

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO III • NÚMERO 9
JANEIRO – MARÇO 2012

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

presidência do conselho de redação

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano III • Número 9

janeiro – março 2012

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 76-80

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%)

MAIO 2012

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 infrator.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 17 DOCTRINA
- 19 **Doutrina Geral**
- 21 Assimakis Komninou – *Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions*
- 73 João Espírito Santo Noronha – *Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo*
- 81 Miguel Moura e Silva – *Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?*
- 117 Nuno Carroulo dos Santos – *Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing*
- 145 **Dossier Temático**
Regulação financeira
- 147 Luís Guilherme Catarino – *A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?*
- 203 Luís Máximo dos Santos – *O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspectos fundamentais*
- 237 Ana Pascoal Curado – *As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*
- 273 Ricardo Oliveira Sousa – *A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional*
- 291 Miguel Brito Bastos – *Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?*
- 323 LEGISLAÇÃO
- 325 **Legislação Nacional**
- 325 Legislação nacional de regulação – dezembro de 2011 a março de 2012
- 331 JURISPRUDÊNCIA

- 333 Comentário de Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**
- 333** Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália* – Helena Gaspar Martinho
- 351 Jurisprudência Geral**
- 351** Jurisprudência nacional de concorrência – dezembro de 2011 a março de 2012
- 355** Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – dezembro de 2011 a março de 2012
- 359** Jurisprudência de concorrência da União Europeia – dezembro de 2011 a março de 2012
- 365 BIBLIOGRAFIA**
- 367 Recensão**
- 367** Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2012 – António Moura Portugal.
- 371 Novidades Bibliográficas** – dezembro de 2011 a março de 2012
- 377 ATUALIDADES**
- 383 NOTAS CURRICULARES**
- 389 Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 391 Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha
Luís Silva Morais*

Após o número duplo (7/8) que encerrou o segundo ano completo de publicação da C&R, incluindo um dossier temático especial sobre concorrência e regulação económica no Brasil, regressamos agora, com o presente n.º 9, ao habitual formato de número singular.

Dar início a um terceiro ano de publicação faz-nos incorrer num compromisso alargado e reforçado com a comunidade crescente dos nossos subscritores, leitores, e, em geral, com a comunidade científica nos domínios das políticas da concorrência e da regulação económica em Portugal, na UE, e, permitimo-nos acrescentar, no plano internacional (beneficiando neste momento

After the dual number (Nos. 7/8) that closed the second entire year of publication of C&R, including then a special thematic file on competition and economic regulation in Brazil, we return now with the current No. 9 to our usual single number format.

To initiate a third year of publication makes us incur in a further and enhanced commitment with the growingly enlarged community of our subscribers, readers and, in general, with the scientific community in the fields of competition and economic regulation policies in Portugal, the EU and, we

de vínculos mais fortes com o Brasil e a América Latina, que planeamos ainda reforçar proximamente, na sequência de uma conferência realizada no dia 31 de maio, em S. Paulo, para lançamento editorial do antecedente número duplo da C&R e permitindo também uma ampla discussão das novas Leis da Concorrência do Brasil e de Portugal, aproveitando a coincidência temporal de ambas as reformas legislativas nos dois lados do Atlântico).

Seguindo a nossa habitual opção de alternar sucessivamente, em cada número, um maior enfoque ora no direito e política da concorrência ora na regulação sectorial da economia, este n.º 9 da C&R foi largamente centrado na regulação do sector financeiro e das instituições financeiras (incluindo um dossier especial que pretende abordar algumas questões fundamentais neste domínio, na sequência de um prévio dossier especial sobre esta área, publicado no n.º 2 da C&R). Existem, de facto, boas razões para revisitar este sensível campo da reforma da regulação do sector financeiro, como reacção à crise financeira que se tem mostrado mais persistente do que aquilo que inicialmente se supunha em 2007 e 2008. Para além do facto de estarmos confrontados com um processo, em curso, de reforma regulatória na UE e no plano internacional – o que jus-

daresay, worldwide (with stronger bonds now with Brazil and Latin America that we plan to reinforce in the near future, following an International Conference that was held in May 31 in São Paulo for the editorial launching of the preceding double number of C&R and also allowing an ample discussion of the New Competition Acts in Brazil and in Portugal, taking advantage of this coincidental legislative reform in both sides of the Atlantic).

Following our usual option of alternating in each number a greater focus on competition law and policy and on economic regulation, this No. 9 of C&R is largely focused on regulation of the financial sector and financial institutions (including a special thematic file that purports to cover some fundamental issues in this domain, following a previous thematic file in this area published with No. 2 of C&R). There are, in fact, good reasons to revisit this sensitive field of reform of the regulation of the financial sector in the wake of the financial crisis that has been more persistent than initially supposed in 2007 and 2008. Besides the fact that we are faced with an

tifica por si só uma atenção e discussão científica continuadas –, é possível antecipar neste momento riscos significativos em termos de perda de força e dinâmica deste processo de reforma regulatória ainda altamente inacabado (cujos sinais, são, com efeito, visíveis na última reunião do G20). Neste contexto, a comunidade académica e científica tem um dever reforçado de estimular a discussão nestas áreas de reforma em termos internacionais da regulação financeira, como forma de influenciar a continuação e o aprofundamento do processo da reforma em si mesmo.

Propomo-nos, em termos modestos, fazer parte desse esforço, através do nosso dossier temático, que compreende artigos de largo espectro temático neste campo, *v.g.*, os que abordam especificamente a reforma da regulação financeira ao nível da UE e o novo panorama *institucional* que esta no presente vem gerando, envolvendo certos riscos face a um conjunto de questões jurídicas e institucionais associadas à doutrina *Meroni*, ou o que cobre a significativa criação de um novo *Resolution Fund* para as instituições de crédito (no contexto da extensa reforma do regime legal Português, de recuperação e denominada *resolução* das instituições bancárias, levada a cabo pelo recente Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 12 de fevereiro).

ongoing process of regulatory reform in the EU and worldwide – that justifies in itself continued scientific attention and discussion – it is now possible to perceive significant risks in terms of loss of momentum of this largely unfinished regulatory reform process (those signs being, in effect, visible in the latest and recent G20 meeting). In this context, the academic and scientific community has an enhanced duty of fostering the debate in these areas of reform of financial regulation worldwide as a means to influence the continuation and deepening of the reform process in itself. From a modest standpoint, we purport to take part in that effort through our special thematic file, which comprehends articles with a wide thematic spectrum in this field, e.g. the ones covering specifically the reform of financial regulation at EU level and the new institutional landscape it is currently generating, carrying with it certain risks in light of the non resolved issues of the Meroni doctrine, or the noteworthy establishment of a new Resolution Fund for credit institutions (in the context of the extensive reform of the Portuguese legal regime for recovery

Em qualquer dos dois casos, os artigos em questão abordam aspetos-chave, e da máxima atualidade, que foram trazidos para o primeiro plano do debate europeu nas últimas semanas do final do primeiro semestre de 2012, com o efetivo lançamento da ideia de estabelecimento de uma união bancária na UE (particularmente na zona euro, tal como contemplado na conclusão do Conselho Europeu de 28 de junho).

Outros artigos incluídos neste dossier temático especial abordam questões sensíveis no tratamento de infrações criminais (ou quase criminais) do domínio da regulação dos mercados de valores organizados ('securities'), enfatizando as particularidades envolvidas nesta projeção especial ou aplicação de tipos e princípios criminais no domínio da regulação económica (com especial enfoque no tratamento dos novos poderes de inquérito atribuídos ao regulador português dos mercados de valores mobiliários e no tratamento das práticas de *scalping* nos mercados).

No que respeita à secção de doutrina geral, este n.º 9 da C&R compreende um atualíssimo artigo de Assimakis Komninos (antigo membro do conselho da Autoridade da Concorrência Grega e reconhecido especialista nos domínios do direito e da política da concorrência da UE), tratando questões de *private*

and resolution of banking institutions carried out by the recent Decree-Law No. 31-A/2012, of 12 February).

In both cases, the articles at stake discuss key and timely issues that have been brought to the forefront of the European debate in the last couple of weeks at the end of the first semester of 2012 with the actual launching of the idea of establishing a Banking Union in the EU (particularly in the Euro area, as envisaged in the conclusion of the European Council of June 28).

Other articles included in the special thematic file cover sensitive issues in the treatment of criminal (or quasi-criminal) offences in the field of securities markets regulation, emphasizing the particularities at stake in this special projection or application of criminal types and principles in the domain of economic regulation (with special emphasis on the treatment of new powers of preliminary inquiry with which the Portuguese Securities Regulator has been entrusted and on the treatment of the practices of 'scalping' in the securities markets).

As regards the section of general doctrine, this No. 9 of C&R

enforcement do direito da concorrência na Europa. Entendemo-lo como um artigo da maior importância, uma vez que este *private enforcement* do direito da concorrência se encontra presentemente numa encruzilhada na UE. Na realidade, após anos de debate continuado sobre a matéria e de múltiplos documentos de análise que foram adoptados pela Comissão Europeia para consulta pública, é agora previsível que a Comissão adopte iniciativas formais deste domínio até ao final deste ano de 2012. Neste contexto muito particular, o artigo de Assimakis Komninos propõe-se identificar e discutir criticamente aquilo que sugestivamente designa como tópicos ou questões de “segunda geração” em termos de ações judiciais referentes a compensação por danos originados em práticas concorrenciais proibidas (assumindo que as questões de “primeira geração” foram devidamente tratadas e consolidadas através da jurisprudência do tribunal de Justiça da UE, *v.g.*, nos acórdãos *Courage e Manfredi*)¹.

Iniciamos aqui, deste modo, uma discussão sobre as perspectivas de *private enforcement* do direito da con-

comprehends a most timely article of Assimakis Komninos (former Commissioner of the Greek Competition Authority and renewed specialist in the field of EU competition law and policy) covering issues of private antitrust enforcement in Europe. We regard it as a fundamental article considering that private enforcement of competition law is at a crossroad in the EU. Following years of consecutive debate and multiple analytical documents that were adopted by the European Commission for public discussion it is now foreseeable that the Commission will adopt formal initiatives in this domain until the end of 2012. In this very particular context, the article of Assimakis Komninos purports to identify and critically discuss what it suggestively designates as ‘second generation’ topics in terms of private antitrust damages actions (assuming that basic ‘first generation’ topics have been duly settled through the jurisprudence of the Court of Justice of the EU, e.g. in the “Courage” and “Manfredi” rulings¹).

¹ Vd. o acórdão proferido no proc. C-453/99, “*Courage Ltd v. Bernard Crehan*”, bem como o acórdão proferido nos procs. conjuntos C-295/04 a C-298/04, “*Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa et al.*”.

¹ See Case C-453/99, “*Courage Ltd v. Bernard Crehan*” and Joined Cases C-295/04 to C-298/04, “*Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa et al.*”.

corrência, que projetamos continuar nos próximos números da C&R (em especial, através de artigos que abordem a situação particular verificada em Portugal em termos de *private enforcement*).

Também na secção da Doutrina Geral, o n.º 9 da C&R inclui artigos que abordam a nova redação da disposição relativa ao abuso de posição dominante, decorrente da reforma do direito português da concorrência (efetuada pela nova Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) e os recentes desenvolvimentos, em termos de interação entre a disciplina *antitrust* e a gestão coletiva dos direitos de autor no domínio *online* (área na qual um intenso debate científico se combina com a importantíssima relevância económica das questões debatidas, permitindo-nos antever, como foi já antecipado por alguns dos mais reconhecidos especialistas neste domínio, como John Temple Lang, que as denominadas *collecting societies* no domínio do licenciamento de música, especialmente no subsector *online*, terão de se adaptar, de forma drástica, a um ambiente totalmente novo).

Numa perspetiva do direito português da concorrência, esta secção de doutrina geral assegura a continuidade da discussão que nos temos vindo a propor estimular em torno da reforma da Lei Portuguesa da Con-

We hereby initiate a discussion on the prospects of private enforcement of competition law that we plan to continue in the coming Nos. of C&R (notably with articles covering the particular situation of Portugal in terms of private enforcement of competition law).

Also in the Section of General Doctrine, No. 9 of C&R comprehends articles which cover the new drafting of the abuse of dominance provision arising from the reform of the Portuguese Competition Act (adopted through the recent approval of Law No. 19/2012, of 8 May) and the recent developments in terms of interplay between antitrust online collective copyright movement (an area in which intense scientific debate combines with the extreme economic relevance of the issues debated, allowing us to foresee, as anticipated by some of the most renowned specialists in this field as John Temple Lang, that collecting societies in the field of music licensing, and especially in its online subsector, will have to drastically adapt to a an entirely new environment).

From a perspective of Portuguese competition law, this section of general doctrine ensures the continuity of the

corrência (através do acima referido artigo que equaciona a ideia de um novo e fundamental alinhamento do regime português do abuso de posição dominante com o correspondente regime vigente na UE) e que pensamos desenvolver numa base inteiramente nova, atendendo ao facto de que a aprovação da Lei n.º 19/2012 não representa em si mesma a conclusão da reforma, mas antes o possível começo de uma nova fase, em termos de concretização (*enforcement*) do direito e da política da concorrência em Portugal. Essa aprovação da nova Lei deverá representar, como tal, o começo de um processo de discussão científica aberta das soluções adotadas *de iure condito*, à luz de outras reformas realizadas em vários Estados-membros da UE (tendo ainda presente o contexto mais alargado do direito da concorrência da UE, que, claramente, influenciou esta reforma nacional). Nessa conformidade, a C&R propõe-se dedicar no futuro próximo e nos seus números subsequentes uma série de artigos às várias áreas da reforma resultante da Lei n.º 19/2012 (com relevância para a concretização e o *enforcement* do direito da concorrência nos próximos anos, numa discussão que se pretende aberta aos principais *stakeholders* neste domínio).

Passando agora a dirigir a nossa atenção ao direito da concorrência da

debate that we have been purporting to foster on the reform of the Portuguese Competition Act (through the article that puts forward the idea of a fundamental new alignment of the Portuguese regime of abuse of dominance with the corresponding EU new regime) and that we plan to develop on an entirely new basis given the fact that the final adoption of Law No. 19/2012 does not represent in itself the end of reform but the possible start of a new stage in terms of competition law and policy enforcement in Portugal. It should represent, as such, the beginning of a process of an open scientific discussion of the solutions adopted 'de iure condito' in light of other national reforms adopted in several EU Member States (and also bearing in mind the wider context of EU competition law that has certainly influenced this reform). C&R accordingly purports to dedicate in the near future and in the coming numbers a series of articles covering various areas of the reform arising from Law No. 19/2012 (with relevance for enforcement in the coming years and opened to the major stakeholders in this domain).

UE, o final de 2011 e o 1.º semestre de 2012 caracterizaram-se por desenvolvimentos relevantes, que compreendem, para além das intenções reiteradas da Comissão Europeia em termos de novas iniciativas no domínio do *private enforcement* (já mencionadas *supra*), o lançamento de um novo e vasto processo de modernização do controlo dos auxílios de Estado (através da Comunicação sobre Modernização da Política dos Auxílios de Estado, adotada pela Comissão em 8 de maio de 2012) ou um renovado e intenso enfoque nos mercados em transformação acelerada de serviços de busca na *internet* (e mercados relacionados, nos domínios das comunicações digitais e eletrónicas), através das investigações relativas à *Google*, que levaram a Comissão a contemplar, em maio de 2012, a discussão sobre possíveis soluções de adoção de compromissos (*antitrust remedies*) com o grupo *Google* (assim enfatizando a relevância que atribui ao mecanismo das decisões de compromissos, previsto no artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, num contexto em que devemos ainda sublinhar o significado de um mecanismo similar de decisões de compromissos recentemente adotado no direito Português, através da Lei n.º 19/2012).

Outros desenvolvimentos, que apresentam também alguma rele-

Turning our attention to EU competition law, the end of 2011 and the first semester of 2012 have been characterized by relevant developments including, besides the restated intentions of the European Commission in terms of new initiatives on private enforcement (already mentioned supra), the launching of a new extensive process of state aid control modernization (through a Communication on the Modernisation of State Aid Policy adopted by the Commission on the 8 May 2012) or a renewed and intensive focus on fast-moving markets of web search services (and related markets in the digital and electronic communications fields) through the Google investigation that has led the Commission to consider in May 2012 a discussion on possible antitrust remedies with the Google group (thereby emphasizing the relevance it attributes to the mechanism of article 9 commitment decisions of Regulation No 1/2003 in a context in which we should also underline the significant of a similar mechanism of commitment decisions newly adopted under Portuguese Law through Law No. 19/2012).

vância para a aplicação do direito da concorrência em Portugal, correspondem às decisões do Tribunal de Justiça da UE, de dezembro de 2011, nos casos *Chalkor* e *KME*², nos quais o Tribunal procedeu a avanços muito significativos na clarificação do problema extremamente debatido da natureza e da extensão do escrutínio jurisdicional de decisões de aplicação do direito da concorrência adotadas pela Comissão. Em particular, o Tribunal clarificou que a inegável margem extensa de apreciação da Comissão Europeia – e, acrescentaríamos, das Autoridades Nacionais de Concorrência no âmbito de um sistema de aplicação do direito da concorrência de tipo administrativo, – não dispensa, mesmo nos casos mais complexos, um profundo escrutínio jurisdicional, do direito e dos factos, assegurando-se assim uma completa e efetiva proteção judicial, nos termos da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Como sempre, propomo-nos acompanhar estreitamente estes desenvolvimentos na C&R, em particular participando ativamente na intensa discussão que terá lugar sobre a reforma da política de auxílios de Estado no segundo semestre de 2012 e na transição para 2013.

² Vd, respetivamente, os acórdãos proferidos no proc. C-386/10 P (“*Chalkor*”) e nos procs. C-389/10 P e C-272/09 P (“*KME*”).

Other noteworthy developments with relevance for the enforcement of competition law in Portugal correspond to the December 2011 rulings of the Court of Justice of the EU in the “Chalkor” and “KME” cases² in which the Court went a long way to clarify the much debated topic of the nature and extent of judicial review of decision of competition law enforcement adopted by the Commission. In particular, the Court has made clear that the undeniable extensive margin of discretion of the Commission – and, we could add, of other National Competition Authorities following an administrative type system of enforcement – does not dispense, even in the most complex cases, an in-depth judicial review of the law and the facts, thus ensuring full and effective judicial protection under the EU Charter of Fundamental Rights).

As always, we purport to follow closely these developments at C&R, in particular taking an active part in the extensive debate that will take place on reform of state aid policy in the second half of 2012 and in the transition to 2013.

² See respectively Case C-386/10 P (“*Chalkor*”) and Cases C-389/10 P and C-272/09 P (“*KME*”).

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

Dossier Temático

Regulação financeira

DOCTRINA GERAL

PRIVATE ANTITRUST DAMAGES ACTIONS IN THE EU: SECOND GENERATION QUESTIONS

*Assimakis P. Komninos**

ABSTRACT: *This article deals with the role of national courts in their capacity as forums of private antitrust enforcement in Europe and concentrates on damages actions. It revisits the past decade and attempts to have a glimpse of what we can define as “second generation” topics, assuming that the “first generation” questions (existence of a remedy and basic conditions for the exercise of the corresponding right) have now been settled. Emphasis is placed on the questions of standing and passing-on, causation, characterisation of damages, quantification of harm, binding effect of public authorities’ decisions, collective claims, access to evidence, access of claimants to the public authority’s file and to corporate statements, and finally co-operation mechanisms with the European Commission and national competition authorities.*

SUMMARY: I. Introduction. II. The Nature and Objectives of Private Antitrust Enforcement. III. The Evolution of EU Law on Civil Antitrust Remedies. 1. The Court of Justice’s General Case Law on Rights and Remedies. 2. The Court of Justice speaks: *Courage* and *Manfredi*. 2.1. *Courage*. 2.2. *Manfredi*. 3. The Quest for EU Legislation: the Commission’s White Paper of 2008. 4. The Residual Role of National Laws. IV. Specific Issues. 1. Standing and Passing-on. 2. Causation. 3. Characterisation of Damages. 4. Quantification of Harm. 5. Binding Effect of Infringement Decisions. 6. Collective Claims – Class Actions. 7. Access to Evidence. 8. Private actions and the Leniency Programme: The Problem of Discovery of Corporate Statements. 9. Co-operation with the Commission. V. Conclusions.

I. INTRODUCTION

National courts play a key role in the enforcement of EU competition law.¹ They may be called upon to apply Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in two main capacities:

* White & Case LLP; University College London. The present views are strictly personal.

1 See generally Komninos, 2008.

First, in private litigation cases, when either

- a party raises EU competition law arguments as a defence (“shield litigation”); this will usually occur in cases of contractual liability, where a plaintiff claims specific performance of a contract or alleges its breach by a defendant and claims damages, while the latter raises the nullity of that contract or of parts thereof. Another instance is unfair competition actions against “free riders”; or
- when a party puts forward a claim for injunction, damages, restitution or interim measures that intends to compensate the harm caused by the infringement of the EU competition rules and/or to put an end to the latter (“sword litigation”).

Second, in public enforcement cases, when either

- the national courts act as public enforcers; indeed, a national court may be designated as the authority responsible for the application of Articles 101 and 102 TFEU under Article 35(1) of Regulation 1/2003.² This is the case, for example, in Ireland; or
- the national courts exercise judicial review over decisions of national competition authorities.

This article mainly deals with the role of national courts in relation to the first of these two capacities and concentrates on damages actions. It revisits the past decade and attempts to have a glimpse of what we can define as “second generation” topics, assuming that the “first generation” questions (existence of a remedy and basic conditions for the exercise of the corresponding right) have now been settled. We leave aside purely procedural questions or questions faced only in one Member State and concentrate on the questions of standing and passing-on, causation, characterisation of damages, quantification of harm, binding effect of public authorities’ decisions, collective claims, access to evidence, access of claimants to the public authority’s file and to corporate statements, and finally co-operation mechanisms with the European Commission and national competition authorities.

² Council Regulation 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 [2004] L 1/1.

II. THE NATURE AND OBJECTIVES OF PRIVATE ANTITRUST ENFORCEMENT

From a purely competition law perspective, antitrust enforcement pursues three systematically different, yet substantively interconnected, objectives-functions.³ The first one is *injunctive*, i.e. to bring the infringement of the law to an end, which may entail not only negative measures, in the sense of an order to abstain from the delinquent conduct, but also positive ones to ensure that such conduct ceases in the future. The second objective-function is *restorative* or *compensatory*, i.e. to remedy the injury caused by the specific anti-competitive conduct. The third one is *punitive*,⁴ i.e. to punish the infringer and also to deter him and others from future transgressions. These three basic objectives-functions are optimally pursued inside an enforcement system that combines public with private elements.

Both public and private enforcement may – directly or indirectly – pursue all three objectives-functions:

- The injunctive objective-function is served with cease and desist orders and negative or positive injunctions ordered both by competition authorities, in the course of public proceedings, and by the courts, in the course of civil proceedings. Indeed, the latter may go even further than public enforcement. For example, it may be easier to obtain a preliminary injunction from a national judge within the EU than from the European Commission, since the latter, unlike the former, cannot issue orders imposing positive measures to undertakings in Article 101 TFEU cases.⁵
- Private enforcement primarily serves the restorative-compensatory objective, since private actions ensure compensation for those harmed by anti-competitive conduct. However, even in such cases, the role of public enforcement is not inexistent. For example, a competition authority's action may in effect amount to redress in specific cases. Then, the competition authority may impose on the wrongdoer or accept commitments from him

3 See Harding & Joshua, 2003: 229 *et seq.*; Komninos, 2008: 7 *et seq.* For a slightly different classification of tasks-objectives of antitrust enforcement, compare Wils, 2009) who speaks of three tasks: (a) clarifying and developing the content of the antitrust prohibitions, (b) preventing the violation of these prohibitions through deterrence and punishment, and (c) pursuing corrective justice through compensation. Compare also Hodges, 2011: 384.

4 The term “punitive” is used here in its generic sense and does not necessarily correspond to criminal law.

5 Case T-24/90, *Automec Srl v. Commission (II)*, [1992] ECR II-2223, para. 51.

to put in place a compensatory scheme.⁶ In addition, some competition regimes give powers to certain public authorities to claim damages, acting on behalf of the victims. For example, this is the case in France,⁷ and in the United States, where State Attorneys General can bring *parens patriae* actions on behalf of victims located within their States.⁸

- Finally, as for the punitive objective-function, public enforcement is undoubtedly predominant. This objective is pursued through the imposition of fines, which punish the wrongdoers and deter them from breaching the law in the future (specific deterrence) but also deter other persons from entering into or continuing to engage in behaviour that is contrary to the competition rules (general deterrence).⁹ However, here again, private actions may supplement the retributive and deterrent effect of the public sanctions by attaching punitive elements to the civil nature of remedies, this being the case of legal systems that provide for punitive antitrust damages. Then, it is argued that the very existence of private enforcement furthers the overall deterrent effect of the law, by adding a supplementary system of sanctions and risks for the wrongdoer.¹⁰

There is some misunderstanding as to the interests protected by competition law in the contexts of public and private enforcement. A distinction sometimes is made between public enforcement, which pursues the public interest of protecting the competition norms through administrative or criminal sanctions, and private enforcement, which pursues the private interest of competitors

6 This has happened in very exceptional cases. See, for example, the OFT's case on the independent schools' cartel, where the OFT settled the case and accepted a commitment by the schools to make an ex-gratia payment totalling £3 million into an educational charitable trust to benefit the pupils who attended the schools during the academic years to which the cartel related.

7 Art. L442-6(3) *Code de commerce*. France also has another interesting specificity: it is possible for aggrieved parties to take part as *partie civile* in a criminal proceeding against the wrongdoer and, thus, be awarded damages, apart from the criminal conviction of the (natural) persons involved in anti-competitive conduct.

