patologias do sistema existente são demasiado perigosas para serem ignoradas (p. 3). Segundo afirma, a sua própria visão triunfalista da evolução constitucional americana com base na soberania popular, isto é, na capacidade do povo orientar o seu governo em pontos cruciais da história americana tendo em vista a redefinição da sua identidade constitucional, conhece neste livro uma «viragem trágica» (p. 4). Na verdade, «os triunfos da presidência no passado preparam o caminho para um futuro sombrio. O cargo que sustentou uma tradição viva de soberania popular ameaça transformar-se no principal agente da sua destruição» (p. 4).

A primeira parte do livro, com o título «O mais perigoso poder» (*The most dangerous branch*), numa clara alusão ao livro do Alexander Bickel sobre o papel político do Supremo Tribunal Federal com o título *The Least Dangerous Branch*, abrange dois capítulos, sobre a presidência extremista e a politização dos militares. Ackerman descreve aqui acontecimentos (como o peso exces-

sivo da máquina burocrática que rodeia o presidente, o declínio do jornalismo profissional, as funções políticas cada vez mais abertamente assumidas pelas chefias militares) que transformaram o poder executivo numa ameaça séria à tradição constitucional norte-americana.

A segunda parte do livro, «A questão da legitimidade», passa da análise da dinâmica do poder para a de novas noções de legitimidade. O que aqui se pretende é demonstrar como as mesmas forças que fizeram da presidência uma plataforma de tribunos credíveis do povo, como Abraham Lincoln e Franklin Roosevelt, trabalham agora, sob diferentes condições, para a transformar num veículo de populismo demagógico e à margem do direito. A este propósito, Ackerman aponta três crises na história recente americana, Watergate, Ira-Contra e «Guerra contra o Terror» e pretende demonstrar como esta última, vista na sequência das primeiras, não pode ser considerada uma aberração, mas deve antes ser encarada como a última expressão de uma grande verdade do governo presidencial, segundo a qual não deve desperdiçar-se uma crise (p. 74).

Ackerman começa por tratar de dois modos de justificação pública em ascensão: o «governo através de emergência» e o «governo pelas sondagens de opinião pública» (p. 68). No âmbito do primeiro, põe-se decisivamente em causa o traço próprio do sistema constitucional americano que consiste em impedir as pretensões de qualquer braço do poder a servir de porta-voz privilegiado do povo (p. 70). Isso acontece, antes de mais, quando o poder unilateral de actuar em tempos de guerra, desde há muito assumido pelos Presidentes e com firmes raízes na tradição americana, surge aplicado a guerras sem fim – como a Guerra ao Terrorismo – em lugar de permanecer limitado no tempo (p. 71). Para além disso, Ackerman salienta ainda o poder de declarar uma emergência e actuar unilateralmente em face de um amplo conjunto de situações de crise. Esta normalização dos poderes de emergência (p. 72) apresenta três características: i) a invocação de uma crise, ii) tendo em vista a justificação de uma acção executiva que se afigura problemática ou mesmo ilegal, e que iii) deixa consequências jurídicas persistentes, muito para além da ocorrência da crise inicial (p. 73). A propósito do «governo pelas sondagens de opinião», Ackerman salienta, desde logo, que o público dá por assumido o facto de as sondagens servirem como uma espécie de sistema de voto privatizado, providenciando um «referendo permanente na perspectiva da posição democrática do presidente» (p. 75). Ackerman mostra como os desenvolvimentos mencionados conduzem a que uma característica essencial

da sua teoria dos momentos constitucionais – isto é, aquela segundo a qual a Constituição tem sabido resistir à ideia de que uma só eleição é suficiente para justificar alterações profundas nos princípios constitucionais, impondo uma política constitucional mais reflexiva – tenha sido posta em causa pela moderna presidência (pp. 83-84).

A combinação dos dois modos de justificação pública mencionados pode conjugar-se no desenvolvimento de um «constitucionalismo executivo», no âmbito do qual o presidente interpreta a Constituição de acordo com as opiniões dos seus próprios juristas, marginalizando o Supremo Tribunal. Neste contexto, Ackerman analisa o modo como o *Office of Legal Counsel*, integrado no Departamento de Justiça, e o *White House Counsel* se tornam órgãos consultivos do presidente no plano jurídico superpoliticizados com tendência para questionar o monopólio do Supremo Tribunal enquanto autoridade máxima reconhecida pela comunidade jurídica. O sucesso destes órgãos enquanto instâncias de uma interpretação credível da Constituição é confirmado pelo facto de, desde 1986, sessenta e quatro decisões de tribunais federais citarem as declarações presidenciais de promulgação dos actos legislativos, enquanto nos anteriores dois séculos da história da república americana apenas seis tribunais federais incluírem uma citação de tais declarações (p. 93). É claro que Ackerman não está preocupado com a importância crescente, em si mesma, destes órgãos consultivos do presidente em matéria jurídica, mas com o facto de os mesmos se tornarem instrumentos de legitimação de um excessivo pendor executivo. Mais do que isso, Ackerman está preocupado com a circunstância de algumas opiniões desses órgãos, como sucedeu com os «memorandos da tortura» secretos de John Yoo, se tornarem símbolos de abuso de poder da administração, no caso da administração Bush (p. 95).