8 ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (Chicago, 2007), p. 727 *et seq.*

9 See European Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2) (a) of Regulation No 1/2003, OJ [2006] C 210/2, para. 4; Case 41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*, [1971] ECR 397, para. 173; Case C-308/04 P, *SGL Carbon AG v. Commission*, [2006] ECR I-5977, para. 37; Case C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd v. Commission*, [2007] ECR I-4405, para. 22.

10 See further European Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM(2005) 672 final, under 1.1; Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC(2008) 404, paras 15, 20; Komninos, 2008: 7-10.

and consumers. However, although the courts decide disputes *inter partes*, at the same time, they cannot simply confine themselves to considering the interests of the litigants, but must also have regard to the general interest.¹¹ This explains why courts must raise the competition law question *ex proprio motu* and may not allow the performance of an anti-competitive agreement, even if the parties have not raised the issue of its legality.¹² Courts are also not bound by judicial or in-court settlements, when the latter infringe the competition rules; indeed, they are under a duty stemming from Article 4(3) of the Treaty on European Union (TEU) to consider the above as null and void, since they are against public policy.¹³ Likewise, the possibility for public competition authorities in the EU and in some national competition systems to intervene in civil proceedings and submit *amicus curiae* observations is partly due to the public policy-interest nature of competition law-related litigation.¹⁴

Similarly, the public interest expressed by the competition laws cannot be varied simply because civil litigation is primarily driven by the private interest. Protection of private rights cannot and should not by itself set in motion the mechanisms for the protection of free competition. The law is indifferent to harm caused *to a specific person*, unless that harm is the consequence of a certain practice, whose object or effect is the distortion-prevention-restriction of *effective competition on the market*. To give some examples, an agreement or practice might cause harm to certain persons but may still not be considered anti-competitive, because it does not affect appreciably competition in the market (*de minimis*). Again, certain unilateral conduct may foreclose competitors and actually harm them, but may not be anti-competitive, in the first place. Conversely, there may be illegal anti-competitive conduct which does not, however, harm any specific person or no person has standing to sue for damages.

11 See Bourgeois, 1994: 485-486.

12 See Canivet, 1997: 24.

13 Judicial settlements can have in some jurisdictions *res judicata* effect between the parties and may even constitute an enforceable act or be so declared by a court. The Court of Justice has stressed that such settlements, even if constituting judicial acts, are capable of falling within the prohibition of Article 101 TFEU. See Case 65/86, *Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH v. Heinz Süllhöfer*, [1988] ECR 5249, paras 14-15; Case 258/78, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission (Maize Seed)*, [1982] ECR 2015, paras 80-89.

14 See Rinczaux, 2002: 1.

The Court of Justice has recognised that private actions strengthen the working of the EU competition rules and discourage practices that are liable to restrict or distort competition, thus making a significant contribution to maintaining effective competition in the Union.¹⁵ In other words, this is a case where the private interest contributes to the safeguarding of the public interest. Indeed, in *Pfleiderer*, the Court dispelled any doubts about the role and function of courts and considered both the competition authorities and the former as servants of the general interest and did not make any differentiation between them as to the interest they pursue when applying the Treaty competition rules. In the words of the Court,

“the competition authorities of the Member States and their courts and tribunals are required to apply Articles 101 TFEU and 102 TFEU, where the facts come within the scope of European Union law, and to ensure that those articles are applied effectively in the general interest”.¹⁶

So, even if we suppose that in a given case a civil litigant’s private interest might not be compatible with the public interest, as may be the case, for example, if inefficient competitors allege the “anti-competitive nature” of certain practices that in reality enhance effective competition, such a private action *would and should fail*, because the alleged harm would not have been caused by conduct prohibited by Articles 101 and 102 TFEU.¹⁷ Consequently the private interest can never and should never contradict the public interest, in this context. In sum, an effective system of private enforcement should not alter the basic goal of the competition rules, which is to safeguard the public interest in maintaining a free and undistorted competition, and should by no means be thought of as antagonistic to the public enforcement model. Ideally the two models can work to complement each other.¹⁸

¹⁵ Case C-453/99, *Courage Ltd v. Bernard Crehan*, [2001] ECR I-6297, para. 27; Joined Cases C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*, [2006] ECR I-6619, para. 91.

¹⁶ Case C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, Judgment of 14 June 2011, not yet reported, para. 19, emphasis added.

¹⁷ Indeed, in such cases, there is no need to have recourse to an “antitrust injury” doctrine in Europe, since there would be no infringement of EU competition law, in the first place.

¹⁸ See e.g. Recital 7 Reg. 1/2003: “The role of the national courts here complements that of the competition authorities of the Member States”.

III. THE EVOLUTION OF EU LAW ON CIVIL ANTITRUST REMEDIES

1. The Court of Justice's General Case Law on Rights and Remedies

At the heart of private antitrust enforcement in Europe lies the question of the relationship between EU and national law. At the current stage of European integration, rights and obligations emanating from Union law are in principle enforced by having recourse to national administrative and civil law before national administrative authorities¹⁹ and national courts (*juges communautaires de droit commun*).²⁰

Thus, on the side of *substance*, there is no EU-wide law of contract, tort or unjustified enrichment, or a European Civil Code. Indeed, even if the Union had the power or intention to legislate in such a vast cross-sector area, it would be almost impossible to arrive at a common denominator applicable throughout the EU Member States, taking into account the century-long divisions in the European legal systems and families. Equally, on the side of *procedure*, there are no Union courts of full jurisdiction that could apply EU law and deal with EU law-based claims. Although it has already been proposed to introduce Union courts of general jurisdiction, following the US model of federal circuit courts,²¹ the current judicial structure is bound to remain unchanged for some time.

At the same time, the Court of Justice has consistently recognised the “procedural and institutional autonomy” of the Member States to identify the remedies, courts and procedures that are necessary for the exercise of EU law rights at the national level.²² More importantly, however, the Court has

19 Case C-453/00, *Kühne & Heitz NV v. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, [2004] ECR I-837, para. 20: “it is for all the authorities of the Member States to ensure observance of the rules of [Union] law within the sphere of their competence”.

20 Case T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA v. Commission*, [1990] ECR II-309, para. 42: “when applying Article [102] ... the national courts are acting as [Union] courts of general jurisdiction”. Compare, however, AG Léger’s Opinion in Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Austria*, [2003] ECR I-10239, para. 66, who sees this *dédoublement fonctionnel* more symbolically than literally: “That expression must not be understood literally, but symbolically: where a national court is called upon to apply [Union] law, it is in its capacity as an organ of a Member State, and not as a [Union] organ, as a result of dual functions”.

21 See e.g. Hawk, 1997: 338-339.

22 The Court of Justice has, until recently, avoided to refer explicitly to the Member States’ “procedural autonomy”. From 2004 and onwards this is no longer the case. See Case C-201/02, *The Queen ex parte Delena Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, [2004] ECR I-723, para. 70; Case C-212/04, *Konstantinos Adeneler et al. v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, [2006] ECR I-6057, para. 95; Case C-53/04, *Cristiano Marrosu and Gianluca Sardino v. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, [2006] ECR I-7213, para. 52; Case C-180/04, *Andrea*

imposed demanding EU law limits and safeguards upon that autonomy. These are the principles of *equality-equivalence* and *effectiveness*.²³ The first principle means that the enforcement of Union law at the national level should not be subject to more onerous procedures than the enforcement of comparable national law. The second principle is a much more demanding test. It means that although Union-derived rights will have to count on national substantive and procedural remedies for their enforcement, such remedies still have to be *effective* and must not render the exercise and enforcement of those rights impossible or unjustifiably onerous. It reflects a more general guiding principle of EU law, full and useful effectiveness (*effet utile*).

The Court of Justice has, nevertheless, proceeded further than that. Starting with such cases as *Francovich*, *Factortame I* and *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*,²⁴ it has also recognised the existence of certain autonomous EU law remedies for Union law-based rights,²⁵ and has delegated to national law only the very specific conditions for their exercise, as well as the procedural framework rules, always within the limitations of equality and effectiveness. In doing so, it has been guided by the principle *ubi ius, ibi remedium*, under which a Union law right must be protected through an appropriate corresponding remedy,²⁶ and has relied upon “*the full effectiveness of [Union] rules and the effective protection of the rights which they confer*” and upon the duties that Article 4(3) TEU imposes on Member States and their judicial organs.²⁷

Vassallo v. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, [2006] ECR I-7251, para. 37; *Case C-1/06, Bonn Fleisch Ex- und Import GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2007] ECR I-5609, para. 41.

23 See e.g. *Case 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, [1976] ECR 1989, para. 5; *Case 45/76, Comet BV v. Produkschap voor Siergewassen*, [1976] ECR 2043, paras 12-13; *Case 130/79, Express Dairy Foods Ltd. v. Intervention Board for Agricultural Produce*, [1980] ECR 1887, para. 12; *Case 199/82, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio*, [1983] ECR 3595, para. 12; *Case C-261/95, Rosalba Palmisani v. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)*, [1997] ECR I-4025, para. 27.

24 *Joined Cases C-6/90 and C-9/90, Andrea Francovich et al. v. Italy*, [1991] ECR I-5357; *Case C-213/89, Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et al. (I)*, [1990] ECR I-2433; *Joined Cases 143/88 and C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v. Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v Hauptzollamt Paderborn*, [1991] ECR I-415.

25 See e.g. *Craig*, 2006: 791 *et seq.*

26 See e.g. *Pliakos*, 1997: 141 *et seq.*

27 *Joined Cases C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA v. Germany and Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et al (Factortame III)*, [1996] ECR I-1029, para. 39. On the Art. 4(3) TEU legal basis, see in particular *Temple Lang*, 2001: 87.

A former Advocate General of the Court of Justice and eminent scholar of EU law has therefore proposed a more global approach to remedies in EU law, thus stressing the requirement of effective judicial protection which better describes the Court's case law on remedies. Walter Van Gerven speaks of four already existing EU law substantive remedies: a general one, to have national measures that conflict with EU law set aside;²⁸ and three specific ones, compensation, interim relief and restitution.²⁹ Individual civil liability is integrated in the first limb of these three specific remedies, beside its more developed sibling, state liability.

The former Advocate General further makes a distinction between the “constitutive” and “executive” elements of remedies. The first pertain to the principle of the remedy as such; the second to its “content and extent”. The first type of elements must be uniform, since they are entirely connected with the Union “right” of which individuals avail themselves. The executive elements, on the other hand, may to a certain extent be governed by national law, but only under more substantial EU law requirements. For these elements EU law should require an “adequacy test”, rather than a mere “minimum effectiveness” or “non-impossibility” test which may continue to apply for simple procedural rules.³⁰

2. The Court of Justice speaks: *Courage* and *Manfredi*

2.1. *Courage*

The fundamental issue of the EU or national law basis of the right to damages in EU competition law violations was explicitly addressed by the Court of Justice in its *Courage* ruling of 2001. There, the Court recognised a right to damages as a matter of EU rather than national law, and stressed the fundamental character of the EU competition rules in the overall system of the Treaty.

The facts of *Courage* were rather undistinguished. Breweries in Britain usually own pubs which they lease to tenants, while the latter are under

28 This general remedy encapsulates the duty of national courts to ignore national law that conflicts with directly effective EU law (principles of supremacy and direct effect), and to interpret national law in conformity with Union law.

29 See Van Gerven, 2007.

30 See Van Gerven, 2007: 502-504, 524-526.

contractual obligations to buy almost all the beer they serve from their landlords. In 1991, Mr. Crehan signed a 20-year lease with Courage Ltd. whereby he had to buy a fixed minimum quantity of beer exclusively from Courage, while the brewery undertook to supply the specified quantities at prices shown in the tenant's price list. The rent was initially lower than the market rate and it was subject to a regular upward review, but it never rose above the best open market rate. In 1993, Mr. Crehan and other tenants fell into financial arrears, basically blaming this on Courage's supply of beer at lower prices to other non-tied pubs, "free houses". In the same year Courage brought an action for the recovery from Mr. Crehan of sums for unpaid deliveries of beer. Mr. Crehan, alleging the incompatibility with Article 101 TFEU of the clause requiring him to purchase a fixed minimum quantity of beer from Courage, counter-claimed for damages.

There were two specific obstacles to Mr. Crehan's success. The first one was that according to earlier English case law, Article 101 TFEU had been interpreted as protecting only third parties, i.e. competitors or consumers, but not co-contractors, i.e. parties to the illegal and void agreement.³¹ The second issue was that under English law a party to an illegal agreement, as this was considered to be by the Court of Appeal, could not claim damages from the other party. This was as a result of the strict construction English courts were giving to the *nemo auditur turpitudinem propriam (suam) allegans* or *in pari delicto potior est conditio defendentis* or *ex dolo malo non oritur causa* rule, which in essence meant that Mr. Crehan's claim in damages would fail, because he was co-contractor in an illegal agreement. The Court of Justice, following the ruling in *Francoovich* which had recognised the principle of state liability as a principle of EU law, and also relying on its *Eco Swiss* ruling, stressed the primacy of Article 101 TFEU in the system of the Treaty³² and the corresponding task of national courts to ensure the full effect (*plein effet*) of Union rules and the protection of individuals' rights conferred by those rules. The full effectiveness (*pleine efficacité*) of the Treaty competition rules and, in particular "the practical effect [*effet utile*] of the prohibition laid down in Article [101(1)]" would be put at risk if individuals could not claim damages for losses caused by the infringement of those rules. The instrumental character of such

31 *Gibbs Mew plc v. Gemmell (CA)*, [1998] EuLR 588.

32 *Courage*, *supra* note 15, para. 20, with references to Joined Cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francoovich et al. v. Italy*, [1991] ECR I-5357.

liability for the effectiveness of the law as such is evident, exactly as was the case with state liability in *Francovich*.³³ And finally, the Court dispelled any doubt as to its pronouncement:

*“Indeed, the existence of such a right strengthens the working of the Union 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 [Union].”*³⁴

The enunciation of a Union right to damages and, by implication, of a principle of civil liability of individuals for breach of EU law, is a logical consequence of the Court’s abundant case law on state liability, and reflects a more general principle of Union law that “*everyone is bound to make good loss or damage arising as a result of his conduct in breach of a legal duty*”.³⁵ The extension of this principle to the liability of individuals makes it possible to speak of a system of civil liability for Union law infringements,³⁶ irrespective of their perpetrator.

2.2. *Manfredi*

After enunciating the basic principle of an EU law right to damages, the Court of Justice proceeded, in *Manfredi*, to deal further with the “constitutive” and “executive” conditions of that right.³⁷ If *Courage* was a *Francovich* type of case, *Manfredi* can be seen as the *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* of individual civil liability.

This was a preliminary reference case from Italy, where insurance companies had been sued for damages by Italian consumers for prohibited cartel behaviour

33 *Ibid*, para. 26, very close to the text of para. 33 of *Francovich*.

34 *Ibid*, para. 27 (emphasis added), another text that can be read in parallel to para. 34 of *Francovich*.

35 See Edward & Robinson, 1997: 341, referring to para. 12 of AG Tesouro’s Opinion in *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*. In that passage the AG had reached the conclusion that “*in so far as at least the principle of state liability is part of the tradition of all the legal systems, it must be able to be applied also where the unlawful conduct consists of an infringement of a [Union] provision*” (para. 13 of AG’s Opinion). The AG had started from the premise that the idea of state liability formed part of a more general principle of non-contractual liability (*neminem laedere*).

36 See also Drexler, 2003: 339.

37 See also De Smijter & O’Sullivan, 2006: 24, according to whom “*the judgment in Manfredi has now crystallised – and effectively harmonised – the law on a number of salient points*”.

previously condemned by the Italian competition authority. The Court of Justice was basically called to decide whether consumers enjoy a right to sue cartel members and claim damages for the harm suffered when there is a causal relationship between the agreement or concerted practice and the harm.³⁸

The Court, building on *Courage*, and after making it clear that the basis for individual civil liability deriving from a violation of Article 101 TFEU indeed lies in Union law, seems to follow former Advocate General Van Gerven's scheme of "constitutive", "executive" and simple "procedural" conditions of the EU law right to damages. Thus, the Court makes a fundamental distinction between the "existence" and "exercise" of the right to damages. That the "existence" of the right is a matter of EU law is obvious from the fact that the Court solemnly reiterated the most important pronouncements of *Courage*.³⁹ In this context, it is also clear that the Court proceeded to define, as a matter of EU law, what Walter Van Gerven calls "constitutive" conditions of the right to damages:

*"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 [101 TFEU]."*⁴⁰

In other words, the right to damages is open (a) to "*any individual*" as long as there is (b) "*harm*", (c) a competition law violation, and (d) a "*causal*

38 The Court was also called to decide (a) whether the starting time of the limitation period for bringing an action for damages is the day on which the agreement or concerted practice was put in effect or the day when it came to an end; (b) whether a national court should also of its own motion award punitive damages to the injured third party, in order to make the compensable amount higher than the advantage gained by the infringing party and discourage the adoption of agreements or concerted practices prohibited under Art. 101 TFEU; (c) whether the nullity of agreements contrary to Art. 101 TFEU can be relied upon by third parties; and (d) whether EU law is in conflict with a national rule which provides that plaintiffs must bring their actions for damages for infringement of EU and national competition rules before a court other than that which usually has jurisdiction in actions for damages of similar value, thereby involving a considerable increase in costs and time. Another preliminary question sent to Luxembourg in this case related to the applicability of EU law to the anti-competitive conduct.

39 *Manfredi*, *supra* note 15, paras 60, 61, 63, 89-91, citing paras 25-27 of *Courage*. In particular, para. 91 of *Manfredi*, quoting para. 27 of *Courage*, stresses that "*the existence of such a right strengthens the working of the [Union] competition rules and discourages agreements or practices, 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 [Union]*" (emphasis added).

40 *Ibid*, para. 61.

relationship” between that harm and that violation.⁴¹ In thus defining the EU law constitutive conditions of the right to damages, the Court has produced a broad rule of standing, which includes consumers and indirect purchasers, which means that national rules following more restrictive rules on standing are contrary to the constitutive conditions in EU law of the *Courage/Manfredi* right to damages.

To mark the distinction between the existence of the right and its constitutive conditions, governed by EU law, and its exercise and executive conditions, governed by national law, the Court stressed again that:

*“any individual ... can claim compensation for [harm causally related with an Article 101 TFEU violation, but] in the absence of [Union] rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to prescribe the detailed rules governing the exercise of that right, including those on the application of the concept of causal relationship’, provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed.”*⁴²

We submit that the Court refers here to the “executive” rules of the EU law right to damages. In Walter Van Gerven’s scheme these are separate from purely procedural rules, which are again a matter for national law. They are also subject to a higher standard of control under an “adequacy test”, rather than a mere “minimum effectiveness” or “non-impossibility” test, which may continue to apply for simple procedural rules.

Indeed, the Court in *Manfredi* makes a clear distinction in its analysis between specific questions pertaining to the causal relationship between harm and antitrust violation and the availability of punitive damages, both seen as “executive” conditions,⁴³ and questions on limitation of actions and competent national tribunals, both seen as “detailed procedural rules”. In addition, the Court seems to share the former Advocate General’s conviction

41 Compare also Case C-421/05, *City Motors Groep NV v. Citroën Belux NV*, [2007] ECR I-653, para. 33, which again refers to the constitutive conditions of the right to damages in the motor vehicle distribution context: “In the event of a breach by a supplier of the condition for application of the block exemption set out in Article 3(4) of Regulation No 1400/2002, the national court must be in a position to draw all the necessary inferences, in accordance with national law, concerning both the validity of the agreement at issue with regard to Article [101 TFEU] and compensation for any harm suffered by the distributor where there is a causal relationship between that harm and an agreement or practice prohibited under Article [101 TFEU]” (emphasis added).

42 *Manfredi*, *supra* note 15, paras 63-64, emphasis added.

43 *Ibid*, paras 64 and 92 *et seq*, as to causal relationship and punitive damages respectively.

that the former affect the very core of the exercise of Union law-based rights and should therefore be subject to a more stringent test concerning the EU law principle of effectiveness, while the latter can be subject to a more relaxed “non-impossibility” test. It is thus no surprise that in *Manfredi* the Court uses the “non-impossibility” language only in the context of mere procedural rules and not in the context of the “executive” conditions.⁴⁴ This means that questions such as causality, nature of harm and damages, and defences, which can be characterised as “executive” conditions, will be subject to a more demanding test of effectiveness/adequacy, while questions such as competence of courts, limitation periods and rules on proof, which are more “procedural” in nature, will be subject to a minimum effectiveness/non-practical impossibility test.

3. The Quest for EU Legislation: The Commission’s White Paper of 2008

It is only in the aftermath of the Court of Justice’s important pronouncements that the European Commission decided to go forward with the publication of its Green⁴⁵ and White⁴⁶ Papers in 2005 and 2008, respectively. These are both documents exploring the possibility and the need for a legislative measure at EU level, to enhance private antitrust enforcement.

The 2008 White Paper starts from the premise that the right to be compensated for harm caused by an antitrust violation is a right guaranteed by the Treaty itself, as the Court of Justice has stressed in *Courage* and *Manfredi*. The Commission is unequivocal: there are many references to “the establishment under [Union] law of a right to compensation”, derived “directly from [Union] law” and to the fact that “*this European law remedy can as such not be refuted or conditioned by national legislation of any kind*”.⁴⁷ There is also a clear distinction between the *existence* of the right, which is a matter of primary

44 Compare paras 64 and 92, which refer merely to effectiveness, with paras 71 and 78, which refer to effectiveness seen through the prism of “*rendering practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by [Union] law*”.

45 Commission Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2005) 672 final. The Green Paper is accompanied by a Staff Working Paper which sets out the various options more discursively: Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC (2005) 1732.

46 Commission White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, COM (2008) 165 final. The White Paper itself is a rather short document that in reality summarises the far more developed Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC (2008) 404.

47 Staff Working Paper, *supra* note 46, paras 308-309, emphasis added. See also section 1.1 of the White Paper.

EU law, and its *exercise*, which is determined by national law that the White Paper intends harmonising to a certain extent through secondary EU law.⁴⁸

A fundamental quality of the White Paper is that it codifies and restates the existing *acquis communautaire* involving most aspects of the right to damages for EU competition law violations. The *Courage* and *Manfredi* rulings are naturally prominent, but there are also references to case law that deals with many other questions of remedies and procedures available at national level for the enforcement of Union law. Notwithstanding this *acquis communautaire* and the EU law basis of the right to damages, the White Paper recognises that there are various national legal and procedural hurdles and that therefore there is a need for a strong set of legislative measures to enhance private actions for damages. EU measures, a Regulation and/or a Directive, and certainly a Commission Notice on the quantification of damages, are seen as desirable in order to achieve (i) an effective minimum protection of victims, (ii) a level-playing field and (iii) greater legal certainty. The Commission speaks in effect of a “*combination of measures at [Union] and national level*”.

The two basic objectives of damages actions, as perceived by the White Paper, are (a) full compensation for victims, which is presented as “*primary objective*” and (b) effectiveness of competition enforcement in Europe through increased deterrence, which presumably is seen as secondary objective.⁴⁹ The Commission also mentions as third objective the development of a competition culture among market participants and the increased awareness of the competition rules.⁵⁰

The main measures and policy choices that the Commission intends to pursue can be summarised as follows:

- standing to sue for damages is recognised for all persons harmed by an EU competition law violation, including competitors, direct and indirect purchasers, and of course consumers;
- direct purchasers, in particular, should be able to rely on the rebuttable presumption that the illegal overcharge was passed on to them in its entirety (“offensive passing-on”);

⁴⁸ Staff Working Paper, *supra* note 46, para. 309.

⁴⁹ This hierarchy may also explain the absence of proposals for more “aggressive” mechanisms, such as punitive damages. On the two objectives, see recently Nebbia, 2008.

⁵⁰ Staff Working Paper, *supra* note 46, paras 14-15.

- at the same time, it will be open to defendants to prove that the plaintiff (e.g. a direct purchaser) has passed the illegal overcharge on to his customers; in other words, defensive passing-on should be permitted;
- collective redress should be possible through (i) representative actions by consumer associations, state bodies or trade associations, that are officially certified in the Member States, and (ii) opt-in collective claims for consumers and businesses;
- plaintiffs' access to evidence held by defendants should be made easier; thus the White Paper proposes in effect a certain relaxation of the "fact-pleading" system and the introduction of some elements of "notice-pleading" under the control of the judge, whereby national courts should have the power to order the litigants or third parties to disclose specific categories of relevant evidence;
- final infringement decisions issued by the Commission and by national competition authorities or final judgments on judicial review should be binding on national courts throughout the EU in follow-on civil actions;
- once the infringement has been established, liability for damages will be objective (strict), unless the infringer demonstrates that there is a genuinely excusable error (bearing that burden of proof);
- full compensation should be available, covering not just actual losses, but also lost profits and interest;
- there should be no Union measure on punitive damages;
- the limitation period should not start to run before the day a continuous or repeated infringement ceases, or before the victim can reasonably be expected to have knowledge of the infringement and of the resulting harm;
- for follow-on claims, there should be a new limitation period running for at least two years after an infringement decision has become final;
- corporate statements by leniency applicants (including unsuccessful ones) should not be discoverable, even after the adoption of a final decision;
- the immunity recipient's civil liability should be limited to claims by his direct and indirect contractual partners.

4. The Residual Role of National Laws

As already stressed, private antitrust enforcement in Europe refers to litigation before the national courts of the Member States of the European

Union. This means that, notwithstanding some basic principles which primary EU law provides for, recourse has to be had to the national laws for all detailed legal questions. At the same time, national law must always be applied in conformity with EU law and must be subject to the EU principles of effectiveness and equivalence-equality.