Ackerman preocupa-se igualmente com o estatuto das opiniões emitidas pelo OLC. De acordo com um dos responsáveis por este órgão, as respectivas opiniões situam-se, desconfortavelmente, a meio caminho entre o conselho de um advogado e a decisão politicamente neutra de um tribunal (p. 103). Esta ambiguidade torna ainda mais urgente a questão de saber como garantir que as opiniões dos órgãos consultivos do presidente se abstenham de defender o indefensável (p. 109). Ackerman preocupa-se ainda com o declínio do OLC, mais ou menos equivalente ao nosso Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, e a primazia assumida pelo WHC (p. 114).

Na terceira parte, com o título «Reconstrução», Ackerman introduz a suas propostas de reforma do sistema, cujo carácter pragmático não deixa

de salientar (pp. 121-125). No capítulo 5 da obra, Ackerman começa por enunciar propostas que se prendem com o combate à demagogia: se os Pais Fundadores se preocuparam com a permeabilidade da Casa dos Representantes aos impulsos demagógicos – e foi em larga medida por essa razão que criaram o Senado e a presidência –, torna-se agora necessário conceber novas respostas institucionais num momento em que a Casa Branca se tornou a «plataforma do demagogo-chefe» (p. 125). A primeira dessas propostas, retomando um tema desenvolvido conjuntamente por Ackerman e James Fishkin, consiste na instituição de um Dia da Deliberação, isto é, a criação de um feriado nacional a ter lugar duas semanas antes da eleição presidencial. Nesse dia, os cidadãos com direito de voto seriam convidados a participar em reuniões públicas com o propósito de discutir os temas centrais suscitados pela campanha eleitoral (p. 127).

O valor desta proposta é reforçado, segundo Ackerman, pela desintegração do jornalismo profissional (p. 131). A manifesta inadequação das propostas tendentes a contrariar essa desintegração (isto é, a extensão de um sistema de televisão pública para a imprensa escrita e os financiamentos privados, pp. 132-133), levam Ackerman a sugerir um sistema de contabilização de notícias na Internet. De acordo com esta proposta, os utilizadores da Internet exprimiriam o seu agrado sempre que lessem um artigo de jornal que contribuisse para a sua compreensão política. Estes votos seriam depois transmitidos a uma entidade que compensaria financeiramente a entidade noticiosa na origem do artigo em causa através de uma fórmula matemática: quanto mais expressões de agrado, maior o financiamento (p. 133). Este sistema do «click» é encarado como um mecanismo de *vouchers* com base na Internet, que pretende atribuir aos cidadãos o poder financeiro adequado a preencher o lugar deixado em aberto pelo falhanço do modelo de negócio tradicional do jornalismo (p. 134).

Em terceiro lugar, Ackerman propõe uma reforma do Colégio Eleitoral, considerando que actualmente os Estados mais pequenos se encontram sobre-representados no seu seio. Tal proposta baseia-se na Iniciativa da Soberania Popular, de acordo com a qual os Estados declaram a sua intenção de usar os seus votos no candidato que tenha mais votos em termos nacionais, ainda que perca localmente (p. 136). Pode sustentar-se que o sistema segundo o Colégio Eleitoral atribui uma influência desproporcionada aos Estados mais pequenos fazia sentido antes da Guerra Civil, quando era possível encarar o presidente como o magistrado que presidia a uma federação de Estados

pouco unida. Simplesmente os feitos de uma série de presidentes modernos transformaram a natureza do cargo. Neste contexto faz todo o sentido dar a cada cidadão o mesmo peso na selecção do representante nacional mais importante (p. 137).

No sexto capítulo, Ackerman explora as propostas que visam restaurar o *rule of law*. Entre estas começa por enunciar a inadequação do modelo tradicional de *judicial review*, em que os tribunais aguardavam que alguém os convencesse de ter sofrido uma injúria justificável. No século XXI é necessário conceber um mecanismo institucional capaz de combater os excessos da presidência moderna. Surge assim a ideia do Supremo Tribunal Executivo, cujos nove membros seriam juizes do poder executivo e não juristas do presidente em exercício (p. 143). Os seus membros teriam mandatos de doze anos, dando a cada presidente a possibilidade de nomear três juizes, sujeitos a confirmação do Senado, durante o seu mandato de quatro anos. Os casos mais importantes do Tribunal seriam apresentados pelos membros do Congresso, cujas queixas são actualmente desconsideradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma segunda proposta, neste âmbito, consiste em alargar a exigência de confirmação pelo Senado dos funcionários nomeados pelo presidente. Não faz sentido que o Senado se dê ao trabalho de votar a nomeação de cada novo embaixador no Luxemburgo e se mantenha à margem da nomeação do conselheiro do presidente para a segurança nacional (p. 153). Fazendo-se eco de uma distinção que remonta a Walter Bagehot, Ackerman sustenta que a «constituição dignificada» enfatiza a confirmação senatorial, enquanto o «governo efectivo» é crescentemente levado a cabo por agentes não sujeitos a tal confirmação (pp. 153-154). Segundo Ackerman o Senado, em troca da aquisição do poder de confirmar a nomeação dos funcionários de topo da administração, deveria garantir o seu voto de todos os cargos executivos no prazo de 60 dias a contar da respectiva nomeação (p. 155).

Ackerman propõe igualmente a aprovação de um Cânone de Ética Militar. No âmbito desse cânone, seria abolida a prática de nomear oficiais na reserva como «mentores seniores» de oficiais no activo (p. 161); os oficiais na reserva não poderiam exercer funções no departamento da defesa antes de passarem cinco anos na vida civil (p. 162); o chefe de estado-maior das forças armadas apenas deveria ter lugar no Conselho de Segurança Nacional por indicação do secretário da defesa (p. 164).