It is fair to say that the national legislative and jurisprudential attitudes have changed over the last years. Thus, whereas until the 1990s few national competition laws expressly mentioned the possibility of private antitrust enforcement and damages actions in particular,⁵¹ the subsequent modernisation and decentralisation of EU competition law enforcement and the 2001 *Courage* ruling by the Court of Justice, led to important developments at national level. The UK and Germany completely overhauled their legislation and, among other reforms, introduced provisions aimed at enhancing private antitrust enforcement of national and EU competition law. Other recently amended or adopted national competition laws contained for the first time provisions on the availability of damages for violations of competition law. At the same time, there has been a recent surge of damages actions and awards.

To start with the UK, the Enterprise Act 2002 transformed the UK system from a purely administrative enforcement system to a hybrid one with the private and criminal enforcement limbs far more developed than anywhere else in Europe. Of particular interest for private enforcement, is the conferring on the UK Competition Appeal Tribunal (CAT) of jurisdiction to hear claims for damages in competition cases.⁵² This procedure is thought to make better use of existing judicial resources, thus reducing the costs for the parties. Damages claims before the CAT presuppose the establishing by either the OFT or the European Commission that an infringement of competition law has occurred.⁵³

51 S. 33 German Competition Act (GWB); s. 14(5)(b) Irish Competition Act of 2002; Art. 12(1)(b) Swiss Act on Cartels and Other Restraints of Competition (KartG) of 1995; Art. 33(1) Swedish Competition Act of 1993, as subsequently amended; Art. 18a Finnish Act on Competition Restrictions of 1992, as subsequently amended.

52 S. 47A UK Competition Act 1998, as subsequently amended.

53 The right to bring such a claim is without prejudice to the existing right to bring damages claims in the ordinary civil courts (i.e. in the Chancery Division of the High Court). It should also be mentioned that the CAT may at any stage of the proceedings, on the request of a party or of its own initiative, direct that a claim for damages be transferred to the Chancery Division of the High Court in England or the Court of Session in Scotland. See para. 48 Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003/1372; Rule 8.7 CPR Practice Direction 30 – Transfer. The recent consultation document of the UK Department for Business Innovation & Skills of April 2012 aims at expanding the role of the CAT and at turning it to a major venue for competition actions by making it possible for it to hear not just follow-on claims.

Such a finding of infringement is binding and cannot be re-litigated.⁵⁴ Such actions must be filed with the CAT within a period of two years, beginning at the time of the public enforcer's final infringement decision or on the date when the cause of action accrued.⁵⁵ In addition, UK law provides for the possibility for ordinary civil courts to transfer to the CAT competition issues arising in private civil actions.⁵⁶ Then, section 58A of the UK Competition Act aims at facilitating follow-on civil actions for damages brought before the ordinary civil courts. It provides that findings of infringement of UK or EU competition law by the OFT (or by the CAT on appeal) bind the courts deciding on follow-on civil claims for damages. The UK system provides for another novelty: Section 47B allows claims for damages brought on behalf of consumers by representative "specified" bodies. These are not meant as US-style class actions, and the claim must specify the consumers on whose behalf it is brought.⁵⁷

The latest amendment of the German Competition Act is another paradigm worth examining. German law has long-provided for antitrust damages actions, but the new section 33 GWB marks important progress, in that it provides a legal basis for damages claims for violation not only of German but also of EU competition law. The new provision also abandons the previous rather restrictive condition for standing, which was conferred only on persons within the "protective scope" of the statute, and stresses that any "*person affected*", including competitors and "*other market participants*" can sue for damages.⁵⁸ The law now also gives standing to associations for the promotion of commercial

54 A damages claim cannot be commenced while an infringement decision is on appeal or the time limit for the appeal has not yet expired, unless the CAT gives its permission (s. 47A(7), (8) UK Competition Act 1998, as subsequently amended). For recent cases on this point, see e.g. *Emerson Electric Co. et al. v. Morgan Crucible Company Ltd. et al.*, [2007] CAT 28; *Emerson Electric Co. et al. v. Morgan Crucible Company Ltd. et al.*, [2008] CAT 8; *BCL Old Co. Ltd. et al. v. BASF SE et al.*, [2009] CAT 29; *BCL Old Co. Ltd. et al. v. BASF SE et al.*, [2009] EWCA Civ 434.

55 S. 47A(7), (8) UK Competition Act 1998, as subsequently amended; para. 31 Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003/1372. See also Rayment, 2005: 129 *et seq.*

56 Para. 49 Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003/1372; Rule 8.3 Practice Direction – Transfer, supplementing CPR Part 30.

57 Para. 33 Competition Appeal Tribunal Rules 2003, SI 2003/1372. Collective claims can also be brought in England before the ordinary courts. Rules 19.6 to 19.15 Civil Procedure Rules (CPR) 1998, SI 1998/3132 distinguish, in particular, between representative claims and group litigation. See also CPR Practice Direction 19b– Group Litigation.

58 S. 33(1) GWB. See further Hempel, 2002: 38 *et seq.*; Miede, 2005: 18 *et seq.*; Bunte, 2006: 237 *et seq.*; Logemann, 2009: 222 *et seq.*

or independent professional interests, including consumer associations. In addition, the passing-on defence is restrained, though not completely banned.⁵⁹ Finally, German law goes even further than the UK law by conferring a binding effect not only on European Commission and *Bundeskartellamt*, but also on all other EU national competition authorities' infringement decisions. This binding effect is confined to follow-on civil litigation, basically aiming at offering incentives to claim damages from convicted cartellists.⁶⁰ Similar developments have taken place in other Member States, such as in Bulgaria, the Czech Republic, Denmark, Hungary, and Italy.

Finally, there is now a growing mass of national cases, including awards for damages, establishing national precedents and dealing not only with the fundamental questions of the existence of a remedy but also with the more specific conditions for the exercise of the right to damages. Interestingly, it is not the case that most private actions are follow-on actions. At least in terms of final judgments, empirical data shows that the proportion of follow-on to stand-alone claims is finely balanced. Indeed, in some Member States, stand-alone outnumber follow-on cases. For example, in Italy, in the twenty years between 1990 and 2010, out of a total of 91 private enforcement rulings, 69 were in stand-alone and 22 in follow-on cases.⁶¹

IV. SPECIFIC ISSUES

1. Standing and Passing-on

The fact that EU primary law in the post-*Courage/Manfredi* era itself defines the constitutive conditions of the right to damages, has profound consequences for very important questions such as the rules on standing and the linked question of the passing-on defence.

In *Courage*, the Court had no difficulty in finding that Article 101 TFEU not only protected third-party competitors, in that case third-party beer suppliers foreclosed by a specific network of exclusive beer supply agreements,

59 S. 33(3) GWB.

60 S. 33(4) GWB. See also Article 88/B(6) of the Hungarian Competition Act. Compare also Article 35(1) of the Greek Competition Act (Law 3959/2011), which provides that the judgments of the administrative courts reviewing the Hellenic Competition Commission's decisions – but not the decisions themselves – have the force of *erga omnes res judicata* before the civil courts.

61 See Carpagnano 2011: 290.

but could also be relied upon by “*any individual*”,⁶² including co-contracting parties, in that case tenants. *Manfredi*, as we developed above, built on *Courage* and defined in detail the EU law constitutive condition of standing, explicitly recognising that consumers enjoy standing to sue for harm caused to them by anti-competitive conduct.⁶³ So, as a matter of the Treaty itself, EU law has a broad rule of standing.

As to the passing-on defence, while EU law has generally not been very receptive, particularly in cases involving the restitution of unduly paid taxes and levies,⁶⁴ it cannot be said that it is prohibited as a matter of EU law or that the mere existence of such a defence runs counter to the principle of effectiveness. Unlike in the US, where the passing-on defence is expressly prohibited at federal level by the *Hanover Shoe* line of judgments,⁶⁵ the Court of Justice’s case law is more nuanced, preferring to refer to national law subject to the EU law limits of equivalence and effectiveness, while stressing that a general principle of prohibition of unjustified enrichment also exists under EU law.

Coming back to standing, many national laws in Europe contain restrictive rules on standing for competition law-related damages actions. In continental legal systems, the question of damages for competition law infringements has been more or less clear in jurisdictions following the unitary norm system of the French Civil Code (Article 1382), where the sweeping general nature of the national rule on civil liability allows for a liberal approach with regard to standing, but problems have existed in countries following the German doctrine of *Schutznorm*, where plaintiffs claiming damages have to belong to a group of persons whom the legislator intended to protect. In some other countries, notably Italy, the courts had difficulties in granting standing to certain persons, in particular consumers, because of a distinction made between subjective rights (*diritti soggettivi*) and lawful interests (*interessi legittimi*).

62 *Courage*, *supra* note 15, para. 26.

63 *Manfredi*, *supra* note 15, paras 60, 61, 63. Compare AG Mischo’s Opinion in *Courage*, para. 38, stressing that “*the individuals who can benefit from such protection are, of course, primarily third parties, that is to say consumers and competitors who are adversely affected by a prohibited agreement*” (emphasis added).

64 See Opinion of AG Tesouro in Joined Cases C-192/95 to C-218/95, *Société Comateb and Others v. Directeur Général des Douanes et Droits Indirects*, [1997] ECR I-165, para. 21.

65 *Hanover Shoe v. United Shoe Machines Corp.*, 392 US 481 (1968).

According to this approach, the competition rules protected only the latter and consumers could not avail themselves of this protective scope.⁶⁶

In Germany itself, until the latest amendment of the Competition Act, standing to sue for damages was conferred only on persons within the “protective scope” of the law. With regard to liability based on German competition law violations, the German courts tended to grant standing only to persons at whom the illegal activities were specifically directed.⁶⁷ For these reasons, as we already explained above, section 33(1) GWB, which now applies both to German and to EU competition law-based liability, relaxed the rules on standing by referring to “*affected persons*”, including competitors and “*other market participants*”. However, even under the more relaxed test, German courts have struggled with the question of standing because of the existence of a specific rule against the passing-on defence in the Competition Act (section 33(3) GWB). This rule led the courts to be rather reluctant to grant standing to indirect purchasers, bar some exceptional circumstances. The reason has invariably been the risk of unjust enrichment for claimants and multiple liability for defendants. The latter risk has actually led some German courts to innovative, if not impracticable, solutions, while attempting to reconcile the EU law requirements for a broad rule of standing with the German sensitivities. Thus, the Berlin Higher Regional Court, in the *Berliner Transportbeton* case,⁶⁸ recognised indirect purchaser standing, while eliminating the risk of multiple liability by considering direct and indirect purchasers as joint creditors (*Gesamtgläubiger*). The court, however, stopped short from providing a rule on contribution among the joint creditors.

In *Carbonless paper*, a claim for damages was brought against a member of a price-fixing cartel, following on from a 2001 decision by the Commission.⁶⁹ The Karlsruhe Higher Regional Court awarded damages to a savings bank acting on behalf of an indirect purchaser but, controversially, the judgment

66 Corte di Cassazione, 9.12.2002, n.° 17475, *Soc. Axa Assicurazioni v. Isvap and Larato*, 9 *Danno e Responsabilità* 390 (2003). Eventually, this ruling was reversed by the *Sezioni Unite* (a special chamber with an increased number of judges) of the Italian Supreme Court. See Corte di Cassazione, 4.2.2005, n.° 2207, *Compagnia Assicuratrice Unipol SpA v. Ricciarelli*, 11 *Danno e Responsabilità* 495 (2005).

67 See e.g. LG Mannheim, 11.7.2003, 7 O 326/02 (Kart) – *Vitaminkartell*, 106 GRUR 182 (2004); LG Mainz, 15.1.2004, 12 HK O 56/02 (Kart) – *Vitaminpreise*, 54 WuW 1179 (2004); LG Dortmund, 1.4.2004, 13 O 55/02 (Kart) – *Vitaminpreise*, 54 WuW 1182 (2004).

68 KG Berlin, 1.10.2009, 2 U 10/03 (Kart).

69 OLG Karlsruhe, 11.6.2010, 6 U 118/05 (Kart) (08).

strengthened the case of direct purchasers by restricting the passing-on defence. In so doing, it narrowed the chances for indirect claimants, as well as the circumstances under which they can seek redress. According to the court, such indirect purchasers can only pursue damages if they are customers of direct subsidiaries of the cartel members. However, this ruling was recently reversed by the German Supreme Court,⁷⁰ which held that indirect purchasers, who have acquired goods at an inflated price from a company which has itself been the victim of a price-fixing cartel, can bring damages claims against members of the cartel. At the same time, cartel members may invoke the passing-on defence, by pointing out that the claimant has passed on the overcharge to its customers and was therefore not exposed to the full “cost” of the cartel. In other words, the only meaning that can now be given to section 33(3) GWB is that, in principle, the passing-on defence is available, but the burden of proving the “passing on” of costs down the chain will have to be borne by the defendant.

In France, on the contrary, where standing has never been an issue, the courts fully recognise the passing-on defence. A 2010 ruling of the French Supreme Court actually reversed an appellate judgment for failure to assess whether the claimant had fully or partly passed on to its clients the overcharge resulting from the lysine cartel. Such passing-on would have amounted, according to the Supreme Court, to unjust enrichment. It is notable that the court’s judgment seems to place the burden of proof on the claimant and has been criticised for viewing the passing-on question only as a shield,⁷¹ unlike the 2008 Commission White Paper, which proposes the admissibility of the passing-on defence but stresses that the corresponding burden of proof must be borne by the defendant. This is not the first time that a French court admitted the passing-on defence. In the *Vitamins* litigation, the Nanterre and Paris Commercial Courts⁷² found that direct purchasers of vitamins passed or could have passed the cartel overcharge on to their customers. Of the two judgments, the first one received a lot of criticism because the court adduced that there was a pass-on from Commission statements that the cartel harmed consumers.

On the basis of the above, it is no surprise that the European Commission’s White Paper advocates a broad rule of standing, covering also indirect

70 BGH, 28.6.2011 – KZR 75/10.

71 Cass.Com., 15.6.2010, n.° 09-15816.

72 T.Com. Nanterre, 11.5.2006, n.° RG 2004F02643, *Arkopharma v. Roche and Hoffmann La Roche*; T.Com. Paris, 26.1.2007, n.° RG 2003/04804, *Laboratoires Juva v. Hoffmann La Roche et al.*, respectively.

purchasers. At the same time, the White Paper proposes the retention of the “passing-on defence”, presumably in order not to undermine its broad standing stance. Thus, in Europe, the solution will be the opposite from the US: both direct and indirect purchasers have standing to sue and at the same time the passing-on defence is available. Allowing the passing-on defence is a logical consequence of the broad rule of standing, otherwise, as the White Paper accepts, there would be a risk of unjust enrichment of those purchasers that passed on the illegal overcharge to their customers and of multiple compensation of the overcharge.⁷³ Finally, since difficulties also arise when the indirect purchaser invokes the passing-on of the illegal overcharge as a basis of his claim (“offensive passing-on”), the White Paper proposes the introduction of a rebuttable presumption that the overcharge has indeed been fully passed on to the plaintiff – indirect purchaser.

2. Causation

In *Manfredi*, the Court stated that it is for the legal system of each Member State to prescribe the detailed rules governing the existence of a causal link between an antitrust infringement and the harm suffered, provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed:

*“in the absence of [EU] rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to prescribe the detailed rules governing the exercise of [the] right [to damages], including those on the application of the concept of ‘causal relationship’, provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed.”*⁷⁴

It is worth-noting that in most of the cases where damages actions are brought before national courts, the plaintiff encounters grave problems in proving the causal link between the damage and the unlawful conduct. The most acute problem lies in determining lost profits (*lucrum cessans*), i.e. whether such losses are due to the anti-competitive practice or to external conjectural economic factors. Likewise, it is also difficult to prove causation in actions

⁷³ Staff Working Paper, *supra* note 46, para. 210. At the same time, the White Paper stresses that the standard of proof for the passing-on defence should not be lower than the claimant’s standard to prove the damage. Under this model, the plaintiff must prove that he has suffered loss, but it is open to the defendant to prove that the plaintiff mitigated the loss by passing on the whole or part of the overcharge to downstream purchasers.

⁷⁴ *Manfredi*, *supra* note 15, para. 64.

brought by consumers. This is so because the causal link between the anti-competitive conduct and the damage suffered by the end-consumer may be distant and tenuous.

National laws employ various notions in dealing with causation, but they all tend to produce similar outcomes. English law employs notions of foreseeability and remoteness and provides that the plaintiff bears the burden of proving that the defendant's unlawful conduct caused the harm and is the predominant cause of the plaintiff's loss. Other national laws follow similar notions, depending on the legal tradition to which they belong. By way of example, modern German civil law is based on three theories: the equivalent causation theory (*causa adeguata*) referring to the normal course of events, the adequate causation theory resembling the English foreseeability notion, and the theory of imputation, referring to the protective scope of the law (*Schutzzweck*).⁷⁵ According to the latter theory, in order to establish a causal link between the damage and the harmful event, one must refer to the purpose of the rule violated, and all possible consequences that are not covered by the protective scope of that rule must be eliminated.⁷⁶

In *Arkin*, a case concerning liner conferences and the alleged violation of Articles 101 and 102 TFEU, the English High Court found that the right test for causation was whether the breach of duty was the dominant or effective cause of the loss. On the basis of that test, the court was required to consider whether the claimant was the author of its own misfortune by seeking to stay in a loss-making market.⁷⁷ In the end, the court decided that the plaintiff's own irrational pricing policy was the predominant cause of his business failure. Thus, the conduct of a plaintiff who continues trading, although he knows that his business is evaporating, may take the form of contributory fault, break the chain of causation and thus exclude the defendant's liability.

In another case, a Swedish court struggled with establishing causation and quantifying harm caused by an exclusionary abuse.⁷⁸ In proceedings brought before the Stockholm District Court by competitors of VPC, the central securities depository in Sweden, the claimants argued that VPC's refusal to supply them with full CD-ROM copies of share registers constituted an abuse

⁷⁵ See *inter alia* Kremer, 2003: 220-221.

⁷⁶ See Mestmäcker, 2001: 235.

⁷⁷ *Arkin v. Borchard Lines Ltd. et al. (IV)* (QB (Com.Ct.)), [2003] EWHC 687.

⁷⁸ Stockholm District Court, 20.11.2008, Cases n.° T 32799-05 and T 34227-05.

of a dominant position and that VPC should be ordered to pay damages. The court agreed that VPC had abused its dominant position, but awarded damages for half of the amount claimed, since full proof had not been presented by the claimants with respect to the quantum of their damages. For example, in relation to rental and employee costs, the court considered that it could not be excluded that office space and staff could have been used by other parts of the claimants' business that were not affected by the abuse. Similarly, because the economy as a whole was in recession during the period when the abuse took place, the claimants were unable to precisely identify which part of the losses were the result of the defendant's abusive conduct, and which part was caused by the general economic downturn.

3. Characterisation of damages

In *Manfredi*, the Court of Justice made clear that victims of EU competition law infringements are entitled to full compensation of the harm they have suffered:

*“It follows from the principle of effectiveness and the right of any individual to seek compensation for loss caused by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition that injured persons must be able to seek compensation not only for actual loss (damnum emergens) but also for loss of profit (lucrum cessans) plus interest ... Total exclusion of loss of profit as a head of damage for which compensation may be awarded cannot be accepted in the case of a breach of Community law since, especially in the context of economic or commercial litigation, such a total exclusion of loss of profit would be such as to make reparation of damage practically impossible ... As to the payment of interest, ... an award made in accordance with the applicable national rules constitutes an essential component of compensation.”*⁷⁹

EU competition law does not, however, require national courts to award punitive damages, unless such damages may be awarded pursuant to similar actions founded on the basis of national law.⁸⁰

⁷⁹ *Manfredi*, *supra* note 15, paras 95-97. On the requirement to include compensatory interest in the damages award, see also paras 122-124 of the Commission's Staff Working Paper, *supra* note 46.

⁸⁰ *Manfredi*, *supra* note 15, para. 92. At the same time, the Court of Justice in *Manfredi* made clear that the EU could theoretically proceed to adopt legislation introducing punitive damages, if it so wished.

When the *Manfredi* ruling was referred back to the national court, the Justice of the Peace of a small Southern Italian city, followed an approach based on a mixture of equity and deterrence.⁸¹ This damages claim followed on from a 2000 decision by the Italian competition authority, which found that the members of a car insurance cartel had collectively raised their premiums by 20%. In that decision, the authority had used the “yardstick method” in calculating the cartel overcharge by comparing the prices in the cartelised Italian market with the average European prices in other European (non-cartelised) markets. In support of his damages claim, the claimant relied on that finding. The court, adjudicating on the basis of equity, considered that the Italian competition authority’s finding as to the 20% overcharge amounted to a “simple presumption” and that the defendant had failed to rebut it. The court went further than full compensation by awarding the claimant double damages in order to increase deterrence and to skim off the illegal profits made by the defendant as a result of the cartel.

On the other hand, in *Devenish*, the English High Court decided, as a preliminary issue, that the *non bis in idem* principle precludes an award of exemplary damages in a case in which the defendants have already been fined or are successful immunity recipients. At the same time, the court held that a restitutionary award, i.e. gain-based damages, was not available for competition law-based torts. The court also rejected the claim for an account of profits, which is a remedy aimed at stripping a wrongdoer’s profits.⁸² On appeal, the Court of Appeal upheld the judgment and did not consider that the principle of effectiveness of EU law dictated a different result.⁸³

4. Quantification of harm

In *Manfredi*, the Court of Justice held that

*“in the absence of [EU] rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to set the criteria for determining the extent of the damages, provided that the principles of equivalence and effectiveness are observed”.*⁸⁴

81 Giudice di Pace di Bitonto, 21.5.2007, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*.

82 *Devenish Nutrition Ltd et al. v. Sanofi-Aventis SA (France) et al.*, [2007] EWHC 2394 (ChD).

83 *Devenish Nutrition Ltd et al. v. Sanofi-Aventis SA (France) et al.*, [2008] EWCA Civ 1086.

84 *Manfredi*, *supra* note 15, para. 92.

A national court cannot therefore refuse to award damages simply because a claimant is unable sufficiently to quantify the amount of the harm it has suffered. In order to assist the Commission in the formulation of guidance to be provided to national courts on the quantification of damages, a study was commissioned and published on DG Competition's website in January 2010.⁸⁵ Then, in June 2011, the Commission held a public consultation and published a Draft Guidance Paper on quantifying harm in actions for damages based on breaches of the EU antitrust rules.⁸⁶

National courts have not very often reached the stage of quantifying the harm in private antitrust enforcement cases. There have been many cases which were settled.⁸⁷ At the same time, there are examples where the national courts established the liability but left the question of quantification of harm to be decided at a later stage, assuming that the parties would then conclude a settlement.⁸⁸

Claimants often find it difficult precisely to quantify the harm they have suffered as a result of an infringement of the EU competition rules due to a number of factors, including evidentiary burdens, lack of access to data, and/or the general difficulty in producing robust estimations of damage. This can be quite a demanding procedure, as both the 2009 Study and the 2011 Draft Guidance Paper show. It is necessary to rely on economic experts, but then again the whole exercise must be very rigorous and avoid being based only on theoretical models. These difficulties are exemplified in the Spanish *Antena 3* case, where the Madrid Court of First Instance partially accepted Antena 3's claims and awarded EUR 25 million in damages,⁸⁹ on the basis of an expert's report submitted by Antena 3. The judgment, however, was subsequently

85 Oxera, Komninos *et al.*, 2009.

86 DG-Competition Draft Guidance Paper, Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, Public Consultation, Brussels, June 2011.

87 For example, at least 4 cases brought before the UK Competition Appeal Tribunal under ss. 47A and 47B UK Competition Act 1998 have been settled: Case 1060/5/7/06, *Healthcare at Home v. Genzyme Ltd.*; Case 1078/7/9/07, *The Consumers Association v. JJB Sports plc*; Case 1088/5/7/07, *ME Burgess, JJ Burgess and SJ Burgess (trading as JJ Burgess & Sons) v. W Austin & Sons (Stevenage) Ltd. and Harwood Park Crematorium Ltd.*; Case 1108/5/7/08, *N J and D M Wilson v. Lancing College Ltd.*

88 Audiencia Provincial Girona, 16.4.2002.

89 Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, 11.11.2005, 36/2005.

overturned by the Madrid Court of Appeal,⁹⁰ because the Antena 3 experts' quantification of the damage was flawed. The court considered that Antena 3's loss of profit must be proved with rigour and that it was unacceptable to award damages where proof of such loss is based on a theoretical expert report that runs counter to reality.

Interestingly, there have been quite a few awards of damages in exclusionary conduct cases. This seems to contradict the commonly held view that it is easier to quantify the harm in exploitative (e.g. cartels) than in exclusionary cases. Nevertheless, difficulties remain with regard to compensation of lost profits. Thus, in *Verimedia*, a French case, a competitor sought damages following an exclusionary agreement.⁹¹ The claim followed on from a 1998 decision of the then French Competition Council, which found that the defendants had voluntarily delayed the communication of information to the claimant necessary for it to conduct its activities in the market for media services. In its claim, Verimedia sought to recover damages as a result of loss of clientele. The Versailles Court of Appeal considered that, while the claimant was entitled to recover damages as a result of its loss of clientele, the quantum of those damages should be reduced due to the claimant's lack of knowledge of the business area in which it was starting up, and the lack of precision of certain of its orders. The court therefore compensated the claimant only for the lost opportunity to penetrate the market more quickly. Moreover, the court rejected the claim for damage resulting from the difference between the claimant's expected business plan and its actual financial results, considering that since loss of clientele and the non-attainment of expected profits are one and the same loss, they can be compensated only once.