Com base na ideia de que o terrorismo é apenas uma técnica, consistente no ataque deliberado a civis inocentes, Ackerman salienta o contra-senso

que é declarar guerra a uma técnica. Trata-se aliás de uma guerra singular: a «guerra ao terror» é na realidade, pela sua própria natureza, uma guerra que nunca acaba (p. 167). Como forma de reagir a este estado de coisas, Ackerman propõe a aprovação de um regime de emergência que conceda poderes extraordinários ao presidente, mas por períodos de tempo relativamente curtos, cuja prorrogação carece de aprovação pelo Congresso (p. 168).

Depois de apresentar as suas diversas propostas, Ackerman adverte contra a tentação de pensar que existe uma solução mágica contra as patologias do poder presidencial. Em vez disso, devemos manter uma perspectiva holística, no âmbito da qual diferentes propostas deverão suscitar diferentes reacções políticas (p. 175).

Na conclusão da obra, Ackerman começa por notar como as principais instituições do sistema político americano têm hoje um significado diferente daquele que tinham para os Pais Fundadores. Assim, o Colégio Eleitoral servia o propósito de impedir o desenvolvimento de uma liderança demagógica; hoje é um instrumento dessa demagogia. A separação dos poderes constituía uma restrição aos desvios populistas da Câmara dos Representantes; hoje permite a um presidente carismático a politicização da burocracia e a subversão do *rule of law* (pp. 181-182). Segundo ele, a notável capacidade para a renovação constitucional demonstrada no passado é hoje ensombrada pelas três crises do Watergate, Iran-Contra e da «Guerra ao Terror», cada uma delas dramatizando os perigos do presidencialismo (p. 186). A alternativa que coloca aos seus compatriotas é a seguinte: continuarão eles a celebrar a grande tradição política americana num coro de auto-congratulação ao mesmo tempo que ignoram os perigos efectivos que ameaçam essa tradição? Ou adoptarão um olhar lúcido sobre as novas realidades, demonstrando estar à sua altura através de um movimento para a renovação constitucional?

Feito este excuro sobre as principais ideias do livro, importa aqui lançar alguns pontos de discussão em torno das mesmas.

As primeiras questões que ocorrem são as seguintes: pode a transformação presidencialista do direito constitucional americano descrita em *The Decline and Fall of the American Republic* ser encarada como um desenvolvimento da teoria dos momentos constitucionais desenvolvida por Bruce Ackerman em obras anteriores? Para além disso, podem as suas propostas de reforma da presidência ser alcançadas através de tal teoria?

Parecem existir várias diferenças entre a teoria dos momentos constitucionais e as transformações da presidência americana em curso. A teoria

dos momentos constitucionais faz o melhor de uma característica do sistema americano que consiste em contrariar as pretensões de qualquer particular braço do poder em servir como único porta-voz do povo. Isto significa que um «momento constitucional» não pode, na realidade, ocorrer num «momento»; pelo contrário, é necessário um período de tempo relativamente longo antes que um movimento político possa obter o apoio popular exigível para que possa falar pelo povo. Os momentos constitucionais exigem um envolvimento dos cidadãos, mobilizados pelos órgãos do poder político, em vista de determinados valores e opõe-se aos momentos, mais longos, da «política de todos os dias». Bruce Ackerman sustenta convincentemente que tais «momentos constitucionais» ocorreram na história americana no período da Fundação, após a Guerra Civil, no *New Deal* e no movimento dos direitos civis. Em resultado de tais «momentos», a Constituição americana foi alterada através da participação activa dos cidadãos e não através do cumprimento dos mecanismos formais de revisão constitucional do artigo V da Constituição federal.

Mas o reforço da presidência documentado em *The Decline and Fall of the American Republic* não é o resultado de um «momento constitucional»: estamos agora confrontados com «momentos» reais no tempo e, precisamente por essa razão, não os podemos qualificar como «constitucionais». O presidente arroga-se ser o único porta-voz do povo, com a exclusão dos outros poderes, quer porque actua supostamente em resposta a uma situação de emergência, quer porque reclama uma legitimidade imediata com base nas sondagens. O que está em causa é, pois, a perda dos valores republicanos que estavam no centro do pensamento constitucional de Bruce Ackerman.

O pessimismo persiste se considerarmos a questão de saber se as concretas propostas de reforma do sistema poderão ser atingidas no âmbito da teoria dos «momentos constitucionais». Em teoria, isso seria possível, até desejável, uma vez que um momento constitucional é muitas vezes despoletado por um «presidente transformativo», que pretende inscrever uma nova visão constitucional nas leis e nas decisões dos tribunais, que se irão depois impor durante os momentos da política de todos os dias.

A opinião de Bruce Ackerman parece ser, no entanto, que o Presidente Obama não está à altura da missão. Se este tentasse, de facto, reduzir os perigos de uma presidência excessiva adoptaria com certeza algumas das medidas apresentadas por Ackerman (p. 187).

O livro de Ackerman é, pois, sobre o colapso de um padrão básico da história constitucional americana, um padrão tão brilhantemente exposto nas suas últimas obras. Ackerman acredita, todavia, que a morte da república não significa necessariamente o fim da democracia. Mesmo que a tradição constitucional americana se renda ao poder presidencial, este não deixará de ser um cargo electivo (p. 11). Mas poderá existir uma democracia sem valores republicanos? Se extrairmos tais valores de uma democracia restará algo mais do que algum tipo de cesarismo ou plebiscitarismo?

O cenário traçado por Ackerman faz lembrar, como o mesmo não deixa de referir, as teorias do jurista alemão Carl Schmitt. Todos conhecem estas teorias e o contexto em que Schmitt as desenvolveu, sustentando que o princípio da democracia era incompatível com um sistema constitucional. É claro que Ackerman se opõe a este linha teórica sobre a democracia. De facto, toda a sua teoria da democracia dualista, em que o povo transcende os mecanismos formais de representação nos raros momentos constitucionais e se subordina a eles na política normal, implica uma conexão necessária entre democracia e constitucionalismo. Sendo assim, ocorre questionar como será possível manter uma democracia sem a assumir como republicana.

O próximo comentário prende-se com a ideia de um Supremo Tribunal Executivo, com jurisdição sobre o *Office of Legal Council* e o *White House Council*. Ackerman afirma que a sua proposta se baseia, designadamente, no exemplo do *Conseil d'État* francês, enquanto exemplo de um tribunal que funciona no seio da administração (pp. 147 e 247, nota 6). Não podem existir dúvidas, nas nossas sociedades globais, da importância de aprender com as experiências de outros países, mesmo se alguns juristas americanos (como o Justice Antonin Scalia, por exemplo) rejeitam esta abertura. Coloca-se, no entanto, a questão de saber até que ponto será realista procurar uma resposta no direito continental para um problema que tem as suas raízes num sistema de *common law*.

Por último, não pode deixar de se notar a proximidade entre o título do livro de Ackerman e o da obra de Edward Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire*. Gibbon compreendia o declínio e queda do Império Romano como uma consequência inevitável do conflito entre a virtude antiga e o comércio moderno. Compreendia ainda a sua obra como uma história de barbárie e religião. Haverá alguma referência implícita a Gibbon em *The Decline and Fall of the American Republic*?

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

– Setembro a Dezembro de 2010

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA - NACIONAL

JOSÉ LUIS CAMELO GOMES – *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2010.

CONCORRÊNCIA - ESTRANGEIRA

ALISON JONES/BRENDA SUFRIN – *EC Competition Law: Text, Cases & Materials*, 4.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANDREAS MITSCHKE – *The Influence of National Competition Policy on the International Competitiveness of Nations: A Contribution to the Debate on International Competition Rules (Contributions to Economics)*, Heidelberg: Springer, 2010.

ANESTIS S. PAPAPOULOS – *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ARIEL EZRACHI – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2.^a ed., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2010.

CATALIN STEFAN RUSU – *European Merger Control. The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2010.

CHRISTOPHER GOODWILL/ALEXANDRA KAMERLING/CHRIS OSMAN – *Restrictive Covenants under Common and Competition Law*, 6th ed., London: Sweet & Maxwell, 2010.

CHRISTOPHER R. LESLIE – *Antitrust Law and Intellectual Property Rights – Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

DOUGLAS BRODER – *U.S. Antitrust Law and Enforcement – A Practice Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

EIRIK ØSTERUD – *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: the Spectrum of Tests*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2010.

- FEDERICO ETRO – *Competition, Innovation, and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2010.
- FEDERICO ETRO (org.) – *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- IOANNIS KOKKORIS (org.) – *Competition Cases from the European Union*, 2.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2010.
- IOANNIS KOKKORIS/RODRIGO OLIVARES-CAMINAL – *Antitrust Law amidst Financial Crises*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- LEE MCGOWAN – *The Antitrust Revolution in Europe: Exploring the European Commission's Cartel Policy*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.
- LUCA RUBINI (org.) – *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case (New Horizons in Competition Law and Economics)*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 2010.
- MAHER M. DABBAH – *International and Comparative Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- MARC VAN DER WOUDE/CHRISTOPHER JONES (orgs.) – *EU Competition Law Handbook 2011*, London: Sweet & Maxwell, 2010.
- MARK-OLIVER MACKENRODT/BEATRIZ CONDE GALLEGO/STEFAN ENCHELMAIER (orgs.) – *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2010.
- MICHAEL A. CREW (org.) – *Expanding Competition in Regulated Industries – Topics in Regulatory Economics and Policy*, Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic, 2010.
- OLIVER BLACK – *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- ROGER D. BLAIR/JEFFREY L. HARRISON – *Monopsony in Law and Economics*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- STEVE ANDERMAN – *EU Competition Law & Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010.
- THOMAS M. J. MÖLLERS/ANDREAS HEINEMANN (orgs.) – *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- VELJKO MILUTINOVIC – *The 'Right to Damages' under EU Competition Law*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2010.

REGULAÇÃO

AAVV (org. Dário Moura Vicente e Marshall J. Breger) – *Direito Comparado – Perspectivas Luso-Americanas Vol. II / Comparative Law Portuguese-American Perspectives Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2010.

C&R

ACTUALIDADES

ACTUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

Private Enforcement do Direito da Concorrência na União Europeia

Lisboa, 23 de Novembro de 2010

O IDEFF organizou, no âmbito do Ciclo Anual de Conferências Internacionais e ‘Workshops’ associados ao VIII Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e da Regulação e no quadro de CÁTEDRA JEAN MONNET de Regulação Económica na UE atribuída ao Professor Luís Morais, um Seminário Internacional sobre o tema – “*Private Enforcement do Direito da Concorrência na União Europeia*”. Coube ao Dr. Daniele Calisti, que exerce funções de coordenação da Unidade de *Private Enforcement* da Direcção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, apresentar uma comunicação sobre o tema, a que se seguiu um comentário por parte do Dr. Mário Marques Mendes, Presidente do Círculo de Advogados de Concorrência (LLM Univ Michigan Law School, College d’Europe, Bruges), introduzindo a discussão alargada com a audiência. A informação relevante sobre os conteúdos desta apresentação pode ser encontrada no site do IDEFF, em http://www.ideff.pt/ini_detail.php?zID=23&aID=287.