In *INAZ Paghe*, an Italian case, INAZ sought to recover damages for the harm suffered as a result of the National Association of Employment Consultants' collective boycott of its software packages.⁹² In its judgment, the Milan Court of Appeal awarded damages, after applying a "but for" test. But the court stopped there. While INAZ was able to show that, prior to the boycott, its business was growing at a rate of more than 10% per annum and

90 Audiencia Provincial Madrid, 18.12.2006; upheld by Tribunal Supremo, 14.4.2009. See further Hitchings, 2010: 29-31.

91 CA Versailles, 12ème Ch. Sect. 2, 24.6.2004, n.° 2/7434, *SA Verimedia v. SA Mediametrie, SA Secodip and GIE Audipub*.

92 Corte d'Appello di Milano, 10.12.2004, *INAZ Paghe srl v. Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro*.

that this increase had suddenly ceased at the time of the boycott, the court considered that it could not be sure that this growth would have continued at a similar rate.

An exclusionary case is also the first instance where a UK court granted damages. This was based on previous infringement decisions by the OFT in an abuse of dominance case concerning margin squeeze and rebates in the pharmaceutical sector. While the case was still pending before the CAT, the court awarded “interim damages” for an amount of £2 million.⁹³ That represented, in the court’s view, roughly 70% of the likely final damages award. The case was then settled and no final judgment was rendered.

In exploitative cases, mainly cartels, a first barrier to cross, in quantifying the harm, is to prove that the cartel actually produced an overcharge. Three recent cases in Germany discuss this question. In the *Vitamins* case, the Dortmund Regional Court applied the *prima facie* rule that a market price is generally lower than a cartel price.⁹⁴ In *Berliner Transportbeton*, the German Supreme Court (BGH), which was deciding on the appeals from the public enforcement decision of the *Bundeskartellamt*, stated that the longer is the cartel’s duration and the greater its geographic area, the higher should be the threshold for showing that a cartel did not accrue any economic benefit from its activity.⁹⁵ The court thus concluded that prices in the cartel were likely to be higher than in a competitive market. Then, on the civil side of this case, the Berlin Higher Regional Court⁹⁶ held that there is a *prima facie* evidence that any quota cartel has had an anticompetitive and thus a price-enhancing effect. Furthermore, the court held that it can be assumed that the agreement of setting up a cartel is typically put into practice by its members. In other words, in both of these questions the defendant carries the burden to prove the opposite.

The latter principle has drawn some criticism because it is possible that a cartel was ineffective and hence there was no overcharge. There may also be decisions by competition authorities concerning agreements that infringe Article 101 TFEU or equivalent national provisions “by object” but may have never been implemented. In these cases the overcharge may also be negligible

93 *Healthcare at Home Ltd. v. Genzyme Ltd.*, [2006] CAT 29.

94 LG Dortmund, 1.4.2004, O 55/ 02 (Kart).

95 BGH, 28.6.2005 – KRB 2/05.

96 KG, 1.10.2009, 2 U 10/03 (Kart.).

or zero.⁹⁷ Even on a cartelised market, price increases might also be explained by e.g. an unexpected increase in demand, as the Mannheim Regional Court has, indeed, pointed out in the *Carbonless paper* case.⁹⁸

5. Binding Effect of Infringement Decisions

Notwithstanding their substantive complementarity, private and public enforcement remain institutionally independent of each other.⁹⁹ The independence of the two models means that in principle there is no hierarchical relationship between them. Advocate General Mazák's Opinion in *Pfleiderer* makes this clear.¹⁰⁰ Indeed, introducing a rule of primacy would be problematic because it would undermine the role of courts as enforcers of equal standing. In the US, primacy of public over private antitrust enforcement and deference to the public enforcer has never been accepted by the courts as a valid principle.¹⁰¹

The fact that, in Europe, the Court of Justice appears to have entrusted the Commission with a certain primacy over national proceedings and courts, does not contradict the principle of independence.¹⁰² This "primacy" is not one of the Commission, as competition *authority*, over civil *courts*, but rather of the Commission, as *supranational* EU organ, over *national* courts.¹⁰³ In addition, this principle of supremacy does not mean that a national court is widely prevented from employing reasoning which could be inconsistent with that

⁹⁷ See Oxera, Komninos *et al.*, 2009: 88. This is also recognised by the Court of Justice in *Prym*, where it was held there can be no "presumption that the implementation of the cartel has created an effect on the market" and that "where the Commission considers it appropriate for the purposes of calculating the fine to take that optional element – the actual impact of the infringement on the market – into account, it cannot just put forward a mere presumption but (...) must provide specific, credible and adequate evidence with which to assess what actual influence the infringement may have had on competition in that market" (Case C-534/07 P, *William Prym GmbH & Co. KG v. Commission*, [2009] ECR I-7415, paras 80 and 82).

⁹⁸ LG Mannheim, 29.4.2005, 22 O 74/04 (Kart).

⁹⁹ See further Komninos, 2008: 15 *et seq.*

¹⁰⁰ *Pfleiderer*, *supra* note 16, para. 40 of the Opinion: "I consider that Regulation No 1/2003 and the case-law of the Court have not established any *de jure* hierarchy or order of priority between public enforcement of EU competition law and private actions for damages."

¹⁰¹ See Jones, 2003: 99.

¹⁰² Case C-344/98, *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [2000] ECR I-11369. Art. 16(1) of Regulation 1/2003 has adopted verbatim the *Masterfoods* case law and states that national courts "cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission" or which "would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated".

¹⁰³ See also Paulis & Gauer, 2003: 69.

used by the European Commission in a decision, *a fortiori* a decision which concerns different facts. Indeed, according to a more correct view, a real conflict between a Commission decision and a national court judgment would happen only if the latter were to prevent compliance by the addressee of a Commission decision with the operative part of that decision. The 2008 FIDE Community report expresses this rationale in the following terms:

*“The Commission’s reasoning leading it to a particular decision, including its interpretation of Article [101] or Article [102] and its findings of fact, are clearly not ‘binding’ as such. The addition to the Community legal order that Commission decisions represent is not a particular interpretation of Article [101] or Article [102], or its findings of fact. It is in the operative part of the decision that specific provisions are found, creating legal effects: the obligation to pay a fine, the duty to conform to an order to cease certain behaviour or to take certain positive action. This is the part of the decision that becomes part of [Union] law and is vested with supremacy as long as the decision stands.”*¹⁰⁴

Thus, a nuanced principle of supremacy does not call into question the principle of independence of private vis-à-vis public antitrust enforcement, precisely because of the specific characteristics of EU law and its supranational nature.

However, the reality is that some national laws (a minority among the 27 Member States) have introduced specific provisions on the binding effect of national (or EU) infringement decisions on civil follow-on damages litigation. At the same time, the introduction of such a binding effect is also one of the proposals of the Commission’s White Paper.¹⁰⁵

Conferring a general binding effect on all administrative agency findings would unsettle the fine relationship and balance between private and public enforcement. Aside from concerns over separation of powers and judicial independence, an unqualified binding effect would essentially subjugate private to public enforcement; it would also withdraw from the ambit of national civil courts a substantial part of the competition law disputes, in particular those referring to the infringement of the antitrust norm, thus undermining the role of courts as enforcers of equal standing. Allowing the courts to be fully involved in the application of substantive competition law would enrich

¹⁰⁴ Gippini-Fournier, 2008: 471. See also Komninos, 2007: 1397 *et seq.*

¹⁰⁵ Staff Working Paper, *supra* note 46, para. 143 *et seq.*

national litigation and national courts would remain active players in the application and enforcement of the Treaty competition rules and would not turned to mere assessors of damages.

It may also make life a bit more difficult for competition authorities, which might feel restrained in their action, if they knew that they decide not only for themselves and the administrative proceedings, but also for the judge and the civil proceeding. For example, an authority might shy away from including broad statements in its decisions about harm to the economy caused by a specific cartel, which may be a good practice in term of advocacy and raising consumers' awareness, for fear that such statements might be "interpreted" as a binding calculation of the damage caused to specific claimants in a follow-on civil proceeding.

For this reason, a more nuanced approach should be followed in interpreting rules on supremacy or binding effect, and the limited national case law supports this. Thus, in *Crehan*,¹⁰⁶ a case decided on appeal from the High Court,¹⁰⁷ the English Court of Appeal was confronted with the effect that past European Commission decisions had on a civil case where the facts were *similar* but not *identical*. The Commission in its past decisions, which were considered to be relevant to the facts of the civil case at hand, had found that the cumulative networks of the lease agreements between certain beer suppliers and pub tenants contributed to the foreclosure of the UK on-trade beer market, thus falling foul of Article 101(1) TFEU. In *Crehan* the English courts had to identify whether the cumulative effect of several similar networks of beer distribution agreements foreclosed the UK market. The Court of Appeal reversed the High Court findings that a beer tie imposed on a pub tenant had not infringed Article 101 TFEU and held that the High Court judge should have followed the European Commission's findings in similar cases. It was the first time that the English Court of Appeal had awarded damages for breach of competition law.

This was not, however, the last episode and the then House of Lords overturned the Court of Appeal and found that the High Court judgment should be restored.¹⁰⁸ The House of Lords referred to the Court of Justice case law on conflicts between decisions of the Commission and national courts

106 *Bernard Crehan v. Inntrepreneur Pub Co. CPC* (CA), [2004] EWCA Civ 637.

107 *Crehan v. Inntrepreneur Pub Company et al.* (Ch.D), [2003] EWHC 1510.

108 *Inntrepreneur Pub Company (CPC) et al. v. Crehan* (HL), [2006] UKHL 38.

and followed a narrower concept of conflict, holding that there was no conflict between the Commission decisions and the High Court's finding that the agreements did not infringe Article 101(1) TFEU. According to the House of Lords, whilst the court should respect the Commission's expert analysis, Commission decisions are ultimately only part of the admissible evidence which the court must take into account. In other words, a national court is not required to accord full deference to the reasoning of past Commission decisions but is merely precluded from reaching a different result than the Commission in the operative part of a specific decision which essentially deals with the same case.¹⁰⁹

Similar is the recent *Enron* case, where the UK Office of Rail Regulation had found that EWS was in breach of Article 102 TFEU for abusing its dominant position, by charging Enron discriminatory prices for access to its rail freight services without having any objective justification. In a follow-on action, the CAT held that there was no liability in damages for lack of causation.¹¹⁰ On appeal, the English Court of Appeal ruled that tribunals overseeing damage claims are bound by the facts contained in an antitrust decision, but stressed that these have to be clear statements and not "*stray phrases*".¹¹¹ In that case, the courts accepted that they were bound by the regulator's findings with regard to antitrust liability but that the question of civil liability was open.

6. Collective Claims – Class Actions

The introduction of US-style class actions does not find favour in Europe and has been one of the main points of controversy around the European Commission's legislative proposals in this area. At the same time, some Member States recognise the need for the law to make possible a degree

109 See Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, OJ [2004] C 101/54, para. 8, emphasis added, which states that "*the application of Articles [101] and [102] TFEU by the Commission in a specific case binds the national courts when they apply [EU] competition rules in the same case in parallel with or subsequent to the Commission*". The same view is expressed in the Commission's article-by-article Explanatory Memorandum to the 2000 draft of Regulation 1/2003, under Art. 16, "*the potential for conflict depends on the operative part of the Commission decision and the facts on which it is based*" (Commission Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87 ("Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty"), COM(2000) 582 final, OJ [2000] C 365E/284). See also Dalheimer, 2005: 120; Klees, 2005: 300-301.

110 *Enron Coal Services Ltd. v. English Welsh & Scottish Railway Ltd.*, [2009] CAT 36.

111 *Enron Coal Services Ltd. v. English Welsh & Scottish Railway Ltd.*, [2011] EWCA Civ 2.

of aggregation of claims and have recently introduced legislation providing for opt-in class action possibilities. However, most Member States still lack specific legislative bases for such types of collective claims.

In the UK, parties have tried, at times successfully,¹¹² to rely on existing civil procedural mechanisms, such as the Group Litigation Orders (GLOs). GLOs are most often used in mass tort personal injury cases and financial loss cases and are an “opt in procedure” publicised through the England and Wales Law Society. Then, recently, the English Court of Appeal rejected the attempt to use Rule 19.6 of the English Civil Procedure Rules to claim damages on behalf of all direct and indirect purchasers of air freight services from BA, without having identified and requested consent from all affected parties. Rule 19.6 allows representative actions where the party bringing the claim and each party in the represented class, has the “*same interest*” in the claim, but the court thought that the claimants were abusing the law and attempting to introduce from the back door an opt-out class action model.¹¹³

The absence of class actions and collective relief at EU or national level has not, however, stood in the way of claimants joining their claims in national proceedings, using various mechanisms that the national laws allow for. Thus, a mechanism which has successfully been used to aggregate claims is the CDC model, where a specific business organisation (CDC) acquires the claims by customers of cartel members and then brings a bundled claim in its own name and on its own account. At the same time, CDC ensures that a part of the damages recovered will be transferred to the cartel victims. This model has attracted criticism, yet national courts, such as the Higher Regional Court of Düsseldorf, have considered it legal and the corresponding bundled claims admissible.¹¹⁴ Then, in Slovenia, in 2010, a civil society was created to seek damages for some 75, 000 Slovenian households from five electricity distributors that were condemned by the national competition authority for a violation of the competition rules, because they had simultaneously announced an increase in retail electricity prices for households.¹¹⁵ Similarly,

112 See Holmes, *e-Competitions*, No. 36124, www.concurrences.com.

113 *Emerald Supplies Ltd. and Southern Glass House Produce Ltd. v. British Airways plc*, [2010] EWCA Civ 1284.

114 OLG Düsseldorf, 14.5.2008, VI U 14/07 (Kart).

115 In that case, the electricity distributors were given a notice for voluntary repayment of the overcharge and, eventually, the Slovenian consumers were given credit notes corresponding to the overcharge that each household had paid.

claimants have used “special purpose vehicles” to bring collective claims in the Netherlands.

The absence of collective relief mechanisms has led the Commission to propose EU measures in that area, which has raised many reactions. The proposal is cautious: no opt-out class actions are envisaged. Indeed, the White Paper itself conspicuously avoids using the term “class actions”, even in their opt-in form, because of the negative connotations of that term for Europeans.¹¹⁶ Instead, it speaks of “representative” and “collective” actions. “Representative actions”, on the one hand, are brought by qualified entities, in particular consumer associations but also trade associations, that are either (a) officially designated in advance by Member States to bring representative actions for damages on behalf of identified or identifiable victims, or (b) certified on an *ad hoc* basis by the public authorities of a Member State for a particular antitrust infringement.¹¹⁷ According to the Commission,

“a representative action for damages is an action brought by a natural or legal person on behalf of two or more individuals or businesses who are not themselves party to the action, and aimed at obtaining damages for the individual harm caused to the interests of all those represented (and not to the representative entity)”.¹¹⁸

“Collective actions”, on the other hand, are opt-in mechanisms whereby the victims expressly decide to combine their individual claims in one single action. The White Paper sees such actions as quite attractive in terms of a cost-benefit analysis, since it allows the victims to share the costs but be compensated for the integral part of their harm. Both representative and collective actions would be mutually complementary means of collective redress.¹¹⁹

116 In US class actions, one or more persons belonging to a broad class of persons that have been harmed by anti-competitive practices bring an action on behalf of the unidentified class of persons, although the former might not have asked for the permission of those persons individually. An injured party is thus assumed to be included in the class unless he chooses not to be (opt-out). The judgment, however, has *res judicata* effect for all members of the class, even for those who did not take part in the process, after some formalities are seen to.

117 In the latter case, the White Paper advocates a cautious approach: certification should be limited to entities whose primary task is to protect the defined interests of their members, other than by pursuing damages claims and which give sufficient assurance that abusive litigation is avoided (Staff Working Paper, *supra* note 46, para. 53).

118 *Ibid*, para. 49.

119 *Ibid*, para. 60.

7. Access to evidence

Civil antitrust litigation in Europe is based on the adversarial system. This means that civil courts rely on the information provided by the parties. In principle, there is no provision in EU law which requires national courts to undertake an investigation of their own motion for the purpose of obtaining the legal and factual elements necessary to assess the legality of certain conduct with EU law, where they do not have such elements available to them. The powers of the national courts are determined rather by national procedural law, and civil law is characterised by the principle that it is for the parties to take the initiative to submit all relevant facts on which the court must then base its decision.¹²⁰

At the same time, as far as access to evidence is concerned, there are fundamental differences between common law (in particular the US) and civil law systems.¹²¹ In common law jurisdictions based on “notice pleading”, discovery is much more substantial. There, the plaintiff must only give the defendant notice of the nature of his claim and this will be enough for the former to request discovery. In civil law jurisdictions (this is also the case in English law), on the other hand, civil procedure is based on the system of “fact pleading”, which means that parties must set out in reasonable detail the relevant facts of their case and describe the specific evidence to be offered in support of their allegations. There is generally no pre-trial discovery and the most a plaintiff can hope to attain is to persuade the court to order the production of certain evidence.

However, this does not mean that the EU principle of effectiveness may not impose on national judges a more pro-active attitude in appropriate cases. Indeed, the Court of Justice has recognised that national courts may be under a duty to examine, even of their own motion, the compatibility of certain behaviour with EU law.¹²² Then, unduly restrictive national rules of evidence can always be set aside by EU law, if they make the exercise of EU rights practically impossible or excessively difficult. There is a long line of case law dealing with this matter in particular in the broad area of repayment by the State of charges levied in breach of Union law. Thus, presumptions or rules of

120 Case C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider*, Opinion of AG Trstenjak, not yet reported, para. 110.

121 See Riley, 2005: 383-384.

122 See generally Komninos, 2008: 221-225, with references to EU case law.

evidence intended to place upon the taxpayer the burden of establishing that the charges unduly paid have not been passed on to other persons or special limitations concerning the form of the evidence to be adduced, such as the exclusion of any kind of evidence other than documentary evidence, have been considered incompatible with EU law.¹²³ The Court of Justice has also held that national rules on the burden of proof in Article 102 TFEU cases cannot render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by that provision.¹²⁴

In addition, the principle of effectiveness of EU law may go as far as imposing on national courts a pro-active use of all procedures available to them under national law, including that of ordering necessary measures of inquiry, in particular the production by one of the parties or a third party of a particular document.¹²⁵

In that context, one of the most groundbreaking proposals of the European Commission's White Paper is to give the courts increased powers to order disclosure. The White Paper stresses that competition cases are particularly fact-intensive and that they are characterised by "*a very asymmetric distribution of the available information and the necessary evidence: it is often very difficult for claimants to produce the required evidence, since many of the relevant facts are in the possession of the defendant or of third persons and are often not known to claimants in sufficient detail*".¹²⁶ For those reasons, the White Paper in effect proposes a certain departure from the "fact pleading" system and advocates a greater role for the courts to order the defendant to reveal the evidence in his possession, including "*categories of relevant evidence*", which is essential for the plaintiffs to prove their case for damages. The conditions for a disclosure order are that the plaintiff has:

123 See e.g. Case 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio*, [1983] ECR 3595 para. 14; Case C-343/96, *Dilexport Srl v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, [1999] ECR I-579, para. 48.

124 Case C-242/95, *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner*, [1997] ECR I-4349, paras 22-27; Case C-340/99, *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA et al.*, [2001] ECR I-4109, para. 60. See also Joined Cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93, *Bristol-Myers Squibb et al. v. Paranova A/S*, [1996] ECR I-3457, Opinion of AG Jacobs, paras 102-103; Case C-276/01, *Proceedings against Joachim Steffensen*, [2003] ECR I-3735, paras 62-63.

125 Case C-526/04, *Laboratoires Boiron SA v. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon*, [2006] ECR I-7529, para. 55.

126 Staff Working Paper, *supra* note 46, paras 65-66.

- presented all the facts and means of evidence that are reasonably available to him, provided that these show plausible grounds to suspect that he suffered harm as a result of an infringement of competition rules by the defendant;
- shown to the satisfaction of the court that he is unable, applying all efforts that can reasonably be expected, otherwise to produce the requested evidence;
- specified sufficiently precise categories of evidence to be disclosed; and
- satisfied the court that the envisaged disclosure measure is both relevant to the case and necessary and proportionate.

In addition, discovery should exceptionally be ordered not only *inter partes* but also against third parties under a more stringent test of proportionality and only if the information is not available from the litigants.¹²⁷

Although the White Paper is eager to present the proposals as part of the “fact pleading” system, it is fair to say that these specific measures constitute in effect the introduction of some elements of “notice pleading”, under the control of the courts, which will have a margin of appreciation and will have the duty to verify, even *ex officio*, whether the envisaged discovery is relevant to the case as well as necessary and proportionate.¹²⁸

8. Private Actions and the Leniency Programme: The Problem of Discovery of Corporate Statements

A serious question that has recently tarnished EU competition law enforcement is the discoverability in civil proceedings for damages of corporate statements, i.e. of statements submitted to the Commission in the context of a leniency application.¹²⁹

First, private litigants have sought discovery of such corporate statements in US courts.¹³⁰ The problem was that since leniency applicants had to produce written corporate statements for the Commission, such documents fell under Rule 26 of the US Federal Rules of Civil Procedure and were thus fully

¹²⁷ *Ibid*, paras 122-124.

¹²⁸ *Ibid*, para. 107. The White Paper also takes into account the necessity to allow some degree of protection to business secrets and other confidential information. The courts should therefore balance the above against the victims’ right to be compensated under a proportionality test (*ibid*, para. 116).

¹²⁹ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (Leniency Notice), OJ [2006] C 298/17.

¹³⁰ See generally Petrasincu, 2011: 361 *et seq.*

discoverable. The Commission viewed this as a serious risk for the effectiveness of its leniency programme and, as a result, introduced the possibility to make oral statements.¹³¹ Such oral statements made by leniency applicants are routinely recorded by the Commission, transcribed and signed by the leniency applicants. They are intended to be short and exclude business secrets and confidential information, to avoid the need for editing.

Then, claimants have sought to obtain such information directly from the Commission or from the national competition authorities. As far as the former is concerned, under Article 27(2) of Regulation 1/2003 and Article 15(1) of Regulation 773/2004,¹³² the Commission is required to grant access to the file only to the parties to whom it has addressed a Statement of Objections. Neither Regulation 1/2003 nor Regulation 773/2004 therefore foresees a general right of access to the Commission's file for third parties. However, third parties, in particular claimants, have attempted to obtain access to certain information in a Commission file under the general right of public access to documents of the European institutions, established by Regulation 1049/2001.¹³³ That Regulation provides that, subject to certain exceptions, any EU citizen or natural or legal person residing, or having its registered office, in a Member State, has a right of access to documents drawn up/received by/in the possession of the Commission.

Moreover, according to Article 4 of the Regulation, access may be refused by the Commission only where disclosure would undermine the protection of

- the public interest as public security, defence and military matters, international relations and the financial, monetary or economic policy of the Union or a Member State (Article 4(1)(a));
- privacy and the integrity of the individual, in particular in accordance with EU legislation regarding the protection of personal data (Article 4(1)(b));
- commercial interests, including intellectual property (Article 4(2), first indent);
- court proceedings and legal advice (Article 4(2), second indent);

¹³¹ Leniency Notice, *supra* note 129, para. 32.

¹³² Commission Regulation 773/2004/EC of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ [2004] L 123/18, as amended by Commission Regulation 1792/2006 of 23 October 2006, OJ [2006] L 362/1, and by Commission Regulation 622/2008 of 30 June 2008, OJ [2008] L 171/3.

¹³³ Regulation 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, OJ [2001] L 145/43.

- the purpose of inspections, investigations and audits (Article 4(2), third indent); and
- the institution's decision-making process (Article 4(3)).

In that regard, the Commission has sought to resist disclosure of information contained in its case files in competition cases, particularly of leniency-related documents, under Article 4(2), third indent of Regulation 1049/2001. However, the case law of the EU courts has not always been favourable to it,¹³⁴ suggesting that once a decision is adopted, or even before the adoption of the decision but well after the investigative stage, the Commission may have to grant access to leniency-related or other documents.

Most recently, the General Court decided that the Commission had wrongly refused to disclose the cartel investigation's index of contents to the Cartel Damage Claims (CDC) group, which specialises in conducting damage claim lawsuits against cartel members in Europe.¹³⁵ The Commission's approach was that some information contained in the statement of contents, taken together with other information revealed in the non-confidential version of the decision, could lead undertakings damaged by the cartel to consider that certain documents listed in the statement of contents might contain further incriminating evidence and therefore, to bring actions for damages. The Court, however, did not use the same angle, to look at the matter:

“[E]ven if the fact that actions for damages were brought against a company could undoubtedly cause high costs to be incurred, even if only in terms of legal costs, and even if the actions were subsequently dismissed as unfounded, the fact remains that the interest of a company which took part in a cartel in avoiding such actions cannot be regarded as a commercial interest and, in any event, does not constitute an interest deserving of protection, having regard, in particular, to the fact that any individual has the right to claim damages for loss caused to him by conduct which is liable to restrict or distort competition.”¹³⁶

¹³⁴ Case T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation v. Commission*, [2005] ECR II-1121, para. 65 *et seq.*; Case T-403/05, *MyTravel Group plc v. Commission*, [2008] ECR II-2027, paras 71 and 72; Joined Cases T-391/03 and T-70/04, *Yves Franchet and Daniel Byk v. Commission*, [2006] ECR II-2023, para. 105.

¹³⁵ See above.

¹³⁶ Case T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims v. Commission*, Judgment of 15 December 2011, not yet reported, para. 49, with references to *Courage* and *Manfredi*.

The tension between private antitrust enforcement and the effectiveness of leniency programmes was eventually addressed by the recent *Pfleiderer* ruling of the Court of Justice.¹³⁷ The Court offered the Commission and national competition authorities support in their approach to resist or limit access to such evidence by civil claimants, when the effectiveness of their leniency programmes is at stake. But, at the same time, the Court did not give a ready-to-use solution to follow in the balancing of the two objectives at stake. According to the Court of Justice, only the EU legislator could do this.