The New Block Exemption Regulation for the Insurance Sector

Lisboa, 13 de Dezembro de 2010

Silke Obst, *Acting Head of Unit “Financial Services”* da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia (DG COMP), foi a oradora no Seminário, promovido pela Autoridade da Concorrência, dedicado ao novo enquadramento jurídico europeu aplicável ao sector dos seguros.

Silke Obst começou por descrever o processo de revisão, iniciado em 2007, que conduziu à aprovação do novo Regulamento de isenção por categoria e comunicação da Comissão para o sector dos seguros, em 2010.

Em seguida, foram abordadas com detalhe e debatidas as principais alterações introduzidas pelo novo Regulamento (UE) n.º 267/2010, passando em revista cada uma das categorias de acordos abrangidas pelo Regulamento.

Quando comparado com o anterior Regulamento de isenção por categoria de 2003 (Regulamento (CE) n.º 358/2003), o novo Regulamento mantém exceções apenas para duas categorias de acordos: compilações, tabelas e estudos realizados em comum, e cobertura comum de certos tipos de riscos (“pools”). Assim, os acordos respeitantes a condições-tipo das apólices e dispositivos de segurança passam a estar abrangidos pelas regras gerais aplicáveis a acordos de cooperação horizontal, conforme explanado na nova Comunicação da Comissão relativa à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos seguros.

Para cada uma das categorias de acordos, Silke Obst clarificou as opções de política legislativa seguidas pela Comissão Europeia, que, por vezes, se distanciou das preocupações suscitadas durante o processo de consulta pública. Foi ainda descrito o novo enquadramento jurídico introduzido pelo Regulamento e a sua articulação com as novas Orientações sobre acordos de cooperação horizontal, igualmente revistas em 2010.

Finalmente, foram indicados os próximos passos, tendo sido referido que a Comissão Europeia continuará a acompanhar de perto o sector dos seguros, em cooperação com as autoridades nacionais de concorrência no quadro da Rede ECN. Em Março de 2016, deverá ser apresentado um Relatório ao Parlamento e ao Conselho tendo em vista a eventual revisão do novo Regulamento, que caduca em 2017.

A realizar

Nacionais

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

No primeiro trimestre do ano de 2011, estão previstas algumas iniciativas, com destaque, no mês de Fevereiro, para a “Conferência sobre Arbitragem em Direito da Concorrência e Direito do Consumo”, que será organizada pelo IDEFF, em articulação com o Instituto Europeu da Faculdade de Direito

de Lisboa. A actualização de informação sobre esta iniciativa pode ir sendo obtida, mediante consulta do site do IDEFF: <http://www.ideff.pt/>.

Continua entretanto a decorrer, merecendo grande interesse e entusiasmo por parte dos alunos inscritos, o VIII Curso de Pós-Graduação de Especialização em Direito da Concorrência e da Regulação. Associado a este Curso, realizar-se-á neste trimestre um Workshop temático sobre “Os novos regimes de isenção por categoria no direito europeu da concorrência”, o qual ficará a cargo do Prof. Alan Riley (The City Law School – City University London).

Internacionais

GCR's Horizontal Co-operation Agreements Conference

Bruxelas, 1 de Março de 2011

A *Global Competition Review* promove uma conferência para discussão do novo enquadramento jurídico aplicável aos acordos de cooperação horizontal recentemente adoptado a nível europeu.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/events/1110/the-new-regime-horizontal-co-operation-agreements-amongst-competitors/>.

Annual Conference on European Antitrust Law 2011 – The future of European competition law in high-tech industries

Bruxelas, 3 e 4 de Março de 2011

A *ERA – Academy of European Law* organiza mais uma Conferência anual, abordando temas como acordos de normalização (“*standard-setting*”), comunicações electrónicas, sector farmacêutico e direitos de propriedade intelectual.

Mais informação disponível em:

<http://www.era.int/upload/dokumente/11745.pdf>.

Merger Regulation in the EU after 20 Years

Bruxelas, 10 e 11 de Março de 2011

Nesta conferência, apresentada pela *International Bar Association* e pela Comissão Europeia, irão ser debatidas as lições retiradas após duas décadas de aplicação do Regulamento das concentrações comunitárias, bem como diversificadas questões ligadas ao controlo das operações de concentração de empresas.

Mais informação disponível em:

<http://www.int-bar.org/conferences/conf367/>.

9th Annual Merger Conference

Londres, 17 de Março de 2011

O *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) organiza esta conferência sobre operações de concentração de empresas, que conta com oradores da Comissão Europeia e do *Office of Fair Trading*, entre outros.

Mais informação disponível em:

<http://www.biicl.org/events/view/-/id/545/>.

Telecoms Regulation Forum

Londres, 21 a 23 de Março de 2011

Esta conferência, organizada por *IIR Telecoms & Technology*, irá abordar questões actuais relacionadas com a regulação do sector das telecomunicações a nível europeu, incluindo a Agenda Digital, neutralidade da rede e redes de nova geração.