In the specific case, the *Bundeskartellamt* had imposed fines on the three largest European producers of decor paper and on five individuals personally responsible for price-fixing agreements and agreements on capacity closure. *Pfleiderer*, a purchaser of decor paper, brought an action for damages against the producers of decor paper, from which it stated it had purchased goods. In order to prepare for the civil proceedings, it applied to the *Bundeskartellamt* for comprehensive access to the files relating to the cartel proceedings. After *Pfleiderer* received a version of the three decisions imposing fines, from which identifying information had been removed, and a list indicating the evidence collected in a search, it expressly requested, by way of a second application, access also to the leniency applications, the documents voluntarily transmitted by the immunity recipients and the evidence collected. The authority informed the claimant that it intended to accede to that request only in part and to limit access to the file to a version from which confidential business information, internal documents, the corporate statements themselves and documents provided by the applicants had been removed. On appeal, the referring court sent a number of questions to the Court of Justice, having essentially to do with the broader question of providing access to leniency-related documents by claimants in follow-on civil proceedings.

The Court of Justice, reminded, first of all, that neither the EU Leniency Notice, nor the ECN Notice,¹³⁸ nor the ECN Model Leniency Programme¹³⁹ bind the authorities and courts of the Member States, due to their soft law nature.¹⁴⁰ Then, the Court, preferred to give a judgment of principle and not to offer a list of discoverable and non-discoverable evidence, as Advocate

¹³⁷ *Pfleiderer*, *supra* note 16.

¹³⁸ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ [2004] C 101/43.

¹³⁹ http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

¹⁴⁰ *Pfleiderer*, *supra* note 16, paras 21-23.

General Mazák had proposed in his Opinion.¹⁴¹ Since this was a matter, for which no Union legislation was in existence, it fell under the competence of the Member States. Therefore, the Court probably felt that it was impossible or – at least – inelegant for itself to arrive at a specific rule of discoverability. Its reliance, however, on the general principle of effectiveness¹⁴² leaves no doubts:

“[L]eniency programmes are useful tools if efforts to uncover and bring to an end infringements of competition rules are to be effective and serve, therefore, the objective of effective application of Articles 101 TFEU and 102 TFEU. The effectiveness of those programmes could, however, be compromised if documents relating to a leniency procedure were disclosed to persons wishing to bring an action for damages ... [Therefore,] [t]he view can reasonably be taken that a person involved in an infringement of competition law, faced with the possibility of such disclosure, would be deterred from taking the opportunity offered by such leniency programmes, particularly when, pursuant to Articles 11 and 12 of Regulation No 1/2003, the Commission and the national competition authorities might exchange information which that person has voluntarily provided.”¹⁴³

Then, after repeating the *Courage* and *Manfredi* well-known text as to the important role of private antitrust enforcement in Europe,¹⁴⁴ the Court ruled that a balancing exercise is here necessary. This should be conducted by the national courts only on an *ad hoc* basis, taking into account the above principles and the overall circumstances of each case. This is what happened before the referring court. The Bonn District Court granted access to a non-confidential version of the file, with the exception of internal records and the corporate statements made by the leniency applicants. The court stressed the significance of the leniency programme and the risks for its effectiveness, if access was granted to corporate statements. This was so because the attractiveness of leniency programmes would suffer considerably if potential leniency applicants had to fear the disclosure of corporate statements to third parties who claimed to have suffered damages. The court also stressed that the *Bundeskartellamt*

141 AG Mazák proposed that a distinction be made between the corporate statements themselves, which are put together for the specific purpose of the leniency application and should not be discoverable, and “all other pre-existing documents submitted by a leniency applicant in the course of a leniency procedure”, which should be discoverable (Opinion, paras 43-47).

142 *Pfleiderer*, *supra* note 16, para. 24.

143 *Ibid*, paras 25-27.

144 *Ibid*, paras 28-29.

had a duty to protect the leniency applicants' legitimate expectations that the information provided in the corporate statements is highly confidential.

As a result of these tribulations, the European Commission seems set to propose EU legislation to deal with the specific question of the protection of leniency-related materials from being disclosed in civil proceedings for damages. Such legislative proposals should be expected within 2012.

Apart from cartel proceedings, where disclosure is usually targeted at leniency-related documents, recently plaintiffs have also sought to obtain access to documents held by competition authorities in non-cartel cases. For example, *Ma Liste de Courses (MLDC)*, an online discount coupon processor had initially submitted a complaint before the French Competition Authority against two rival companies, HighCo and Sogec, for setting a standard for online coupons without consulting other companies, such as MLDC. The *Autorité* decided to accept commitments offered by the two undertakings, to remove competition concerns, however, MLDC subsequently introduced an action for damages for the harm it had suffered during the period the allegedly anti-competitive conduct was at place. In so doing, MLDC sought non-confidential versions of all written and oral statements gathered by the national authority during its investigation, including the parties' and third parties' written observations, minutes of hearings, replies to questionnaires and several other documents on the administrative file. The French court decided that disclosure was justified, bearing in mind that the plaintiff only sought access to non-confidential versions of such documents.¹⁴⁵ This is an interesting case showing that claimants may be more successful in their requests for discovery in cases not involving a cartel leniency programme. Indeed, it may be argued that the public policy concerns to resist such disclosure recedes in cases of commitments decisions which, in terms of competition enforcement, do not mean as much as the leniency programmes.¹⁴⁶

9. Co-operation with the Commission

Regulation 1/2003 establishes a number of mechanisms of cooperation between national courts and the Commission. These are built on the principle

145 T.Com. Paris, 24.8.2011, n.° RG 2011014911, *SAS Ma liste de courses v. Ste HighCo 3.0 et al.*

146 For the converse case, where the plaintiff objects to the defendants' use of documents from the administrative file in a civil follow-on proceeding for damages, see T.Com. Paris, 8.11.2011, n.° RG 2010073867, *SAS Outremer Telecom v. SA Orange Caraïbe and SA France Telecom.*

of loyal cooperation contained in Article 4(3) TEU and aim to promote the coherent application of the EU competition rules. The Commission has also issued a Notice on cooperation with national courts.¹⁴⁷ The mechanisms of cooperation provided for in Regulation 1/2003 and expounded in the Cooperation Notice are uniformly available to all national courts around the EU. They are thus no longer dependent on national procedural laws or practices. Furthermore, Regulation 1/2003 is directly effective and does not require any implementing measures in the national legal orders.¹⁴⁸

The basic measures of dialogue and co-operation that the new modernised EU framework has put in place are (a) the right of the national courts to seek the European Commission's opinion, (b) the duty of the European Commission to transmit information to national courts, and (c) the *amicus curiae* mechanism.

Thus, when called upon to apply the EU competition rules to a case pending before it, a national court may first seek guidance in the case law of the EU courts or in Commission regulations, decisions, notices and guidelines applying Articles 101 and 102 TFEU. Where these tools do not offer sufficient guidance, the national court may also ask the Commission for its opinion on questions concerning the application of the EU competition rules. It may do so in writing or electronically.

As of 31 March 2009, the Commission had issued opinions on 18 occasions¹⁴⁹ and the Report on the Functioning of Regulation 1/2003 provides a description of the issues covered by some of these opinions.¹⁵⁰ The Commission has also published four examples of opinions given on the website of the Directorate General for Competition.¹⁵¹ The few cases that have become public so far show that the co-operation has been a success. As the Commission had promised when it set this mechanism in motion in 2004, it has always limited itself to providing the national court with the factual information or the economic

147 *Supra* note 109.

148 See among others Hirsch, 2003: 241; Wils, 2004:12.

149 Five to Belgium courts, nine to Spanish courts, one to a Lithuanian court, one to a Dutch court and two to Swedish courts.

150 Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003 (SEC(2009) 574 final, 29.4.2009), paras 278 to 281.

151 http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html#opinion.

or legal clarification asked for, without considering the merits of the case pending before it.

In order to maintain its own independence, the Commission does not hear any of the parties before giving its opinion to the national court. Moreover, the Commission informs the national court if it has been contacted by any of the parties in the case pending before the court on issues which are raised before the national court, independently of whether these contacts took place before or after the national court's request for cooperation.¹⁵² The co-operation procedure may raise certain concerns relating to due process, since the Commission's opinion will be transmitted without the parties being heard,¹⁵³ and the court might follow it without giving the parties an effective opportunity to contradict it. However, as the rules stand, the Commission is not under an obligation to communicate its submissions to the parties, or to base them on the evidence before the court.¹⁵⁴

As for the duty of the European Commission to transmit information to national courts, under Article 15(1) of Regulation 1/2003, a national court may ask the Commission (a) for documents in its possession, (b) for information of a procedural nature to enable it to discover whether a case is pending before the Commission, whether the Commission has initiated a procedure or whether it has already taken a position, and (c) when the Commission is likely to take a decision so as to be able to determine whether to stay proceedings or whether interim measures should be adopted. There are, however, certain limits to the co-operation procedure between the Commission and national courts.

One limit relates to the protection of professional and business secrets. While the Co-operation Notice attempts to reconcile the various conflicting interests by leaving it up to national courts whether to request information covered by professional secrecy, it does provide for certain safeguards. Before transmitting information covered by professional secrecy to a national court, the Commission reminds the court of its obligation under EU law to uphold the rights which Article 339 TFEU confers on natural and legal persons and it asks the national court whether it can guarantee the protection of the confidentiality of the information and business secrets. If the national court cannot offer such a guarantee, the Commission must not transmit the

¹⁵² *Supra* note 109, para. 19.

¹⁵³ *Ibid*, paras 19 and 30.

¹⁵⁴ See in this respect the critical comments by Gilliams, 2003:462.

information covered by professional secrecy.¹⁵⁵ The Commission has opted for this specific kind of dialogue with the national courts based on a combined reading of Articles 4(3) TEU and 339 TFEU.¹⁵⁶ This is in line with the ruling of the General Court in *Postbank*.¹⁵⁷

The Commission may also refuse to transmit information to national courts where this is necessary in order to “safeguard the interests of the [EU] or to avoid any interference with its functioning and independence, in particular by jeopardizing the accomplishment of the tasks entrusted to it”.¹⁵⁸ This is intended to include correspondence between the Commission and national competition authorities in the framework of the European Competition Network. Finally, as we saw above, the protection of leniency-related material is another limit on the information that the Commission can provide to national courts. The Commission states in the Co-operation Notice that it will only disclose such information to national courts with the leniency applicant’s consent,¹⁵⁹ as disclosure may prejudice the effective enforcement of EU competition law by the Commission since it could frustrate the aim of making detection of hardcore restrictions of competition easier by discouraging companies from seeking leniency.¹⁶⁰ Private litigants therefore have to rely solely on discovery in the context of the civil proceedings, or content themselves with either non-leniency-related evidence held by the Commission or final infringement decisions.

Coming now to the Commission’s role as *amicus curiae* pursuant to Article 15(3) of Regulation 1/2003, it is fair to say that this new mechanism had raised a lot of interest during the modernisation discussions. Experience so far is positive and the Commission has recently started to publish its *amicus curiae* observations on its website.¹⁶¹

155 See Case C-2/88 Imm, *J. J. Zwartveld and Others*, [1990] ECR I-4405, paras 10 and 11.

156 *Supra* note 109, paras 23 to 25.

157 Case T-353/94, *Postbank NV v. Commission*, [1996] ECR II-921, para. 69.

158 *Supra* note 109, para. 26.

159 *Ibid*, paragraph 26. See also Leniency Notice, *supra* note 129, paras 32 and 33: “The Commission considers that normally disclosure, at any time, of documents received in the context of this notice would undermine the protection of the purpose of inspections and investigations within the meaning of Article 4(2) of Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council”.

160 See above.

161 http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html#amicus. National courts have given the Commission permission to publish only five of these opinions. Apart from these five cases, the Commission

The third sentence of Article 15(3) of Regulation 1/2003 grants the Commission, acting on its own initiative, the power to submit written observations to national courts “*where the coherent application of Article [101 or 102] of the Treaty so require*”. In such circumstances, the Commission limits its observations to an economic and legal analysis of the facts underlying the case pending before the national court. The Commission has the power to submit written observations on its own initiative, but the making of oral observations is subject to the national court’s permission. Although the Commission is not a party to the national proceedings, but is supposed to act as an objective, neutral and independent expert, its role raises certain due process concerns, due to the fact that certain national judges may unquestionably accept the Commission’s statements, without giving the parties the opportunity to effectively contradict them.

The *Inspecteur van de Belastingdienst* case¹⁶² was the first time that the Court of Justice was asked to rule on the conditions under which the Commission can submit written observations before the national courts under Article 15(3) of Regulation 1/2003. The question that arose was whether the scope of the Commission’s power to submit observations under Article 15(3) of Regulation 1/2003 is limited to the strict context of the application of Articles 101 and 102 TFEU by national courts or whether it also covers the situation where, by submitting written observations to a national court, the Commission wishes to ensure the coherent application of the effects of one of its own decisions under Article 101 TFEU. The Dutch court which referred the case to the Court, noted, that the case before it did not concern the application of Articles 101 and 102 TFEU but rather a totally different issue, namely the tax deductibility of fines. However, in its judgment, the Court held that the power afforded to the Commission to submit written observations under Article 15(3) to national courts is not limited to the strict context of the application of Articles 101 and 102 TFEU by the national courts but rather is linked to the coherent application of Articles 101 and 102 TFEU. That condition may be fulfilled even

submitted, in 2006, written observations to the Court of Appeal of Paris in the *Garage Gremeau* case, concerning the interpretation of the concept of quantitative selective distribution under Commission Regulation 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 [2002] L 203/30. In addition, in February 2010, the Commission submitted written observations to the Irish High Court in the *Irish Beef* case, regarding whether an agreement among Ireland’s major beef producers to reduce capacity by 25% could be justified under Article 101(3) TFEU.

162 Case C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst v. X BV*, [2009] ECR I-4833.

if proceedings do not pertain to issues relating to the application of Articles 101 and 102 TFEU.¹⁶³ For the Court, “*the effectiveness of the penalties imposed by the national or [EU] competition authorities on the basis of Article [103(2)(a) TFEU] is [...] a condition for the coherent application of Articles [101 and 102 TFEU]*”.¹⁶⁴

V. CONCLUSIONS

It is clear that private actions in Europe have taken off. National courts no longer deal with the question whether there is a remedy for victims of anti-competitive conduct, but rather they must now rule on a series of important questions. As a result, an interesting body of national case laws is taking shape. Broadly speaking, the national courts are confronted with the same problems, have similar concerns and respond to the latter in similar ways. At the same time, the various national cases show that there may be questions necessitating specific legislative measures at Union level. Certainly, the interaction of civil proceedings with administrative leniency programmes is one of these areas.

¹⁶³ *Ibid*, para. 30.

¹⁶⁴ *Ibid*, para. 37.

REFERENCES

BOURGEOIS

1994 “EC Competition Law and Member State Courts”, in: Hawk (ed.), *Antitrust in a Global Economy 1993, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York/Deventer: Juris Publishing, pp. 475-496.

BUNTE, H.-J.

2006 *Langen & Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Vol. I, *Deutsches Kartellrecht*, Munich: Luchterhand: pp. 227-245.

CANIVET

1997 “The Responsibility of the Judiciary in the Implementation of Competition Policy”, in: *Judicial Enforcement of Competition Law*, Committee on Competition Law and Policy, OECD, Paris, pp. 21-26.

CARPAGNANO

2011 “Vent’anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010”, *Concorrenza e Mercato* 283, pp. 283-304.

CRAIG, P. P.

2006 *EU Administrative Law, Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. XVI/1, Oxford: OUP.

DALHEIMER

2005 “Art. 16”, in: Dalheimer, Feddersen & Miersch (eds), *EU-Kartellverfahrensverordnung, Kommentar zur VO 1/2003*, Munich: C.H. Beck, pp. 118-122.

DE SMIJTER & O’SULLIVAN

2006 “The *Manfredi* Judgment of the ECJ and How It Relates to the Commission’s Initiative on EC Antitrust Damages Actions”, 2006-3, *EC Competition Policy Newsletter*, pp. 23-26.

DREXL

2003 “Do We Need ‘Courage’ for International Antitrust Law? Choosing between Supranational and International Law Principles of Enforcement”, in: Drexel (ed.), *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law*, Berne/The Hague/London/New York: Kluwer, pp. 311-341.

EDWARD & ROBINSON

1997 “Is there a Place for Private Law Principles in Community Law?”, in: Heukels & McDonnell (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague/London/Boston: Kluwer, pp. 339-349.

GILLIAMS

2003 “Modernisation: From Policy to Practice”, 28 *ELRev.*, pp. 451-474.

GIPPINI-FOURNIER

2008 “Institutional Report: The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, in: Koeck & Karollus (eds.), *The Modernisation of European Competition Law, Initial Experiences with Regulation 1/2003*, Vienna: Nomos – Facultas, pp. 375-483.

HARDING, C. & JOSHUA, J.

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

HAWK

1997 “The Role of the Judge – Working Paper II”, in: Ehlermann & Laudati (eds.), *European Competition Law Annual 1996*, The Hague/Boston/London: Kluwer, pp. 335-341.

HEMPEL R.

2002 *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden: Nomos.

HITCHINGS

2010 “Private Enforcement in Spain”, 3 *GCLR*, pp. 28-40.

HIRSCH

2003 “Anwendung der Kartellverfahrensordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte”, 1 *ZWeR*, pp. 233-254.

HODGES

2011 “European Competition Enforcement Policy: Integrating Restitution and Behaviour Control – An Integrated Enforcement Policy, Involving Public and Private Enforcement with ADR”, 34 *World Competition*, pp. 383-396.

JONES

2003 “A New Dawn for Private Competition Law Remedies in Europe? Reflections from the US”, in: Ehlermann & Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland: Hart, pp. 95-108.

KLEES, A.

2005 *Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren*, Cologne/Berlin/Munich: Carl Heymanns.

KOMNINOS, A.P.

2007 “Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight”, 44 *CMLRev.*, pp. 1387-1428.

2008 *EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

KREMER

2003 “Liability for Breach of European Community Law: An Analysis of the New Remedy in the Light of English and German Law”, 22 YEL, pp. 203-247.

LOGEMANN, H.P.

2009 *Der kartellrechtliche Schadensersatz, Die zivilrechtliche Haftung bei Verstößen gegen das deutsche und europäische Kartellrecht nach Ergehen der VO (EG) Nr. 1/2003 und der 7. GWB-Novelle*, Berlin: Duncker & Humblot.

MESTMÄCKER

2001 “The Modernisation of EC Antitrust Policy: Constitutional Challenge or Administrative Convenience?”, in: Ehlermann & Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford/Portland: Hart, pp. 223-240.

MIEGE

2005 “Modernisation and Enforcement Pluralism – The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB”, Paper Presented in the Conference Organised by the Amsterdam Center for Law and Economics on Remedies and Sanctions in Competition Policy (Amsterdam, 17-18 February 2005).

NEBBIA

2008 “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, 33 ELRev., pp. 23-43.

OXERA, KOMNINOS *et al.*

2009 *Quantifying antitrust damages, Towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission*, December 2009, available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

PAULIS & GAUER

2003 “La réforme des règles d’application des articles 81 et 82 du Traité”, 11 JdT (Eur.), pp. 65-73.

PETRASINCU

2011 “Discovery Revisited – The Impact of the US Discovery Rules on the European Commission’s Leniency Programme”, 32 ECLR, pp. 356-368.

PLIAKOS, A.D.

1997 *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athens/Brussels: Sakkoulas – Bruylant.

RAYMENT

2005 “Practice and Procedure before the Competition Appeal Tribunal”, in: Ward & Smith (eds), *Competition Litigation in the UK*, London: Sweet & Maxwell pp. 88-173.

REICH

2007 “Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights”, 44 *CMLRev.*, pp. 705-742.

RILEY

2005 “Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law”, 28 *World Competition*, pp. 377-400.

RINCAZAUX

2002 “Les autorités de la concurrence doivent-elles être autorisées à intervenir dans les procédures relatives à des problèmes de concurrence, plus particulièrement lorsqu’elles sont menées devant les juridictions ordinaires ? Dans l’affirmative, quel devrait être le fondement de leur pouvoir d’intervention ? Rapport international”, LIDC Questions 2001/2002.

TEMPLE LANG

2001 “The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 EC: Two More Reflexions”, 26 *ELRev.*, pp. 84-93.

VAN GERVEN

2000 “Of Rights, Remedies and Procedures”, 37 *CMLRev.*, pp. 501-536.

WILS

2004 “Regulation 1/2003: A Reminder of the Main Issues”, in: Geradin (ed.), *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, Antwerp/Oxford: Intersentia, pp. 9-81.

IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

*João Espírito Santo Noronha**

ABSTRACT: This article deals with the challenge of the Portuguese Competition Authority decisions in administrative procedure before the courts, especially in the case of the procedures, as the one in merger control, which are lawfully typified, in the context of the newest Portuguese legal framework.

SUMÁRIO: 1. Conspecto geral. 2. Os procedimentos administrativos tipificados na LdC. 3. O âmbito do art. 91 da LdC. 4. Recurso de primeira jurisdição: tribunal competente e efeitos. 5. Recurso de segunda jurisdição: tribunal competente e efeitos.

1. CONSPECTO GERAL

O novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante referida como LdC)¹, consagra um capítulo, o IX, a *recursos judiciais*, compreendendo os arts. 83 a 93. Este capítulo IX corresponde ao conjunto normativo do Capítulo V (*Dos Recursos*) da anterior Lei n.º 18/2003, de 11 de junho de 2003, revogada pelo art. 99, n.º 1, da LdC.

O Capítulo IX da LdC divide-se em duas secções, sendo a primeira epígrafada *processos contraordenacionais* e a segunda *procedimentos administrativos*.

Uma rápida leitura dos artigos em questão permite evidenciar que o objeto da primeira secção é constituído por dois núcleos de decisões: (i) proferidas

* Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência.

1 Pertencem a este diploma legal as normas doravante citadas sem indicação da origem. Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Celso Cunha/Luís F. Lindley Cintra, *Nova gramática do português contemporâneo*, 19.ª ed., Edições João Sá da Costa, 2010: 374), pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada.

pela Autoridade da Concorrência (doravante referida como AdC), cuja recorribilidade não esteja legalmente excluída (art. 84, n.º 1), designadamente as que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei (art. 84, n.º 5); e (ii) decisões, do tribunal de primeira instância, que incidam sobre decisão da AdC que aplique coimas ou outras sanções previstas na lei (art. 89, n.º 1); trata-se, portanto, no primeiro caso, de decisões com carácter administrativo-sancionatório, proferidas, em termos substantivos, com base num regime jurídico sancionatório, que se recolhe à esfera do Direito Contraordenacional, e que corresponde ao exercício de uma competência administrativa; no segundo, do exercício de uma competência de sindicância judicial.

Já no que respeita ao objeto da segunda secção do Capítulo IX da Lei, estão também em causa dois núcleos de decisões: (i) as proferidas pela AdC nos procedimentos administrativos a que se refere a própria LdC, bem como da decisão ministerial prevista no art. 34 do DL n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que aprovou os Estatutos da AdC (art. 92, n.º 1)²; e (ii) decisões, do tribunal de primeira instância, que incidam sobre decisão da AdC relativamente aos procedimentos administrativos identificados em (i) (art. 93, n.º 1).

O presente escrito tem por objeto os recursos de decisões relativas a procedimentos administrativos.

2. OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS TIPIFICADOS NA LDC

A moderna doutrina administrativista tende a considerar o *procedimento administrativo*, entendido em sentido dinâmico, ou atividade procedimental, aquela que se reporta “[...] à preparação de um dever ser conclusivo e à realização das tarefas inerentes: a unidade do procedimento, como modo de exercício específico da função, está, por isso, em consistir apenas numa atividade preparatória, materializada em tarefas relativas ao conhecimento do direito, à captação de factos e interesses e à comprovação de factos”³.

A LdC disciplina dois procedimentos administrativos típicos: o de controlo de operações de concentração de empresas – cuja substância decorre das normas do art. 36 –, qualificado *qua tale* no art. 42, n.º 1, e o de estudos, inspeções e auditorias (Capítulo IV).

2 A justificação para a adjectivação *judiciais* acrescentada pela LdC à epígrafe *Recursos* do Capítulo V da Lei n.º 18/2003 resulta, precisamente, da admissibilidade legal de um recurso tutelar das decisões da AdC em matéria de operações de concentração de empresas (*infra*, 3).

3 Duarte, 2006: 436.

3. O ÂMBITO DO ART. 91 DA LDC

A determinação legal constante do art. 91 da LdC define o regime processual aplicável à interposição, à tramitação e ao julgamento dos recursos aí abrangidos, fazendo confluir expressamente dois grupos normativos: o correspondente aos *artigos seguintes*, que se configura como regime particular, e o da impugnação contenciosa de atos administrativos (arts. 50 a 65 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, doravante referido como CPTA), que assume o estatuto de um regime geral, subsidiariamente aplicável, ou seja, em tudo quanto não constitua objeto de um particularismo normativo dos *artigos seguintes*.

A impugnação contenciosa de atos administrativos prevista no CPTA consta dos seus arts. 50 a 65, correspondendo-lhe uma forma de processo especial, por referência ao processo administrativo comum, aplicável à ação administrativa comum, que é o do processo civil declarativo (arts. 37 a 45 do CPTA)⁴.

A delimitação da norma do art. 91 aos *recursos referidos na presente secção* – e não, simplesmente, aos recursos de decisões da AdC no exercício dos seus poderes de supervisão – relaciona-se positivamente com a tripla vertente recursória em causa: (i) de decisões da AdC nos procedimentos administrativos a que se refere a LdC (art. 92, n.º 1), designadamente decisões finais em matéria de controlo de operações de concentração de empresas; (ii) da decisão ministerial que revogue decisão da AdC (art. 92, n.º 1, e art. 34 dos Estatutos da AdC); (iii) de decisões do tribunal de primeira instância que incidam sobre decisões da AdC (recursos de segunda jurisdição). Em termos negativos, e na conjugação dos arts. 91 e 92, n.º 1, do domínio de decisões da AdC relativas a procedimentos administrativos excluem-se as que se referam a procedimentos não disciplinados especificamente na LdC, ainda que conexos com os que aí se contemplam, designadamente de intimação para a prestação de informações, consulta de documentos, ou passagem de certidões, nos termos do art. 104 do CPTA, para cuja impugnação são competentes os tribunais administrativos

4 A lei não refere expressamente um *processo administrativo comum*, mas a contraposição com o *processo administrativo especial* não cria dúvidas quanto à adequação da expressão, também usada por Oliveira & Oliveira, 2006: 256. Sobre o assunto, cfr. também, e entre outros, Andrade, 2011: 146 ss., Almeida & Cadilha, 2007: 194 ss.

[Ac. do STA, de 5 de julho de 2007 (proc. n.º 223/07)⁵; Ac. do STA, de 25 de julho de 2007 (proc. n.º 295/07)⁶].

A decisão ministerial a que se reporta o art. 34 (n.º 1) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência é a do membro do Governo responsável pela área da economia que autoriza uma operação de concentração que tenha sido proibida pela AdC [art. 53, n.º 1, *b*)] em consequência de recurso – legalmente qualificado como *extraordinário* – tutelar instaurado pelos autores da notificação da operação de concentração de empresas sujeita ao controlo administrativo da AdC (arts. 36 e 37); a instauração do recurso extraordinário suspende o prazo da impugnação judicial da decisão proibitiva da AdC (art. 34, n.º 3, dos Estatutos da AdC)⁷, sendo que o autor da notificação da operação de

5 Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86ed45859db86922802572b9004cc2cc?OpenDocument&Highlight=0,223%2F07>.

6 Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0ba8c0b59e5eee2c802572d600488c17?OpenDocument&Highlight=0,295%2F07>.

7 Nos termos do art. 1.º, n.º 1, dos seus Estatutos, a AdC é “[...] uma pessoa coletiva de direito público, [...] dotada de autonomia administrativa e financeira”, sujeita, todavia, nos termos do art. 33, n.º 1, “[...] à tutela do ministro responsável pela área da economia nos termos dos presentes Estatutos [...]”, “[...]o estrito respeito da sua independência [...]”. A norma do art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC estabelece, assim, um recurso tutelar de mérito, cujo critério central de apreciação – *prosecução de interesses fundamentais para a economia nacional* – é extrínseco relativamente à apreciação estritamente jus-concorrencial da AdC, no que respeita ao controlo da operação de concentração (art. 41, n.ºs 3 e 4). Não obstante isso, a decisão ministerial pode – nos termos do n.º 2 do art. 34 dos Estatutos da AdC –, e em termos meramente acessórios, fazer uma apreciação jusconcorrencial, espelhada na possibilidade de a decisão de autorização poder ser acompanhada de “[...] condições e obrigações tendentes a minorar o impacto negativo sobre a concorrência decorrente da sua realização” (na doutrina nacional pode confrontar-se, sobre o assunto, Gonçalves, 2011: 302-305). A norma do art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC tem por fonte o § 42, (1), da lei alemã da concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), sobre o qual pode consultar-se Bremer, 2010: 307-372. O prazo para interposição do recurso tutelar é de 30 dias, contados sobre a notificação da AdC aos interessados (art. 168, n.º 1, *ex vi* art. 177, n.º 5, ambos do CPTA), podendo o recurso ser indeferido, incondicionalmente deferido ou deferido com condições e obrigações. A vigente lei espanhola de defesa da concorrência (Lei n.º 15/2007, de 3 de julho) determina (art. 60) que o Ministro da Economia e Finanças pode submeter a decisão sobre uma operação de concentração ao Conselho de Ministros “[...] por razões de interesse geral, quando, em segunda fase, o Conselho da Comissão Nacional da Concorrência: /a) Tenha decidido proibir a concentração; /b) Tenha subordinado a autorização ao cumprimento de determinados compromissos propostos pelos notificantes ou a condições [...]”; nesse caso, o Conselho de Ministros poderá: (i) confirmar a decisão da Comissão Nacional da Concorrência; (ii) Autorizar a concentração, com ou sem condições, sendo que a autorização deverá, então, “[...] fundar-se em razões de interesse geral, diversas da defesa da concorrência, nos termos estabelecidos no artigo 10 [n.º 4] [...]” [sobre a questão, cfr., entre outros, Navarro Varona, 2008: 664 e 665]. No direito francês, o art. L-430-7-1, do *Code de commerce*, aditado pela Lei de 4 de agosto de 2008, estabelece (II) que o ministro responsável pela área da economia pode, no prazo de 24 dias úteis após a receção da decisão da Autoridade da Concorrência sobre uma operação de concentração [ou da notificação de que a Autoridade não adotou uma decisão quanto à operação notificada, em fase de investigação aprofundada, no prazo legal (art. L-430-7-1, do *Code de commerce*)], avocar a questão e decidir a operação com fundamento em razões de interesse geral, diversas da da manutenção da concorrência, designadamente o desenvolvimento industrial, a competitividade

concentração só tem interesse processual num recurso jurisdicional quando o membro competente do Governo indefira o recurso extraordinário ou autorize a concentração com condições e obrigações.

Desde a criação da AdC, o único recurso instaurado nos termos do art. 34, n.º 1, dos seus Estatutos, foi o relativo à operação de concentração que correu termos sob o n.º Ccent. 22/2005 [*Via Oeste (Brisa)/Autoestradas do Oeste/Autoestradas do Atlântico*⁸]; o Ministro da Economia revogou a decisão da AdC, autorizando, conseqüentemente, a operação de concentração.

4. RECURSO DE PRIMEIRA JURISDIÇÃO: TRIBUNAL COMPETENTE E EFEITOS

Das decisões da AdC proferidas nos procedimentos administrativos a que se refere a LdC, nos termos anteriormente delimitados, bem como da decisão ministerial que revogue decisão proibitiva da AdC (art. 34, n.º 1, dos Estatutos da AdC) cabe recurso judicial para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 92, n.º 1), que tem sede em Santarém e jurisdição em todo o território nacional.⁹

O recurso judicial de decisões da AdC relativas a procedimentos administrativos previstos na LdC, bem como da referida decisão ministerial tem, por regra, efeito meramente devolutivo (art. 92, n.º 2, primeira parte). Ao recurso, pode, todavia, ser atribuído efeito suspensivo; assim o determina a regra da segunda parte do n.º 3 do art. 92, cujo sentido geral não é de fácil apreensão. Com efeito, da letra do preceito retira-se que: (i) o efeito suspensivo do recurso tem que ser atribuído e, aparentemente, (ii) que tal atribuição constitui uma *medida provisória*; (iii) que tal medida provisória pode ser exclusiva ou cumular-se com outras. O enunciado em causa reproduz, na parte em questão, o do art. 55, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, sendo que só o *pouco uso* desta norma no seu domínio de vigência parece explicar que se não tenha detetado na reforma legislativa a sua estranha construção. Julga-se, todavia, ser expectável, no âmbito da LdC,

internacional das empresas envolvidas e a criação ou manutenção do nível do emprego. A autorização ministerial pode ser simples ou com compromissos (sobre o assunto, cfr. Decocq & Decocq, 2010: 290 ss.).

8 Disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2005_22_final_net.pdf.

9 O tribunal foi instituído pelo DL n.º 67/2012, de 20 de março, tendo entrado em funcionamento, nos termos do art. 4.º do referido DL, e instalado pela Portaria n.º 84/2012, de 29 de março. O processo legislativo relativo ao tribunal iniciou-se com a Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que, entre outras, alterou a Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

um recrudescimento dos recursos relativos aos procedimentos de inspeções e auditorias (arts. 63 e 64).

As *medidas provisórias* a que a lei faz referência são, necessariamente, de caráter judicial, decretadas pelo tribunal competente para conhecer do recurso instaurado e conglobadas numa suspensão de eficácia de uma decisão da entidade recorrida, a AdC; por essa razão, as *medidas provisórias* não se confundem com as *medidas cautelares* previstas no art. 34, que são conteúdo de uma decisão da AdC. Segundo cremos, as ditas *medidas provisórias* correspondem à tutela cautelar instrumental prevista no art. 112 do CPTA, salientando-se que a lei processual administrativa vigente ao tempo da elaboração da Lei n.º 18/2003 desconhecia uma categoria de *medidas provisórias*. As medidas cautelares previstas no art. 112 do CPTA não podem ser oficiosamente decretadas e, portanto, têm que ser requeridas por quem esteja legitimado para a ação principal.

O sentido útil do enunciado normativo do art. 92, n.º 2, da LdC, é – crê-se – o seguinte: (i) o recurso da decisão da AdC tem efeito meramente devolutivo, pelo que a mesma é imediatamente eficaz; (ii) todavia, com a instauração do recurso pode ser requerida a suspensão da eficácia da decisão recorrida [que corresponde à providência cautelar prevista na alínea *a*) do art. 112, n.º 2, do CPTA]; (iii) a medida cautelar de suspensão de eficácia da decisão impugnada pode ser requerida isoladamente ou em cumulação com outras, como a produção antecipada de prova ou determinação provisória de abstenção de um comportamento. O decretamento das *medidas provisórias* previstas no art. 92, n.º 2, da LdC, é, portanto, o das providências cautelares previstas no CPTA.

5. RECURSO DE SEGUNDA JURISDIÇÃO: TRIBUNAL COMPETENTE E EFEITOS

Das decisões do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que conhecem dos recursos das decisões da AdC ou da decisão ministerial referidas no antecedente n.º 3 cabe recurso de segunda jurisdição *para o Tribunal da Relação competente*, se respeitar, ainda que não exclusivamente, a matéria de facto; o recurso do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que respeite apenas a matéria de direito é instaurado, *per saltum*, para o Supremo Tribunal de Justiça, não constituindo faculdade do recorrente instaurá-lo junto

do Tribunal da Relação, numa solução próxima das consagradas no art. 151, n.º 1 do CPTA¹⁰ e no art. 725, n.º 1, do CPC¹¹.

O Tribunal da Relação competente é o de Évora, por ser aquele cuja competência territorial (Distrito Judicial de Évora) abrange o Círculo Judicial de Santarém, local da sede do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão¹².

Os recursos de segunda jurisdição, bem como o recurso do Tribunal da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, que têm apenas matéria de direito por objeto, têm efeito meramente devolutivo, nos termos do n.º 4 do art. 93, não sendo admissível a atribuição de efeito suspensivo, a requerimento dos interessados, o que foi intencionado pelo legislador, como se verifica pela comparação com a regra do n.º 2 do art. 92.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de & CADILHA, Carlos Alberto Fernandes
2007 *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de
2011 *A justiça administrativa*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina.
- BREMER, Echart
2010 “Recurso para o ministro em controlo de concentrações”, in *Temas de Integração*, 1.º e 2.º Semestres de 2010, n.ºs 29 e 30, pp. 307-372.
- DECOCQ, Andre & DECOCQ, Georges
2010 *Droit de la Concurrence*, 4.ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- DUARTE, David
2006 *A norma de legalidade procedimental administrativa*, Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, Pedro Costa
2011 “Controlo de concentração de empresas no direito português”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.ºs 7/8 (jul.-dez), 2011, pp. 245-310.

10 Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro.

11 Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto.

12 Cfr. o Mapa I anexo ao DL n.º 186-A/99, de 31 de maio (Regulamento da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

NAVARRO VARONA, Eburne

2008 *Comentario a la Ley de la Defensa de la Competencia*, AA.VV. (dir. de José Mas-saguer, José Maria Sala Arquer, Jaime Folguera, Alfonso Gutiérrez), Madrid: Thompson/Civitas.

OLIVEIRA, Mário Esteves de & OLIVEIRA, Rodrigo Esteves

2006 *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, I, Coimbra: Almedina.

OS ABUSOS DE EXPLORAÇÃO SOBRE OS CONSUMIDORES: UMA REVOLUÇÃO SILENCIOSA NO NOVO REGIME NACIONAL DE PROIBIÇÃO DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE?

*Miguel Moura e Silva**

ABSTRACT: According to the prevailing interpretation, the prohibition of abuse of dominance under Portuguese competition law does not reach abusive behaviour that directly harms consumers unless it also affects the structure of competition. The current drafting of the abuse of dominance provision under Portuguese law, which requires the abuse to have the object or effect of impeding, distorting or restricting competition, supports this interpretation. This is at odds with the European Court of Justice case law, that clearly sets exploitation abuses directed at consumers within the scope of article 102 TFEU. This paper argues that the New Portuguese Competition Act will align Portuguese law with the European Court of Justice case law by harmonizing the text of the national abuse of dominance provision with article 102 TFEU and removing language that requires an impact on the structure of competition, thus ushering a quiet revolution in Portuguese competition law.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O âmbito de proteção do direito nacional da concorrência: a tese dominante. III. O abuso de exploração sobre os consumidores na prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. IV. A proibição do abuso de posição dominante no NRJC. V. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

Tem sido entendimento corrente no ordenamento português que as regras de defesa da concorrência em geral não são aplicáveis a comportamentos empresa-

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são puramente pessoais e não refletem o ponto de vista daquelas entidades. O presente trabalho beneficiou dos comentários e sugestões do Prof. Doutor Manuel Cabugueira. Naturalmente, todos os erros e omissões são da exclusiva responsabilidade do autor.

riais na sua relação com consumidores finais.¹ Muito embora seja reconhecida a função mediata de defesa do consumidor, esta resulta apenas da proteção conferida ao processo concorrencial. Os benefícios para os consumidores advêm do livre funcionamento da concorrência e da variedade de escolha, aumento da inovação e redução dos preços que se espera venham a resultar daquele processo. Além disso, distinguindo-se a aplicação das regras de concorrência de outras formas de intervenção pública, como a regulação, pelo seu carácter não finalístico, não se pode esperar que o direito da concorrência garanta um determinado resultado, e.g., diminuição dos preços, quando este apenas pode ser produzido pelo próprio jogo da (livre) concorrência.

Contrastando com a perspectiva nacional temos a posição da Comissão Europeia no âmbito da interpretação do conceito de abuso de posição dominante. Para esta instituição europeia, o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante, TFUE) não visa apenas a proibição de comportamentos de empresas em posição dominante que incidam sobre a estrutura da concorrência mas também comportamentos de exploração sobre consumidores finais. Estes últimos abusos podem ser definidos sumariamente como comportamentos tendentes a extrair vantagens que não poderiam ter sido auferidas na ausência de uma posição dominante. O debate ocorrido no início da aplicação do atual artigo 102.º do TFUE mostra, de resto, que a filosofia que presidiu à consagração do abuso de posição dominante estava mais claramente centrada na repressão dos abusos de exploração.²

Os enunciados legais para o abuso de posição dominante seguidos pela legislação portuguesa de defesa da concorrência, distintos do artigo 102.º do TFUE, excluía a possibilidade de qualificar como abuso de posição dominante um comportamento que prejudicasse diretamente o consumidor sem que tal conduta tivesse também um impacto na estrutura concorrencial do mercado (como, por exemplo, a eliminação de um concorrente).³

1 Conselho da Concorrência, 1990: 12: “As disposições da lei de defesa da concorrência não se aplicam as relações entre agentes económicos e consumidores”.

2 Contraopondo-se aqui as posições de René Joliet, para quem apenas poderiam ser subsumidos ao atual artigo 102.º do TFUE comportamentos que prejudicassem de forma direta os consumidores e a de Ernst-Joachim Mestmäcker, para quem aquela disposição proibia igualmente os comportamentos que, ao entravar a concorrência criando obstáculos à liberdade de mercado dos concorrentes, causassem dano ao próprio processo concorrencial e só indiretamente aos consumidores, Moura e Silva, 2010: 15.

3 Anteriormente à Lei n.º 18/2003 suscitámos esta questão, propondo a harmonização da lei portuguesa com o enunciado do atual artigo 102.º do TFUE, Moura e Silva, 2002: 43.

Assim, se o artigo 102.º do TFUE se basta com o facto de o comportamento ser suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros e de constituir uma exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste, o artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), seguindo o enunciado das correspondentes proibições nos diplomas que a antecederam, apenas proibia a exploração abusiva de uma posição dominante que tenha “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.

Já a proposta de lei n.º 45/XII, apresentada pelo Governo, relativa ao Novo Regime Jurídico da Concorrência, veio propor a harmonização do enunciado da proibição do abuso de posição dominante com o artigo 102.º do TFUE, não apenas quanto à cláusula geral de abuso como também relativamente às alíneas exemplificativas de condutas abusivas. Esta opção foi mantida pela Assembleia da República no artigo 11.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (adiante NRJC).⁴

Passa, por isso, a ser pertinente saber se a harmonização textual implica também uma expansão do conceito de abuso de posição dominante a comportamentos que prejudicam diretamente os consumidores, independentemente do seu impacto na estrutura concorrencial.

Após apresentar o entendimento tradicional do âmbito de proteção das leis nacionais de defesa da concorrência (secção II), iremos analisar a prática da Comissão Europeia e a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (secção III). Seguidamente apresentaremos algumas reflexões sobre o alcance real da nova redação da proibição do abuso de posição dominante no ordenamento nacional (secção IV) e terminaremos com a nossa conclusão quanto à questão acima colocada (secção V).

II. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA: A TESE DOMINANTE

Apesar de se referirem aos interesses dos consumidores, os próprios objetivos dos diplomas de defesa da concorrência indicavam que a salvaguarda destes seria sempre um propósito mediato da defesa da concorrência e que não traduziria uma pretensão a um determinado resultado e sim à convicção que o processo concorrencial, protegido por aquelas leis, traria – em tese – benefícios para os consumidores.

⁴ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Assim, os objetivos do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro (Decreto-Lei n.º 422/83), definidos no seu artigo 1.º, faziam referência aos consumidores em termos que os colocavam a par de um conjunto de outros propósitos, não necessariamente conciliáveis entre si:

“O presente diploma tem por objeto a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência do mercado, favorecer a realização dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional”.

A alusão à salvaguarda dos interesses dos consumidores não era suficiente para viabilizar uma interpretação que procurasse nas normas proibitivas desse diploma uma tutela direta e imediata daqueles interesses. Como resultava do preâmbulo, o legislador tinha em mente a *concorrência como um processo que estimula a eficiência produtiva através da garantia da liberdade de escolha dos consumidores*:

“A defesa da concorrência constitui, na verdade, um dos instrumentos essenciais da política económica, sendo-lhe comumente reconhecidas duas grandes virtualidades: a de garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e de preço e a de estimular as empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico”.⁵

É neste contexto que se deve entender a posição expressa pelo Conselho da Concorrência em parecer proferido em 1990, a pedido do Ministro do Comércio e do Turismo.⁶ Para o Conselho da Concorrência:

5 No mesmo sentido ia a posição do Conselho da Concorrência, para o qual “[o] intuito do diploma é manifestamente o da defesa e manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional da generalidade dos bens e serviços, pressupondo, como aliás resulta do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 422/83, que o bom funcionamento desse mercado contribui para acautelar um conjunto de interesses, tais como, a proteção do consumidor, a garantia da liberdade de acesso ao mercado, o desenvolvimento económico e social e a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional. Neste contexto, deverá entender-se por concorrência efetiva aquela que permite que os aspetos positivos ligados ao funcionamento do mercado se desenvolvam”. Conselho da Concorrência, 1985: 11.

6 Conselho da Concorrência, 1990: 77. O Conselho da Concorrência pronunciou-se sobre a aplicabilidade de uma das práticas individuais previstas no Decreto-Lei n.º 422/83 – a recusa de venda – quanto a comportamentos dirigidos a consumidores finais. O Conselho da Concorrência já se tinha pronunciado

“A concorrência é, sob este ponto de vista, um instrumento de política económica que visa o desenvolvimento das empresas através dum constante aperfeiçoamento e racionalização das suas estruturas, do qual sai indiretamente beneficiado o consumidor que assim poderá dispor de um mercado de bens e serviços com melhor qualidade e melhores preços”.

Assim, a proteção do consumidor pela legislação de defesa da concorrência é sempre mediata e difusa quanto aos benefícios que para aquele podem advir do livre funcionamento da concorrência. Estando o consumidor, nesta perspetiva, a jusante do processo concorrencial entre empresas, as limitações que possa sentir no seu relacionamento com aquelas escapariam ao âmbito da concorrência:

“... não faz qualquer sentido considerar o consumidor como um agente económico uma vez que as restrições ao aprovisionamento, ou as discriminações de que possa ser alvo não têm autonomamente relevância na óptica da manutenção de uma concorrência efetiva. Em termos simples, dir-se-ia que os consumidores não concorrem e, nessa medida, não existe concorrência a defender”.⁷

No texto introdutório do Relatório de Atividades de 1990, o Conselho da Concorrência fundamentava esta posição em cinco argumentos.

Em primeiro lugar, teríamos a interpretação do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/83 no sentido de este assumir como objeto imediato a defesa da concorrência, sendo os restantes interesses, incluindo os dos consumidores, tutelados de forma meramente indireta. Tal entendimento seria reforçado pela letra dos diversos tipos contraordenacionais que excluíam “as relações terminais que envolvam consumidores”.

Em segundo lugar, atendendo às finalidades da lei, o Conselho da Concorrência incorporava na sua interpretação o conceito de restrição sensível da concorrência, sendo que, no caso das relações entre uma empresa e os consumidores, já não existiria qualquer concorrência a proteger. A concorrência situar-se-ia sempre a montante, ao nível da oferta de bens e serviços aos

no sentido da inaplicabilidade a vendas a particulares no caso *Práticas restritivas no mercado das tintas*, Decisão de 17.12.1986 (Conselho da Concorrência, 1986: 62). Esta posição tinha também sido defendida anteriormente pelo relator do Parecer de 1990: “O DL n.º 422/83 não é suposto regular as relações entre os agentes económicos e os consumidores finais” (Ruiz, 1985: 97).

7 Conselho da Concorrência, 1990: 12.

consumidores e seria irrelevante quando o consumidor tivesse assumido a sua opção por determinado fornecedor.

Em terceiro lugar, pelo princípio da legalidade que deve caracterizar a aplicação de tipos contraordenacionais, seria de afastar “qualquer espécie de interpretação analógica ou extensiva, ditada pela conveniência em colmatar eventuais lacunas do sistema jurídico português”.

Em quarto lugar, o Conselho da Concorrência apontava a opção do legislador por um modelo institucional que cometia a um serviço instrutor especializado e a um órgão decisor próprio “a aplicação da lei à complexa realidade económica e empresarial, em função de modelos de concorrência muito diversos”, colocando “problemas delicados de interpretação”. Esta escolha seria contrária à atribuição ao sistema de controlo assim organizado da tarefa de “assegurar a tutela de direitos e interesses sociais que podem e devem ser adequadamente protegidos através da aplicação quase automática de disposições apropriadas e policiadas pelas entidades responsáveis pela fiscalização económica”.

Por fim, entendia o Conselho da Concorrência que esta interpretação era confirmada pela prática de outros Estados-membros da então Comunidade Económica Europeia, como a França.

Os desenvolvimentos legislativos subsequentes não parecem ter alterado substancialmente os termos da questão, pelo menos quanto aos objetivos prosseguidos pela defesa da concorrência.

Assim, o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 371/93), tendo suprimido do seu articulado qualquer referência aos seus objetivos e limitando-se a uma referência preambular a estes, seguia uma linha semelhante ao diploma de 1983, ainda que colocando a salvaguarda dos interesses dos consumidores em último lugar:

“O presente diploma visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo concorrencial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para salvaguarda dos interesses dos consumidores”.

Por seu turno, a Lei n.º 18/2003 é totalmente omissa quanto aos objetivos a prosseguir, o mesmo sucedendo com o NRJC. Apenas o diploma que criou

a Autoridade da Concorrência fornece algumas pistas, ao estabelecer como missão da Autoridade “assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores”.⁸

Em síntese, após duas revisões do texto legal que serviu de base ao parecer do Conselho da Concorrência de 1990, nada parecia ter alterado substancialmente os seus pressupostos. Aliás, aquela posição parece até ter colhido apoios na doutrina.⁹ Antes de avaliar o impacto das alterações trazidas pelo NRJC, importa fazer uma análise mais cuidada dos fundamentos e das concretas implicações daquele entendimento do Conselho da Concorrência.

De entre os vários argumentos aduzidos pelo Conselho da Concorrência, o que nos parece mais forte é o facto de a legislação de defesa da concorrência não se poder confundir com um regime de proteção dos consumidores, sendo a tutela dos interesses destes meramente indireta. Mas significará isto que seja sempre de excluir a aplicação a comportamentos empresariais na sua relação com os consumidores? Apenas uma análise dos diferentes tipos contraordenacionais nos pode ajudar a responder a essa questão. Quanto às práticas individuais, essa conclusão resultava diretamente da letra da lei, uma vez que o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 422/83 qualificava como restritivas da concorrência as práticas tipificadas “entre agentes económicos” (imposição de preços mínimos, aplicação de condições de venda discriminatórias e recusa de venda de bens ou de prestação de serviços). No entanto, tendo estas práticas sido afastadas do âmbito das regras de defesa da concorrência em 1993, parecem-nos mais importante atentar apenas na letra das normas proibitivas retomadas pelo Decreto-Lei n.º 371/93 (e, posteriormente, pela Lei n.º 18/2003 e, agora, pelo NRJC).