Mais informação disponível em:

<http://www.iir-telecoms.com/event/regulation>.

Competition Law, Consumer Goods and Retail 2011

Londres, 22 de Março de 2011

A *Global Competition Review* organiza uma conferência dedicada às questões relacionadas com o direito da concorrência, bens de consumo e comércio de retalho.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/events/1111/competition-law-consumer-goods-retail-2011/>.

IBC Legal's 4th Annual Cartel Risks & Compliance 2011

Bruxelas, 29 de Março de 2011

Organizada pela IBC, esta conferência visa a discussão de práticas empresariais, riscos de formação de cartéis e formas de promover o respeito pelas regras da concorrência.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/Cartel-Risks-and-Compliance-Conference-2011-Brussels>.

**Barcelona GSE Intensive Course on Competition Economics:
Abuse of Dominance**

Barcelona, 30 de Março a 2 de Abril de 2011

O curso organizado pela *Barcelona Graduate School of Economics* focará diferentes aspectos relacionados com o abuso de posição dominante, dirigindo-se a juristas, economistas e todos aqueles que lidam com matérias de política de concorrência e regulação.

Mais informação disponível em:

<http://www.barcelonagse.org/course-competition-economics.html>.

St. Gallen International Competition Law Forum

St. Gallen (Suíça), 7 e 8 de Abril de 2011

O Forum de 2011 terá temas diversificados como o controlo de concentrações de empresas, o sector bancário, o comércio de retalho, procedimentos de transacção e processo equitativo, entre outros.

Mais informação disponível em:

<http://www.sgikf.com/>.

NOTAS CURRICULARES

ALBERTO SAAVEDRA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2004). Pós-Graduado em Direito Comunitário e da Concorrência pelo *King's College* – Universidade de Londres (2006). LL.M (*Master of Laws*) em Direito Comunitário e da Concorrência pela UCL – Universidade de Londres (2009). Colaborou com a Sociedade “Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados” de 2004 a 2010, onde integrou a equipa de Direito Europeu e da Concorrência. A sua experiência inclui actividade na área do controlo das concentrações de empresas, bem como na área das práticas restritivas da concorrência, quer a nível nacional quer a nível comunitário.

Alberto Saavedra is Graduate in Law from the Portuguese Catholic University Law School (2004), Postgraduate in EC Competition Law from the King's College – University of London (2006) and Master in European and Competition Law from the UCL – University of London (2009). He has practised law at “Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados” from 2004 to 2010, where he was member of the European Law and Competition team. He has been active in the Competition Law area, particularly with respect to merger control procedures and antitrust, both at the national and European Community level.

ARIANNA ANDREANGELI

Arianna Andreangeli é professora na Faculdade de Direito da Universidade de Liverpool, no Reino Unido. É professora convidada *Schuman-Fulbright* na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, Ann Arbor, MI, Estados Unidos.

Arianna Andreangeli is a Lecturer in Law at Liverpool Law School, University of Liverpool, United Kingdom. She is currently the Schuman-Fulbright Visiting Scholar at the Faculty of Law of the University of Michigan, Ann Arbor, MI, USA.

CRISTINA CAMACHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2001, onde também concluiu o Mestrado em Direito em 2009. Titular

do Diploma de Especialização em Política da Concorrência pelo Instituto Nacional de Administração (2004). Advogada (com inscrição suspensa). Desde 2004, é jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas (2004-2008) e no Gabinete de Relações Internacionais (desde 2008).

Cristina Camacho is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School in 2001, where she also concluded her Masters in Law in 2009. She holds the Diploma of Specialization in Competition Policy by the National Administration Institute (2004). Lawyer (suspended registry at the Portuguese Bar Association). Since 2004, she is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority, working in the Department for Restrictive Practices (2004-2008) and in the International Relations Bureau (since 2008).

FERNANDO PEREIRA RICARDO

Licenciado em Direito (1989), Pós-Graduado em Estudos Europeus (1991) e Mestre em Direito das Comunidades Europeias (1996) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde leccionou Direito Comunitário, Direito Internacional Económico, União Económica e Monetária, Relações Económicas Internacionais e Economia Política. Advogado (inscrição suspensa). É, desde 2009, jurista na Autoridade da Concorrência.

Fernando Pereira Ricardo is Graduate in Law (1989), Postgraduate in European Studies (1991) and Master in European Community Law (1996) from the University of Lisbon Law School, where he taught European Community Law, International Economic Law, Economic and Monetary Union, International Economic Relations and Political Economy. Lawyer (suspended registration). Since 2009, he is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority.

HELENA GASPAS MARTINHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003) e Pós-Graduada pela mesma Faculdade na área de concorrência e regulação (2006). Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Foi advogada estagiária na sociedade de advogados “Vieira de Almeida & Associados” (2003-2005) e jurista no ICP-ANACOM (2005-2007). Integra o Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência desde 2007.

Helena Gaspar Martinho is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2003) and Post-graduate in competition and regulation from the

same University (2006). She is PhD student at New University of Lisbon Law School. She was a trainee lawyer at “Vieira de Almeida & Associados” law firm (2003–2005), and she worked as an legal adviser at ICP-ANACOM (2005–2007). Since 2007, she is a lawyer at the Legal Department of the Portuguese Competition Authority.

IOANNIS LIANOS

Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Estrasburgo. Mestre em Regulação do Comércio pela Universidade de Nova Iorque e Doutor (em período de estágio) em Sociologia pela Universidade de Cambridge. É professor (com *tenure*) de Direito da União Europeia e Direito e Economia da Concorrência na Faculdade de Direito do *University College London (UCL)* desde 2005, Director do *Centre for Law and Economics (Competition, Regulation and Public Policy)* e co-director do *Institute of Global Law*, do *Centre for Law and Governance in Europe* e do *Jevons Institute of Competition Law and Economics (UCL)*. É também co-fundador e presidente da IMEDIPA, uma organização não-governamental de Direito da Concorrência sediada em Atenas, Grécia. É co-editor da *Global Competition Law & Economics Series*, publicada pela *Stanford University Press*. Tem publicado vastamente no âmbito do Direito da União Europeia e Direito da Concorrência. O seu trabalho de pesquisa incide actualmente no impacto da emergência da economia e dos economistas forenses na evolução do pensamento económico e na análise da prova económica em tribunal.

Ioannis Lianos (LL.B, LL.M, PhD Law, University of Strasbourg; LL.M Trade Regulation, NYU Law, PhD Sociology (prob.) Cambridge Univ.) is a Reader (tenured professor eq.) in European Union Law and Competition Law and Economics at the Faculty of Law, University College London (UCL) (since 2005), Director of the Centre for Law and Economics (Competition, Regulation and Public Policy) and the co-director of the Institute of Global Law, the Centre for Law and Governance in Europe and the Jevons Institute of Competition Law and Economics at UCL. He is also the co-founder and chairman of IMEDIPA, a NGO in Competition Law established in Athens, Greece. Ioannis is the co-editor of the Global Competition Law & Economics Series published by Stanford University Press. He has published widely in European Law and Competition Law, including five edited volumes. His recent research focuses on the impact of the emergence of forensic economics and economists on the evolution of economic thought and on the assessment of economic evidence in courts.

LAURA STEFANESCU

Laura Stefanescu é advogada com formação académica especializada em Direito Europeu e da Concorrência (Mestra em direito pela Universidade Paris XII e pelo Colégio da Europa, em Bruges). Trabalha na instrução de processos na Unidade “Serviços Financeiros” da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia há mais de três anos, lidando com assuntos relacionados com seguros e, em particular, com a revisão do Regulamento de Isenção por Categoria para o sector dos seguros. Anteriormente, trabalhou como advogada no departamento jurídico de uma grande seguradora.

Laura Stefanescu is a qualified lawyer with an educational background focused on European and Competition Law (masters in law at Paris XII University and the College of Europe in Bruges). She has been working as a case-handler in the Financial Services Unit of DG Competition for more than 3 years, dealing with insurance issues and in particular with the review of the Insurance BER. Previously she worked as an in-house lawyer in the legal department of a large insurer.

LAURENCE IDOT

Professora Agregada das Faculdades de Direito (1982), é professora na Universidade Paris II – *Panthéon/Assas* desde 2007. Foi, durante quinze anos, professora na Universidade Paris II – *Panthéon Sorbonne*. Ensina sobretudo Direito da União Europeia e Direito da Concorrência para alunos pós-graduados. As suas outras áreas de interesse incluem Direito da Arbitragem e Direito Internacional Privado e a sua interacção com o Direito da Concorrência. É, desde 2009, membro do Conselho da Autoridade Francesa da Concorrência. É co-directora da revista mensal *Europe (Lexis Nexis, 1991)*, presidente do conselho científico da revista *Concurrences (2004)* e presidente da Associação Francesa de Direito da Concorrência (AFEC). Desde o seu doutoramento sobre “O controlo de práticas comerciais restritivas no comércio internacional” (Paris II, 1981), tem publicado vastamente na área de Direito da Concorrência e de Direito da União Europeia.

Laurence Idot, Agrégée des Facultés de Droit (1982), is full Professor at the University Paris II - Panthéon/Assas, which she joined in 2007 after fifteen years as a Professor at the University of Paris I-Panthéon Sorbonne. She most notably teaches EC and Competition Law for post-graduate students. Her other fields of interest include Arbitration Law and Private International Law, and their interaction with Competition Law. Since 2009, she is a member of the college of the French Competition Authority. She is also the co-director of the monthly

review Europe (Lexis-Nexis, 1991), the chairwoman of the scientific committee of the review “Concurrences” (2004), the President of the French Association on Competition Law (AFEC). Since her Ph.D on “The Control of Restrictive Business Practices in International Trade” (Paris II, 1981), she has extensively published in the area of Competition Law and European Law.

MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES

Sócio da “Sérvulo & Associados” desde 2008, é Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra desde 1992, tem uma vasta obra publicada nas áreas de Direito da União Europeia, Concorrência e Farmacêutico e larga experiência nas diversas áreas do Direito Europeu (v.g., mercado interno, fundos estruturais), do Direito da Concorrência (v.g., práticas restritivas, concentrações e auxílios públicos) e do Direito Farmacêutico (nas dimensões regulatória e europeia).

Partner of “Sérvulo & Associados” (2008-), Miguel Gorjão-Henriques is a specialist lawyer in European and Competition Law since 2006. He is a Teaching Assistant Professor at Coimbra University Law School (1992-). Vice-President of the Banking, Stock Exchange and Securities Law Institut (BBS) in Coimbra. Expert in all areas of Competition Law, he has been involved in several merger notifications to the Portuguese Competition Authority and is advising many firms on European Law and Competition Law issues. He is also consultant to several companies in the area of Pharmaceutical Law. He has several academic works in the areas of EU law, Pharmaceutical Law and Competition Law. Member of the committee that prepared the 2003 Competition legislation in Portugal. Former advisor to INFARMED on EU legislative affairs.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

É advogado e professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por onde é Licenciado, Mestre e Doutor. Exerce a sua actividade predominantemente no Direito Constitucional e no Direito Administrativo. Tem vários livros e artigos publicados nas áreas do Direito Constitucional e da Filosofia Política.