Como vimos, ao excluir a aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83 a comportamentos empresariais que tenham os consumidores como destinatários específicos, o Conselho da Concorrência atribuiu especial relevância à letra dos tipos contraordenacionais que se referem “a práticas entre agentes económicos

8 Artigo 1.º, n.º 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. V. também o preâmbulo daquele Decreto-Lei, onde se afirma que a criação da nova autoridade visava permitir “aos agentes económicos dispor de um ordenamento concorrencial seguro e moderno, capaz de promover o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos nacionais e, sobretudo, a satisfação dos interesses dos consumidores”.

9 Ver Albuquerque 1990: 604, Ferreira, 2001: 484.

ou empresas, excluindo pela letra e [...] pela lógica, as relações terminais que envolvam consumidores”.

As referências aos consumidores naquele diploma iam igualmente no sentido da tutela indireta:

“O Decreto-Lei n.º 422/83 apenas tutela o interesse geral dos consumidores e é nessa medida que ao mesmo se refere no contexto da adoção de medidas cautelares (*cf.* artigo 30.º, n.º 1) ou no da ponderação dos pressupostos de justificação quando alude ao benefício dos utilizadores, sejam, ou não, profissionais (*cf.* artigo 15.º, n.º 1).”¹⁰

No entanto, colocando-nos já no âmbito do NRJC, a questão que se suscita não é a de saber se esta é também uma lei de defesa dos consumidores – como se interrogou o Conselho da Concorrência – e sim se as normas proibitivas nela previstas podem, em determinadas circunstâncias, estender a sua aplicação – ainda numa ótica de defesa da concorrência – a relações com consumidores finais.

Nesta última perspetiva, é evidente que os comportamentos dirigidos aos consumidores podem constituir práticas restritivas da concorrência. Assim, um acordo entre empresas concorrentes para aumentar o preço de venda aos consumidores constituiria uma infração ao artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003. Ou a prática por uma empresa dominante de preços aos consumidores inferiores a um determinado parâmetro de custos poderia constituir uma exploração abusiva dessa posição, contrária ao artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

Mas em tais casos existia sempre um elemento típico de que depende a proibição: o facto de esse comportamento ter “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.¹¹ O problema que nos interessa é saber se um comportamento empresarial dirigido aos consumidores pode constituir um abuso de posição dominante, independentemente daquele elemento típico.

10 Acrescentaríamos a este elenco um elemento institucional: a participação de representantes dos consumidores na Comissão Consultiva da Concorrência, prevista pelo artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/83, que funcionaria junto do Conselho da Concorrência. Note-se que essa participação tinha lugar ao lado da representação “da indústria, agricultura e comércio”, assim sublinhando o elemento de tutela mediata que o legislador parece ter pretendido quanto à proteção dos consumidores por aquele diploma.

11 No primeiro caso, pela restrição da concorrência entre as empresas participantes no acordo; no segundo, pela aptidão da conduta em eliminar (ou disciplinar) os concorrentes remanescentes e, reduzindo as pressões concorrenciais a que a empresa dominante está sujeita, permitindo-lhe agir futuramente em detrimento dos consumidores. Quanto a este último aspeto ver Comissão Europeia, 2009: 16.

Até à aprovação do NRJC, o principal obstáculo a esta interpretação resultava do próprio enunciado legal. O legislador de 1983, ao incluir nas então designadas “práticas coletivas”, o abuso de posição dominante, condicionou a proibição aos abusos que tivessem “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.¹² Assim, desde a sua génese no nosso ordenamento, a noção de abuso de posição dominante divergiu do enunciado comunitário, onde a respetiva cláusula geral não faz qualquer apelo ao conceito de concorrência.¹³

É neste plano que o enunciado legal – que se manteve, na essência, idêntico entre os diplomas de 1983 e de 2003 – afastava claramente essa possibilidade, mesmo muito depois de se ter tornado claro que o artigo 102.º do TFUE abrange abusos de exploração sobre os consumidores.

A exigência de a prática abusiva ter objeto ou efeito restritivo da concorrência parece resultar da influência da lei francesa em vigor à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83, a qual estabelecia idêntico requisito.¹⁴ Aliás, o artigo 14.º daquele diploma revela uma colagem de elementos provenientes da lei francesa com os predominantes contributos extraídos da lei alemã, estes últimos mais visíveis na noção de posição dominante e nas presunções legais fundadas em quotas de mercado.

Com a harmonização da redação da norma nacional proibitiva do abuso de posição dominante relativamente ao artigo 102.º do TFUE parece-nos incontornável a necessidade de proceder a uma interpretação daquela conforme a esta. Significará isto o desvirtuar do núcleo conceitual da defesa da concorrência? A resposta passa por analisar a prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência dos tribunais da União Europeia.

12 Era esse o teor do artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/83 e do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93 e, por último, do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

13 Existe uma única referência à noção de “concorrência”, já não na cláusula geral e sim na tipologia exemplificativa: a al. c) do artigo 102.º do TFUE: “Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”. Note-se, em todo o caso, que a concorrência aqui citada não envolve necessariamente a empresa dominante (a menos que ela esteja verticalmente integrada ao nível dos seus parceiros comerciais) e sim a concorrência entre empresas a jusante ou a montante daquela.

14 Artigo 50.º, n.º 2 da Ordonnance 45-1483.

III. O ABUSO DE EXPLORAÇÃO SOBRE OS CONSUMIDORES NA PRÁTICA DECISÓRIA DA COMISSÃO EUROPEIA E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Numa das visões dominantes antes do acórdão *Continental Can* de 1973,¹⁵ o atual artigo 102.º visava instituir um sistema de controlo comportamental das empresas dominantes que as obrigasse a atuar como se estivessem em concorrência (Gerber, 1987: 69). Essa era a posição de autores como Dubois,¹⁶ Focsaneanu,¹⁷ e, sobretudo, René Joliet.¹⁸

Para Joliet, a inclusão dos consumidores no campo de proteção da proibição do abuso de posição dominante era não apenas clara como, desde que alargada à tutela de outros utilizadores numa relação vertical com uma empresa dominante, seria mesmo a finalidade exclusiva daquela norma:

“A notre avis, tous les exemples de pratiques abusives énumérés par le Traité montrent que la préoccupation de ce dernier n'est pas d'assurer le maintien d'une situation de concurrence, mais bien de veiller à ce que la domination du marché ne soit pas utilisée effectivement au préjudice des *utilisateurs* ou des *consommateurs*. Tous les exemples choisis, et ce n'est certes pas le résultat d'un hasard, se rapportent à des cas *d'exercice du pouvoir*, à des pratiques par lesquelles l'entreprise tire parti de son pouvoir sur le marché, c'est-à-dire, l'exploite.”¹⁹

15 Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.2.1973, Proc. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 1973, p. 109.

16 Ver Dubois, 1968: 227: “Les différents cas énumérés par l'article 86 ne prennent jamais *les concurrents en considération*, mais soit les *consommateurs*, soit les *partenaires commerciaux*”. Id., p. 265: “l'abus est commis quand un dommage est causé à certaines personnes (partenaires dans la concurrence, consommateurs ou acheteurs, distributeurs), c'est à dire à partir du moment où la position dominante leur porte préjudice par une atteinte à leur liberté économique en les empêchant de faire un choix économique ou en les sanctionnant s'ils opèrent un choix plutôt qu'un autre.”

17 Ver Focsaneanu, 1977: 373. “Il est estimé que la notion de “l'exploitation abusive de position dominante est *inapplicable aux relations entre concurrents*. L'objet de l'article 86 n'est pas, comme l'affirme la Cour, “le *maintien d'une concurrence effective*”, car une telle concurrence est impossible sur un marché soumis à l'influence d'entreprises dominantes”. A construção deste autor funda-se em parte na raiz do atual artigo 102.º do TFUE, no artigo 66.º, n.º 7, do Tratado de Paris e na Lei alemã de 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ou GWB), com o apoio de uma análise linguística das várias versões daquele artigo e das definições dos dicionários.

18 Ver Joliet, 1969: 688: “L'abus de position dominante selon l'article 86 du Traité de Rome doit être entendu comme *l'exploitation effective* du pouvoir de monopole au détriment des *utilisateurs*”. Ver ainda Joliet, 1970.

19 Joliet, 1969: 682.

No mesmo documento em que a Comissão Europeia propunha uma interpretação do conceito de abuso que incluísse também comportamentos que afetassem a própria estrutura da concorrência, aquela instituição definiu o abuso de posição dominante como correspondendo ao exercício dessa posição de modo a obter vantagens que não poderia ter se estivesse sujeito a uma concorrência efetiva.²⁰ Nessa medida, a definição visa o abuso de exploração por excelência. O monopolista que pratica preços excessivos e assim maximiza os seus lucros só o pode fazer porque não está sujeito a uma concorrência efetiva.

O facto de os exemplos contidos nas alíneas do segundo parágrafo do artigo 102.º proibirem como abusivos certos comportamentos independentemente do seu efeito, atual ou potencial, na concorrência foi também identificado por Mario Siragusa (Siragusa, 1977: 400). Este autor defendia, contudo, uma interpretação restritiva quanto à aplicação do conceito de abuso a comportamentos que não tivessem um efeito na estrutura da concorrência. Assim, apenas os casos enunciados na tipologia exemplificativa do artigo 102.º do TFUE poderiam constituir comportamentos abusivos independentemente das consequências ao nível da concorrência.²¹ Tal resultaria da combinação de um argumento sistemático (a inserção da proibição do abuso de posição dominante nas regras de concorrência) com o argumento teleológico extraído da referência ao conceito de “concorrência não falseada” que se extraía do antigo artigo 3.º, al. f) do Tratado de Roma, na redação original.²² Siragusa entendia ainda que a posição do Tribunal de Justiça no acórdão *General Motors Continental* ia no mesmo sentido, ao parecer fundamentar a qualificação de um comportamento dirigido a consumidores como abusivo na própria redação da alínea a) do atual artigo 102.º do TFUE.²³

20 Ver Comissão Europeia, 1966.

21 A alínea c) do Artigo 102.º TFUE exclui a sua aplicação a relações com consumidores finais uma vez que estabelece como requisito que a conduta coloque os parceiros comerciais da empresa dominante “em desvantagem na concorrência”.

22 Entretanto remetido pelo Tratado de Lisboa para o protocolo n.º 27.

23 Ver considerando 12 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.11.1975, Proc. 26/75, *General Motors Continental c. Comissão*, Recueil 1975, p. 1367. No âmbito da prática de preços excessivos, Siragusa considera ainda mais claro o caso *United Brands*. Enquanto no caso *General Motors* existia uma referência ao efeito na concorrência pelo entrave às importações paralelas, «in *United Brands* the Court did not recognize the need for any showing of an effect on competition for the excessive prices to be abusive”. O que teria sido decisivo para o Tribunal de Justiça era saber se a empresa dominante estava a obter vantagens que não teria se houvesse concorrência efetiva. Ver Siragusa, 1979: 186. O Tribunal anulou esta parte da decisão da Comissão, por considerar que esta não tinha comprovado o carácter excessivo dos preços em causa. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, p. 77.

O caso *General Motors Continental*, uma das primeiras decisões da Comissão de aplicação do atual artigo 102.º do TFUE, envolvia precisamente um comportamento empresarial dirigido a consumidores finais.²⁴ Na sua decisão, a Comissão qualificou como um abuso de posição dominante o facto de aquela empresa, fabricante de veículos automóveis da marca Opel (Vauxhal no Reino Unido), ter cobrado, entre 15 de Março e 31 de Julho de 1973, um montante considerado excessivo, como contrapartida da emissão de certificados impostos pela legislação belga para a matrícula de veículos importados. O chamado controlo de conformidade tinha sido tradicionalmente realizado pelas autoridades belgas, passando esta responsabilidade para a esfera dos representantes das marcas a partir de 15 de Março de 1973.

A filial belga da General Motors só tinha experiência neste tipo de serviços quanto à certificação de veículos importados dos Estados Unidos. O valor fixado foi de 5.000 Francos Belgas, a que acresciam mais 900 Francos Belgas a título de Imposto sobre o Valor Acrescentado, exatamente o montante cobrado pela certificação dos veículos fabricados naquele país terceiro. Naturalmente, como afirmava o Advogado-Geral Mayras, os custos da prestação seriam consideravelmente mais baixos no caso de veículos produzidos na Comunidade. Durante o período em questão, aquele encargo foi aplicado a cinco casos. Perante as reclamações dos consumidores, a partir de 1 de Junho de 1973 a General Motors reduziu o valor para 1.000 Francos Belgas, sem impostos e, após uma análise dos custos reais, fixou o valor em 1.250 Francos Belgas, valor igualmente líquido de impostos. A General Motors reembolsou o valor em excesso por comparação com este último montante aos cinco proprietários que tinham pedido certificados de conformidade no período em causa. Por esta bagatela concorrencial a Comissão decidiu, num processo de que a arguida só teve conhecimento depois de corrigir a situação, a 17 de Agosto do mesmo ano, aplicar uma coima de 100.000 ecus, ou 5 milhões de Francos Belgas (note-se que o montante em excesso, líquido de impostos, correspondia a 18.750 Francos Belgas e que este valor tinha sido devolvido aos clientes).

Na sua decisão, a Comissão parecia estar sobretudo preocupada com o efeito inibidor das importações paralelas por parte de consumidores mas também de importadores independentes, ou seja, com o impacto da prática nas relações entre estes e os distribuidores oficiais da General Motors. A própria análise da posição dominante parece ter em vista a proteção dos consumidores e

24 Comissão Europeia, 1975. Seguimos, neste ponto, o nosso texto anterior, Moura e Silva, 2010: 79.

importadores que, tendo optado por comprar um modelo Opel fora da Bélgica, ficariam assim totalmente dependentes da General Motors para a introdução daquele veículo nesse país.

Em todo o caso, apesar deste elemento, a Comissão considerou claramente que, apesar de a prática de preços excessivos ter incidido apenas em cinco casos de inspeções pedidas por consumidores finais, tal não afastava a constatação de um abuso de posição dominante: “Com efeito, a proteção conferida pelo artigo 86.º estende-se também às compras feitas por consumidores no comércio intracomunitário”.²⁵

Em recurso, o Tribunal de Justiça anulou a decisão, concluindo que o zelo da Comissão pela realização dos objetivos do Tratado e em contrariar “qualquer veleidade de exploração abusiva de uma posição dominante” não justificava a sua intervenção “nas circunstâncias temporais e factuais deste caso”.²⁶

O Tribunal de Justiça admitia que a imposição de preços elevados (por comparação com o valor económico da prestação correspondente) para a emissão deste tipo de certificados por uma empresa que é legalmente a única entidade habilitada para o efeito podia constituir um abuso de posição dominante, seja porque tem como efeito limitar as importações paralelas – na medida em que anule eventuais diferenças favoráveis de preços entre diferentes Estados-membros –, seja porque impõe condições de transação não equitativas na aceção da alínea *a*) do artigo 102.º do TFUE (considerando 12). O Tribunal de Justiça não pôs em causa a análise de mérito quanto ao carácter excessivo dos preços em causa:

“un tel abus pourrait consister, notamment, dans la perception d’un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie” (considerando 12).

“qu’il n’est pas contesté que, dans les cinq cas relevés par celle-ci et qui se situent dans une période allant du 15 mars au 31 juillet 1973, la requérante a perçu une redevance dont le montant était largement exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie au titre du contrôle de conformité” (considerando 16).

No entanto, o acórdão excluiu a existência, nas circunstâncias do caso, de um abuso de posição dominante com base em três argumentos da recorrente.

²⁵ Comissão Europeia, 1975: parágrafo 17.

²⁶ Acórdão *General Motors Continental c. Comissão*.

Em primeiro lugar, a emissão de certificados era uma atividade pouco frequente e que lhe passou a caber por imposição legal, a partir do momento em que os serviços do Estado belga deixaram de proceder à certificação, a 15 de Março de 1973; em segundo lugar, tratando-se de uma atividade ocasional e que representava uma ínfima parte da atividade de certificação de veículos por ela comercializados diretamente na Bélgica, os serviços da empresa limitaram-se a estender-lhe o valor aplicado às operações afins realizadas quanto a veículos importados dos Estados Unidos; por último, a General Motors baixou imediatamente o valor para um montante mais próximo dos custos reais logo que foi confrontada com reclamações e devolveu o excesso aos clientes, antes de ter conhecimento do processo da Comissão.

Embora assente numa factualidade semelhante, o caso *British Leyland* parece centrar-se mais no impacto da conduta daquele fabricante automóvel nos importadores profissionais e não sobre os consumidores finais, que dispunham de um procedimento menos oneroso de importação (ainda que mais limitado quanto ao respetivo campo de aplicação). Em todo o caso, na sua decisão, a Comissão considera como um abuso de posição dominante a recusa a particulares da emissão de certificados de conformidade e o facto de a estes ser cobrada uma taxa de cem libras esterlinas, citando o acórdão *General Motors Continental* e aquilo que o Tribunal aí definiu como razoável.²⁷ A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, invocando, aliás, o precedente daquele acórdão:

“27. Conforme o Tribunal decidiu no seu acórdão de 13 de Novembro de 1975 (26/75, já referido), existe exploração abusiva de uma posição dominante quando a empresa que beneficia de uma situação de monopólio administrativo exija pelos seus serviços taxas desproporcionadas em relação ao valor económico da prestação fornecida”.²⁸

A *ratio decidendi* deste acórdão parece basear-se sobretudo nos efeitos junto dos revendedores e, em particular, na concorrência entre estes e os distribuidores contratuais da British Leyland no Reino Unido – os principais prejudicados pelo canal de importações paralelas provenientes da Europa

27 Comissão Europeia, 1984: parágrafos 26 e 28.

28 Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.1986, Proc. 226/84, *British Leyland c. Comissão*, Colet. 1986, p. 3263.

continental. Certamente terá pesado neste processo o facto de a conduta da British Leyland pretender impedir a livre circulação de mercadorias, em clara contrariedade aos princípios inerentes ao funcionamento do Tratado.

Em suma, apesar de a Comissão sustentar a suficiência de um comportamento dirigido aos consumidores para o preenchimento dos requisitos de um abuso de posição dominante, nos casos *General Motors Continental* e *British Leyland* existia paralelamente um claro nexos com a concorrência entre distribuidores (os distribuidores independentes e os distribuidores contratuais daqueles fabricantes).

Já o caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998*, relativo a práticas não equitativas mas que correspondem, na verdade, a condições discriminatórias, tem a particularidade de não se poder identificar um qualquer impacto na concorrência.²⁹ O CFO, ou *Comité français d'organisation de la Coupe du Monde de football de 1998*, foi instituído pela Federação Francesa de Futebol para assegurar a organização do Campeonato Mundial de futebol de 1998 em França. A emissão dos bilhetes para os jogos da fase final competia ao CFO, tendo este procedido à sua distribuição em diversas modalidades.³⁰ A maior parte dos 2.665.500 bilhetes emitidos foi distribuída pelas federações nacionais e por operadores turísticos seleccionados. O CFO vendeu diretamente cerca de 28% dos bilhetes.

Antes do sorteio de grupos, momento em que os adeptos das seleções qualificadas poderiam ficar a saber quais os jogos em que participariam as respectivas equipas e que ocorreu a 4 de Dezembro de 1997, o CFO emitiu dois tipos de bilhetes (correspondendo a vendas “às cegas” por não se saber ainda que equipas disputariam os jogos em apreço), o “Pass France 98” e bilhetes individuais para o jogo de inauguração e os jogos das últimas fases do campeonato.³¹ Apenas os consumidores que pudessem indicar um endereço em França puderam adquirir bilhetes nesse período, em que foram vendidos pelo CFO cerca de 21,5% do total de bilhetes para os jogos da fase final do campeonato.

29 Comissão Europeia, 2000.

30 O CFO era uma entidade sem fins lucrativos, tendo as vendas de bilhetes correspondido a 60% das suas receitas totais.

31 Os jogos dos quartos-de-final, as meias-finais, a final e o jogo para o terceiro/quarto lugar. Note-se que o “Pass France 98” era composto por bilhetes para os jogos a decorrer num determinado estádio.

Só depois de 22 de Abril de 1998 e por pressão da Comissão Europeia³² é que o CFO passou a vender bilhetes ao público. Ainda assim estas vendas representaram apenas 6,58% do total de bilhetes.

Na decisão que condenou o CFO a uma coima simbólica de 1000 euros por abuso de posição dominante,³³ a Comissão considerou aquela organização como uma empresa dominante no mercados da venda ao público, em 1996 e 1997, de 393.200 “Pass France 98” “às cegas” e da venda ao público, em 1997, de 181.000 bilhetes individuais “às cegas”, relativos ao jogo inaugural, aos quartos-de-final e às meias-finais, ao jogo para o terceiro e quarto lugares e à final. Aplicando a análise da substituíbilidade de acordo com o critério do monopolista hipotético, a Comissão concluiu que “o interesse pela fase final do Campeonato Mundial é tal que um aumento de pelo menos 10% no preço dos bilhetes não teria dado origem a qualquer alteração significativa da procura por parte do público para outros produtos concorrentes”.³⁴ Em termos geográficos, o mercado foi definido como correspondendo a todos os países do Espaço Económico Europeu e não apenas a França ou parte desta, como defendia o CFO.³⁵ No mercado assim definido, o CFO foi considerado dominante e, com especial relevância para a qualificação da sua conduta como abusiva, como “titular de um monopólio *de facto*”. No entender da Comissão, esta qualidade colocaria o CFO “sob a obrigação *prima facie* de garantir que

32 Que enviou ao CFO um ofício a 20 de Fevereiro desse ano, solicitando que pusesse termo às práticas consideradas abusivas (ver Parágrafo 46 da Decisão e nota 17).

33 Para uma visão muito crítica do carácter simbólico da coima aplicada, ver Weatherill, 1997: 275. O autor cita um jornal que à época sugeria que a brandura da coima poderá ter estado relacionada com a demissão em bloco da Comissão presidida por Jacques Santer, alguns meses antes de ser proferida a decisão sobre o caso do *Campeonato Mundial de futebol de 1998*.

34 Ver Comissão Europeia, 2000: parágrafo 68, em especial a al. d): “Dado que foram apresentados 1.043.000 pedidos por parte do público em geral que podia apresentar um endereço em França relativamente aos 181.000 bilhetes individuais vendidos pelo CFO em 1997, pode presumir-se que a procura em geral para os bilhetes não teria registado qualquer alteração apesar do aumento do preço de pelo menos 10%”. A metodologia de definição de mercado através do critério do monopolista hipotético tinha sido formalmente acolhida em 1997. Ver Comissão Europeia, 1997. Em sentido favorável à definição de mercado relevante adotada pela Comissão neste caso, ver Weatherill, 1997: 276 : “The issue of market definition in the sports sector is potentially tricky, raising questions about the extent to which each sport can be treated as constituting a separate market or, at the other extreme, whether sport is merely part of a wider market for entertainment, but for an event of the magnitude of the Football World Cup it is uncontroversial to regard the market for match tickets as standing alone from the consumer’s perspective”.

35 O CFO argumentava, com pertinência, que mesmo de entre os residentes em França, entre 71% e 91% dos “Pass France 98” foram adquiridos por residentes no departamento onde estava localizado o estádio de acolhimento em causa ou em departamentos vizinhos. Ao rejeitar este argumento a Comissão aludiu à proximidade geográfica de consumidores provenientes de zonas de outros Estados-membros com fronteira com a França.

os bilhetes vendidos em 1996 e 1997 para os jogos da fase final fossem disponibilizados ao público no âmbito de disposições não discriminatórias em todo o Espaço Económico Europeu (adiante, EEE), apesar da procura por parte de consumidores de fora da França em relação a determinados bilhetes poder ter sido relativamente reduzida face à procura pelo público em França”.

Olhando para o problema na perspectiva da procura, existiriam, pelo menos, dois mercados temporais: o mercado para bilhetes vendidos ao público antes do sorteio de grupos (os bilhetes vendidos “às cegas”) e o mercado para bilhetes vendidos ao público após esse sorteio. A posição da Comissão parece ser a de que, quanto ao mercado de bilhetes vendidos “às cegas”, o CFO não podia discriminar os consumidores do EEE entre residentes em França e não residentes. É esse o sentido da descrição do abuso como um comportamento que “teve o efeito de impor condições comerciais injustas aos residentes de fora de França, que deram origem a uma limitação do mercado em prejuízo desses consumidores” (Parágrafo 88). Embora a Comissão não o invoque diretamente no dispositivo da decisão, tais práticas são subsumíveis às alíneas *a)* e *b)* do artigo 102.º do TFUE.

É neste ponto que a Comissão analisa o argumento do CFO relevante para o tema deste trabalho: a inexistência de um efeito na estrutura da concorrência. Pela sua importância, vale a pena relembrar a posição aí assumida pela Comissão:

“A Comissão rejeita essa interpretação do artigo 82.º. Embora a aplicação do artigo 82.º exija frequentemente uma avaliação do efeito de um comportamento da empresa na estrutura da concorrência num determinado mercado, a sua aplicação na ausência de tal efeito não pode ser excluída. Com efeito, os interesses dos consumidores são protegidos pelo artigo 82.º, sendo tal proteção alcançada proibindo o comportamento de empresas em posição dominante que prejudica uma concorrência livre e não falseada e que seja diretamente prejudicial para os consumidores. Assim, e tal como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça³⁶ o artigo 82.º pode ser devidamente aplicado, se for caso disso, a situações em que o comportamento da empresa em posição dominante prejudica diretamente os interesses dos consumidores apesar da ausência de qualquer efeito na estrutura da concorrência”.³⁷

36 Neste ponto a Comissão cita o considerando 26 do acórdão *Continental Can*, onde o Tribunal de Justiça afirma que o atual artigo 102.º do TFUE “não se destina apenas às práticas susceptíveis de prejudicarem diretamente os consumidores, mas igualmente às que os prejudicam através do seu impacto sobre a estrutura efetiva da concorrência...”. *Continental Can c. Comissão*.