Miguel Nogueira de Brito is a lawyer and a professor at the University of Lisbon Law School, where he has obtained his Law Degree, an LL.M. and a PhD. He has published several books and articles in the areas of Constitutional Law and political philosophy.

MIGUEL SOUSA FERRO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). LL.M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Monitor e Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2008-2009. Colaborador externo da “Sérvulo & Associados”, na área de Direito Europeu e da Concorrência.

Miguel Sousa Ferro is Graduate in Law from the University of Lisbon Law School (2005). LL.M in European Studies at the College of Europe (Bruges, 2006). Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School in 2008-2009. External Counsel at “Sérvulo & Associados”, in the field of European and Competition Law.

PATRÍCIA LOPES

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2002) e Pós-graduada em Ciências Jurídicas (2004) e Direito Penal da Empresa (2007) pela Faculdade de Direito (Escola de Lisboa) da Universidade Católica Portuguesa. É doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela mesma Faculdade. Advogada (com inscrição suspensa). Deu aulas de Direito da União Europeia, Direito Penal e Direito Processual Penal. É jurista na Autoridade de Concorrência desde 2008, onde integrou, primeiramente, o Departamento de Mercados Regulados e Auxílios de Estado e integra, actualmente, o Departamento de Práticas Restritivas.

Patrícia Lopes is Graduate in Law from the New University of Lisbon Law School (2002). She is post-graduate (2004, 2007) from the Catholic University Law School of Lisbon, where she is a PhD student in Criminal Studies. Lawyer (suspended registry at the Portuguese Bar Association). She taught EU Law, Criminal Law and Criminal Procedural Law. Since 2008, she is a legal adviser at the Portuguese Competition Authority.

RICARDO BAYÃO HORTA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2000). Grau LL.M – *Master of Laws in Commercial and Corporate Law*, atribuído pela Faculdade *Queen Mary*, Universidade de Londres (2003). Advogado (inscrição suspensa). Estágio no *Office of the General Counsel* do *European Bank for Reconstruction and Development* (2003). Jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Controlo de Concentrações (2003-Abril 2010) e no Gabinete de Estudos Económicos e Acompanha-

mento de Mercados (desde Maio 2010). Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu.

Ricardo Bayão Horta is Graduate in Law from the Portuguese Catholic University Law School (2000). LL.M – Master of Laws in Commercial and Corporate Law from Queen Mary College, University of London (2003). Lawyer (with suspended registry at the Portuguese Law Bar Association). Internship at the Office of the General Counsel of the European Bank for Reconstruction and Development (2003). Legal adviser at the Portuguese Competition Authority's Merger Department (2003–April 2010) and at the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring (as from May 2010). Member of the Portuguese Association of European Law.

SILKE OBST

Silke Obst é Chefe de Unidade Adjunta da Unidade “Serviços Financeiros” da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia. Antes de ingressar na Comissão Europeia, trabalhou como “Advogada Coordenadora” nos escritórios de Bruxelas e Paris de uma sociedade de advogados internacional, onde se especializou em Direito da Concorrência Europeu, alemão e francês, e em Direito Comercial Franco-Alemão. É membro da Ordem dos Advogados em Colónia e detém um diploma em Administração Pública da *Ecole Nationale d'Administration* (ENA) de Paris (França).

Silke Obst is Deputy Head of Unit (Financial Services) in DG Competition. Prior to her career in the Commission, she worked as a Managing Associate in the Brussels and Paris offices of an international law firm, where she specialised in European, German and French Competition Law and Franco-German Corporate Law. She is a member of the Cologne bar and holds a diploma in Public Administration from the Ecole Nationale d'Administration (ENA) in Paris/France.

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço electrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço electrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço electrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço electrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIRECÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

Membros:

António Avelãs Nunes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Berger	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Florianio Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Poiares Maduro
Giorgio Monti	Nicolas Charbitt
Harry First	Oswald Jansen
Heike Schweitzer	Patrick Rey
Ioannis Kokkoris	Paulo Câmara
João Ferreira do Amaral	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge Braga de Macedo	Paulo Pinto de Albuquerque
Jorge de Figueiredo Dias	Pedro Pais de Vasconcelos

Pedro Pitta Barros
Peter Freeman
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits
Richard Wish

Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO REDACTORIAL

Presidente: Paulo de Sousa Mendes

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira	Fernando Pereira Ricardo
André Forte	Nazaré da Costa Cabral
Catarina Anastácio	José Renato Gonçalves
Cristina Camacho	Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e Regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito comunitário e comparado da concorrência

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

António Gomes

Direito contra-ordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no sector financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas

Ana Amante

Regulação e concorrência no sector energético

Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no sector dos transportes terrestres

António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no sector da aviação civil

António Moura Portugal

Regulação no sector da protecção ambiental

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Sector empresarial público/gestores públicos/privatizações

Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

Economia

António Pedro Santos/João Gata/Paulo Gonçalves

Econometria

Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Lurdes Morgado

Natália Leite

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL

 -

 LOCALIDADE

TELEFONE

 N° CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLuíDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO

_____ DATA

 -

 -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