37 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 100.

Repare-se, contudo, que a definição de abuso de exploração, seguida pela Comissão no já citado Memorando de 1965, pressupõe a obtenção de vantagens que a empresa dominante não poderia ter se estivesse sujeita a uma concorrência efetiva. No caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998* não era aparente que da conduta considerada abusiva tivesse resultado qualquer vantagem financeira ou concorrencial para o CFO.

A resposta da Comissão foi sublinhar que a aplicação do artigo 102.º do TFUE não pressupõe qualquer vantagem comercial – o que corresponde, de facto, à letra do artigo. Esta é, de resto, uma dificuldade frequente em casos em que a Comissão procura subsumir práticas discriminatórias ao conceito de abuso de posição dominante.³⁸ A Comissão argumenta, em nota de rodapé, que os “processos relativos a uma fixação de preços excessivos exigem uma apreciação da medida em que (caso exista) uma empresa em posição dominante cobrou um preço que foi excessivo em relação ao valor económico do produto ou do serviço. Assim o grau em que essa empresa pôde obter uma vantagem comercial, que de outro modo não teria podido obter em condições de concorrência normais, deve normalmente ser determinado antes de serem retiradas quaisquer conclusões relativas à fixação de preços excessivos”. A vantagem parece ser, neste caso, a margem acima do “valor económico”, mas não se vê que tal seja suficiente para excluir a necessidade de prova da existência de uma vantagem enquanto elemento inerente à própria classificação da conduta como abusiva.

A superação do critério da vantagem parece residir na especificidade daquela última qualificação. Os casos de discriminação em razão da nacionalidade são tão flagrantemente contrários aos objetivos do Tratado que uma atuação arbitrária por parte de uma empresa dominante dispensa a existência de uma vantagem autónoma. Por outras palavras, a vantagem é aqui a suscetibilidade de impor uma discriminação contra um grupo de utilizadores ou consumidores – não uma vantagem positiva mas a vantagem de dar azo a uma pulsão protecionista e permitir-se descurar os deveres de uma empresa que detém uma posição dominante numa parte substancial de um mercado que pressupõe,

38 O caso das taxas aeroportuárias praticadas nos aeroportos portugueses é disso exemplo. O regime discriminatório não parecia beneficiar a ANA mas conferia uma clara vantagem às companhias de aviação nacionais relativamente a outras transportadoras comunitárias. Claro que nesse caso a prática era enquadrável na alínea c) do artigo 102.º do TFUE, pelo que bastava demonstrar-se a imposição de uma desvantagem na concorrência para as transportadoras comunitárias, não sendo necessário comprovar a obtenção de uma vantagem para a ANA. Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2001, Proc. C-163/99, *República Portuguesa c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 2001, p. I 2613.

precisamente, a eliminação dessas discriminações. Em suma, quando a conduta impõe um encargo ou obstáculo injustificado aos utilizadores ou consumidores, também estaremos perante um abuso de exploração.³⁹

No caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998*, as declarações de um alto responsável da FIFA, Michel Platini, ao jornal *The Independent* foram particularmente reveladoras do propósito discriminatório: “You have to defend those who pay their income tax in France and who allow stadiums to be built or renovated”.⁴⁰

Apesar de a Comissão não se esforçar particularmente por justificar a posição adotada na decisão em causa, estamos convencidos que foi o facto de a conduta do CFO constituir uma discriminação grosseira, ainda que indireta, em razão da nacionalidade que justificou a qualificação daquele comportamento como abusivo. Esta parece ser a implicação da forma como a Comissão qualifica os atos do CFO: “o efeito do comportamento do CFO consistiu em discriminar contra residentes fora de França, o que indiretamente representou uma discriminação contra esses consumidores em razão da nacionalidade contrárias aos princípios fundamentais do direito comunitário”.⁴¹

Quanto à acusação de limitação do mercado, o CFO alegou que a sua conduta não podia ser considerada abusiva à luz da jurisprudência anterior uma vez que os consumidores no EEE acabaram por poder adquirir bilhetes através dos vários canais de distribuição e, mais importante para o âmbito deste trabalho, porque, como o número de bilhetes a vender era necessariamente limitado, “a existência de pressão concorrencial no mercado não teria dado origem a qualquer melhoria no desempenho por parte do CFO”.⁴²

A Comissão rejeita o argumento, atendo-se à obrigação acima referida a que estaria sujeito o CFO: “enquanto empresa em posição dominante nos mercados do produto relevante, o CFO tinha a obrigação de não limitar

39 Na linha da definição proposta por Temple Lang para o abuso de exploração: “if its behaviour takes advantage of economic power to obtain benefits or to impose burdens not obtainable or impossible in conditions of normal and reasonably effective competition, at the expense of the interests of customers or consumers (or, in the case of a dominant buyer, of suppliers)”. (Temple Lang, 1979: 363).

40 *The Independent*, 9.8.1998, p. 31, *apud* Weatherill, 1997: 276.

41 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 102. Note-se que a discriminação em causa neste processo é considerada como a imposição de uma condição não equitativa e não como discriminação na aceção da alínea c) do artigo 102.º do TFUE. A razão de ser deste enquadramento pela Comissão é óbvia: aquela última supõe que a discriminação se traduz na imposição de uma desvantagem na concorrência – o que não poderá suceder com os consumidores finais.

42 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 104.

artificialmente as vendas de bilhetes independentemente de outros operadores económicos poderem ou não vender esses bilhetes”. Como a condição de indicação de um endereço em França inibia a aquisição por residentes noutros Estados-membros do EEE, o comportamento limitou o mercado em prejuízo destes consumidores. Note-se que a limitação do mercado tende a ser considerada prejudicial porque ela é o instrumento pelo qual um monopolista leva ao aumento dos preços – reduzindo artificialmente a oferta. Mas, neste caso, a redução da oferta que poderia ter impacto ao nível dos preços era a que tinha limitado o número de bilhetes para venda antecipada. O dano a que a Comissão se refere parece estar indissociavelmente ligado à discriminação indireta em razão da nacionalidade: os consumidores não residentes em França não puderam participar daquele mercado temporal (o das vendas “às cegas”).⁴³

O CFO tentou ainda justificar a sua prática com razões de segurança nos jogos de futebol, procurando garantir que os apoiantes de seleções rivais fossem afastados uns dos outros em cada estádio. Os bilhetes vendidos “às cegas” eram destinados a espectadores neutros. Mas os peritos a que o CFO remetera a Comissão consideravam que todos os espectadores que adquirissem bilhetes “às cegas” “são geralmente espectadores pacíficos que não representam um risco específico em termos de segurança”. Sendo assim, nada permitia distinguir os consumidores dispostos a adquirir bilhetes “às cegas” em função do critério arbitrário de poderem ou não indicar um endereço em França.

Na prática decisória da Comissão são raros os casos de abusos por discriminação em razão da nacionalidade. O caso *GVL*, embora não diga respeito a um abuso sobre consumidores, é particularmente relevante para esclarecer as circunstâncias em que tais discriminações podem ser consideradas como um abuso de posição dominante. Naquele caso estava em jogo a recusa, por parte da única sociedade alemã de gestão coletiva de direitos de representação, de

43 Claro que outros elementos estranhos ao processo podem levar-nos a pensar que os consumidores que tiveram acesso àquela fase puderam criar um mercado de revenda que tirou partido da subida da procura de certos jogos após serem conhecidos os grupos. Mas nesse caso os consumidores que adquiriram estes bilhetes já não correspondiam ao grupo que teria adquirido os bilhetes “às cegas” – essa revenda teria como procura adeptos de determinadas seleções interessados num jogo em que participava a sua seleção. Estar-se-á então a proteger o direito dos consumidores não residentes em França de participar nesse mercado clandestino? Weatherill cita um artigo do *Financial Times*, publicado durante a fase final do campeonato do mundo, segundo o qual, com clara ironia, a prática do CFO teria criado um novo entusiasmo pelo funcionamento dos mercados junto dos residentes em França: “so many French residents have made a killing from selling tickets that the event may well contribute to a further erosion of the country’s traditional antipathy to the free market”. Weatherill, 1997: 276. O artigo pressupõe, por isso, a posterior revenda a preços mais elevados dos bilhetes adquiridos pelos residentes em França.

prestação de serviços de gestão de direitos conexos com direito de autor a artistas que não tivessem nacionalidade alemã ou que não residissem na Alemanha. A decisão da Comissão, proferida após a cessação da infração, teve um propósito meramente declarativo e não aplicou qualquer sanção.⁴⁴ O Tribunal de Justiça confirmou a competência da Comissão para adotar esta decisão devido ao facto de existir um risco de a GVL voltar a adotar práticas discriminatórias contra os artistas estrangeiros ou não residentes na Alemanha.⁴⁵ O Tribunal de Justiça concluiu, quanto à recusa de celebrar contratos de gestão com artistas estrangeiros ou não residentes na Alemanha, que:

“56. Un tel refus, par une entreprise ayant un monopole de fait, de prêter ses services à tous ceux qui peuvent en avoir besoin mais qui ne relèvent pas d’une certaine catégorie que cette entreprise a circonscrite en se basant sur la nationalité ou sur le domicile, doit être considéré comme l’exploitation abusive d’une position dominante au sens de l’article 86, alinéa 1, du traité.”

Além dos processos analisados, encontramos ainda outros casos onde é claramente assumida a aplicabilidade do artigo 102.º do TFUE a comportamentos dirigidos aos consumidores.

Um primeiro grupo de casos envolve a aplicação da al. a) do artigo 102.º do TFUE, ou seja, a imposição de condições não equitativas, em particular por via de preços excessivos. Incluem-se neste grupo os acórdãos *Pompes funèbres* e *Ahmed Saeed*. Ambos os arestos apresentam a conexão entre uma alegação relativa à prática de preços excessivos e a sua imposição aos consumidores. Deve sublinhar-se, contudo, que nestes processos existe também um claro nexó com o efeito na estrutura de concorrência. Assim, no caso *Pompes funèbres*, a demandante no processo principal – que alegava que o regime de concessões atribuídas por alguns municípios a determinadas empresas funerárias criava monopólios que levavam à imposição de preços excessivos aos consumidores de serviços funerários – era concorrente das funerárias titulares de uma concessão.⁴⁶ O propósito da ação era obter o fim das concessões de modo a permitir a concorrência nas zonas até aí concessionadas. A defesa dos consumidores seria

44 Comissão Europeia, 1981.

45 Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.3.1983, Proc. 7/82, *GVL c. Comissão*, Recueil 1983, p. 483.

46 Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 4.5.1988, Proc. 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, Colet. 1988, p. 2479.

assim indireta – ou seja, a reposição da concorrência introduziria liberdade de escolha e, eventualmente, melhores preços e qualidade de serviço.

O acórdão *Ahmed Saeed*, outra decisão proferida no âmbito de um reenvio prejudicial, refere-se expressamente ao risco da prática de preços excessivos sobre os consumidores:

“42. Quando a autoridade nacional competente concluir que uma empresa de transporte aéreo dispõe de uma posição dominante no mercado em causa, deverá seguidamente examinar se a aplicação de tarifas, que tal empresa haja imposto às outras transportadoras aéreas, que fazem a mesma ligação, constitui um abuso de posição dominante. Esse abuso pode nomeadamente verificar-se quando as tarifas impostas devam ser consideradas condições de transporte não equitativas em relação quer aos concorrentes quer aos passageiros.”⁴⁷

Contudo, não é claro até que ponto esta decisão – uma primeira incursão das regras de concorrência no domínio do transporte aéreo – corresponde realmente a uma preocupação coerente com os consumidores. Assim, logo depois de alertar para o risco da imposição de preços excessivos, o Tribunal muda o seu discurso para a proteção de outros operadores contra uma “taxa excessivamente reduzida que tenha por objetivo eliminar do mercado empresas fora do âmbito do acordo”. Desta última só poderia resultar um prejuízo indireto para o consumidor, sendo o fundamento da intervenção a proteção da estrutura concorrencial do mercado.

O segundo grupo de casos onde encontramos igualmente o objetivo de proteção dos consumidores diz respeito às recusas de concessão de licenças. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o mero exercício de um direito de propriedade intelectual por uma empresa em posição dominante não constitui, por si só, um abuso dessa mesma posição, exceto se esse exercício for instrumental a um abuso.⁴⁸ Todavia, nos casos *Maxicar c. Renault e Volvo c. Veng*, o Tribunal de Justiça entendeu que o exercício de direitos de propriedade intelectual poderia constituir um abuso de posição dominante em determinadas circunstâncias, indicando três exemplos de possíveis abusos: “a recusa arbitrária

47 Acórdão do Tribunal de Justiça Proc. 66/86, *Ahmed Saeed Flugraisen e o. c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Colet. 1989, p. 803.

48 Moura e Silva, 1993: 295. Ver o considerando 16 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.5.1978, Proc. 102/77, *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, Colet. 1978, p. 391.

de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular”.⁴⁹

Embora o Tribunal de Justiça tenha entendido que naqueles processos a recusa de conceder uma licença mediante a contrapartida de *royalties* razoáveis não constituía um abuso, o seu *dictum* sobre possíveis abusos abria as portas a uma futura aplicação do artigo 102.º do TFUE, o que viria a suceder no caso *Magill*. Contudo, e para o que nos interessa neste trabalho, a *ratio* da imposição do dever de conceder uma licença sobre direitos de propriedade intelectual é um efeito especialmente qualificado sobre a estrutura concorrencial – a eliminação da concorrência no mercado dependente – tendo igualmente em consideração o impacto sobre os consumidores. Este último elemento já estava presente no último exemplo do elenco citado nos acórdãos *Volvo c. Veng* e *Maxicar c. Renault*. A razão de ser do carácter abusivo da decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um modelo com muitos veículos em circulação é, indiscutivelmente, a limitação da oferta em prejuízo dos consumidores, na aceção da alínea *b*) do artigo 102.º do TFUE.

Ao confirmar a decisão da Comissão no caso *Magill*⁵⁰ e os acórdãos recorridos do atual Tribunal Geral,⁵¹ o Tribunal de Justiça destacou o impacto negativo da conduta das operadoras de televisão sobre os consumidores, uma vez que a recusa em conceder uma licença para a reprodução das respectivas listas semanais de programas de televisão impediu os consumidores de beneficiar de um guia semanal completo, obrigando-os a adquirir os guias semanais de cada operadora que apenas divulgavam a respetiva programação:

“53. As recorrentes – que eram, pela força das coisas, as únicas fontes da informação em bruto sobre a programação, matéria-prima indispensável para criar um guia semanal de televisão – não deixavam assim ao telespectador que pretendesse

49 Considerando 9 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.6.1988, Proc. 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, Colet. 1988, p. 6211. A fonte destes exemplos encontra-se nas conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo naquele processo, parágrafo 28. Seguindo a mesma formulação, ver o considerando 16 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.10.1988, Proc. 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, Colet. 1988, p. 6039.

50 Comissão Europeia, 1988.

51 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.7.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Comissão*, Colet. 1991, p. II 485.

informar-se das ofertas de programas para a semana seguinte outra possibilidade senão a de comprar os guias semanais de cada estação emissora e deles retirar ele próprio os dados úteis para fazer comparações.

54. A recusa das recorrentes de fornecerem as informações em bruto, invocando as disposições nacionais sobre o direito de autor, constitui, assim, um entrave ao lançamento de um produto novo, um guia semanal completo dos programas de televisão, que as recorrentes não ofereciam, e para o qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores, o que constitui um abuso nos termos do artigo [102.º], segundo parágrafo, alínea b), do Tratado”.⁵²

Feita esta exposição, permanece uma questão: se decorre diretamente do enunciado do artigo 102.º do TFUE que uma prática de uma empresa dominante que explore os consumidores pode ser abusiva, porque é que encontramos tão poucos exemplos de aplicação deste princípio? Se tal aplicação do artigo 102.º encontra apoio na doutrina e na jurisprudência, o que justifica a aparente relutância da Comissão em usar este instrumento de proibição de abusos sobre os consumidores?

A potencial sobreposição com o domínio da tutela do consumidor e, sobretudo, o receio de abrir uma via de controlo do comportamento de empresas em posição dominante com implicações imprevisíveis parecem estar por trás da atitude de cautela da Comissão. Julgamos, todavia, que essas preocupações podem ser afastadas se tivermos em conta que, mesmo quando qualifica como abusivas condutas dirigidas ao consumidor, o artigo 102.º do TFUE continua a ser uma *regra de defesa da concorrência* e não de proteção do consumidor. A intervenção do direito da concorrência supõe a existência de um problema decorrente de uma falha de mercado passível de correção (ou pelo menos mitigável) pelo tipo de intervenção proibitiva que o caracteriza.

O campo de aplicação do abuso de posição dominante a comportamentos que exploram os consumidores é particularmente evidente quando existe umnexo entre a posição detida pela empresa dominante e a caracterização como abusiva da sua conduta.

52 Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.4.1995, Procs. Apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comissão*, Colet. 1995, p. I 747.

É possível que, na ausência daquilo a que o Advogado-Geral Fennelly chamou “superdominância”,⁵³ a exploração dos consumidores tenda a levar estes a optar – quando possível – por concorrentes da empresa dominante. Mas quando estes últimos não existem, a exploração dos consumidores torna-se intolerável para o direito da concorrência. Mesmo que se exponha à crítica de que a sua intervenção corresponde a reconhecer que a falha de mercado em causa só pode ser ultrapassada mediante um exercício de regulação, *ad hoc* e imperfeita, a aplicação do abuso de posição dominante encontra fundamento na medida do dano para o consumidor.

A restauração de uma pureza conceitual que afaste o recurso ao instituto do abuso de posição dominante como instrumento de intervenção nestas situações em que a concorrência é inoperante enquanto mecanismo de salvaguarda do consumidor só seria possível se renegássemos a origem do artigo 102.º do TFUE e o muito propalado (mas não plenamente compreendido) truísmo segundo o qual “não é a posição dominante que é ilícita e sim o seu abuso”. É que a implicação deste truísmo é precisamente a necessidade de impor à empresa dominante o dever de se comportar como se estivesse em concorrência.

A filosofia regulatória que preside à génese do atual artigo 102.º do TFUE encerra seguramente dificuldades, mas estas não podem apenas desaparecer por um desejo de coerência que não esteve na mente dos autores do Tratado e que não é compatível com a letra e o espírito daquela norma.⁵⁴ A função do direito da concorrência nestes casos é de identificar o carácter abusivo de um determinado comportamento e proibi-lo, mesmo que tenha de constatar que as características do mercado em causa são tais que a superação da falta de

53 V. Parágrafo 137 das conclusões do Advogado-Geral, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16.3.2000, Procs. Apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, Colet. 2000, p. I 1365. A versão portuguesa das conclusões traduz aquele passo por “posição claramente dominante”, referindo-se, de seguida, a “uma posição eminentemente dominante, próxima do monopólio”. Sobre o conceito de “superdominance”, ver Whish, 2012: 187.

54 Já Gyselen chamava a atenção para os problemas suscitados pela aplicação do atual artigo 102.º do TFUE aos preços excessivos: “As far as the remedial problem is concerned, a monopolist cannot comply with a prohibition to charge an excessive price if it is not told what other price it should charge. This requires the fixing, by authority, of a reasonable price”. (Gyselen, 1990: 601). Não deixa de ser irónico registar que a aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83 foi saudada à época como um passo para substituir a fixação administrativa de preços. Vejam-se os discursos dos Ministros Rui Machete (“O Estado no contexto do novo diploma apenas assume uma atividade fiscalizadora do comportamento do agente económico, de garantia de igualdade de oportunidades no acesso e funcionamento do mercado, e nunca uma função condicionante ou autorizadora”) e Álvaro Barreto (“quisemos fazer uma afirmação politicamente muito firme: a de que iríamos dar o privilégio à economia de mercado, que gradualmente retiraríamos os regimes de fixação administrativa práticos atualmente e desde há alguns anos em Portugal”) in VV.AA., 1985.

operacionalidade da concorrência terá de passar pelo estabelecimento de um regime de regulação sectorial. O direito da concorrência procura essencialmente salvaguardar o processo concorrencial e não regular de forma permanente um dado mercado; mas não pode deixar de ter um campo de aplicação quando a concorrência é inoperante para travar abusos de exploração por parte de uma empresa dominante.⁵⁵

A existência de circunstâncias que colocavam em crise os mecanismos disciplinadores do mercado é bem patente nos casos que examinámos a respeito da jurisprudência da União Europeia. Em todos os casos analisados verifica-se que só foi identificado um abuso quando a empresa em causa ocupava uma posição de monopólio de facto (expressão usada nos casos *General Motors Continental*, *British Leyland*, *Campeonato Mundial de futebol de 1998* e *Magill*) sem que os consumidores tivessem outra alternativa.

Aliás, o facto de a generalidade dos casos de preços excessivos em mercados de produtos finais envolver empresas em situação de monopólio de facto leva Thomas Kauper a defender que a ênfase nos casos de preços excessivos é apenas nominalmente regulação da conduta uma vez que a preocupação subjacente à intervenção é eminentemente estrutural (Kauper, 1990: 659). Para este autor “[t]hese are cases of persistent dominance, where because the government is prepared to protect the power held, entry is not likely to erode market power”. O aprofundamento da integração económica (à época resultante da realização do mercado único) deveria levar a um realinhamento da aplicação do artigo 102.º no sentido do controlo de comportamentos que prejudicam a concorrência em sentido próprio (Kauper, 1990: 685). Com exceção do já analisado caso do Campeonato Mundial de futebol de 1998, tal entendimento parece amplamente confirmado pela prática decisória da Comissão.

55 Note-se que quanto aos preços excessivos não é exigível, na constatação de um abuso, a imposição administrativa de um preço: a constatação do carácter excessivo de um preço nunca é acompanhada da indicação de qual o preço “equitativo”. Ver Temple Lang, 1979: 347: “Article 86 does not seem to imply that there is only one competitive price for any give goods or services in any given circumstances, and that any other price is, or is likely to be ‘unfair’. It is suggested that to be an abuse under Article 86 the value received must be grossly disproportionate to the value given, and outside the limits of what is reasonable”. A indeterminação do resultado da concorrência é patente nas intervenções em casos de cartéis. Se após a condenação de um cartel se assistir a um aumento dos preços, por exemplo, motivado por um aumento do preço de matérias-primas, desde que o preço mais elevado resulte de comportamentos independentes (não colusivos) das empresas em causa, tal não constitui um ilícito concorrencial. No caso dos cartéis, a defesa da concorrência esgota-se assim na satisfação de um requisito “procedimental”: o da formação autónoma das decisões dos agentes económicos no mercado.

Ao atribuir maior atenção aos casos em que o dano para o consumidor resulta da eliminação da concorrência por práticas abusivas, a disciplina do abuso de posição dominante mudou o seu centro de gravidade. Aliás, a Comissão privilegiou deliberadamente os abusos de exclusão para a elaboração de orientações interpretativas.⁵⁶ No entanto, as Orientações de 2009 sobre os abusos de exclusão (Comissão Europeia, 2009) contêm um importante *dictum* que nos ajuda a esclarecer o escopo da intervenção relativamente a abusos de exploração sobre os consumidores:

“Qualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos) ou que mine os esforços com vista à realização de um mercado interno integrado, é igualmente passível de infringir o artigo [102.º]. A Comissão poderá decidir intervir nos casos em que se registam tais comportamentos, nomeadamente quando a defesa dos mesmos e o bom funcionamento do mercado interno não possam ser adequadamente assegurados por outra via” (parágrafo 7).

Para o abuso de exploração sobre consumidores fica assim reservado um papel residual. Só verificadas certas circunstâncias excepcionais que o justifiquem poderá o direito da concorrência socorrer os consumidores que sejam objeto deste tipo de abusos em casos que não sejam acompanhados da afetação da estrutura concorrencial. Desde que o comportamento em causa tenha um impacto negativo sobre os consumidores que possa ser mitigado pela aplicação da proibição do abuso de posição dominante estamos ainda claramente no domínio do direito da concorrência e não da defesa do consumidor.

Enquanto *ersatz* de um exercício de regulação *ad hoc* e imperfeita, a intervenção ao abrigo do artigo 102.º deve ser susceptível de eliminar ou atenuar o dano para o consumidor. Será o caso da eliminação de um tratamento discriminatório, quando o tratamento não discriminatório menos danoso para o consumidor puder ser facilmente determinado, ou da diminuição de um preço excessivo, caso exista um critério objetivo que permita pelo menos reconhecer a ordem de grandeza do excesso praticado.

56 Comissão Europeia, 2009. Para a antiga Comissária da Concorrência, Nellie Kroes, “We also think that it is wise in our enforcement policy to give priority to so-called exclusionary abuses, since exclusion is often at the basis of later exploitation of customers” (negrito no original) (Kroes, 2006: 384). Para uma perspetiva recente sobre os abusos de exploração, ver o capítulo 7 de Moura e Silva, 2010.

IV. A PROIBIÇÃO DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO NRJC

Cumprindo um propósito de harmonização entre o enunciado da lei nacional e as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,⁵⁷ o instituto do abuso de posição dominante passa agora a ter, na lei nacional, a mesma cláusula geral e a mesma tipologia exemplificativa, exceção feita à recusa de acesso a infraestruturas essenciais – uma inovação do legislador de 2003 que, para o efeito, transcreveu a solução adotada na Alemanha aquando da respectiva revisão da *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) em 1999 (alínea *e*) do n.º 2 do artigo 11.º do NRJC).

Ao suprimir a expressão “tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”, o n.º 1 do artigo 11.º do NRJC afastou o principal obstáculo ao acolhimento da linha jurisprudencial da União Europeia quanto à susceptibilidade de condenação como abusiva de comportamentos de empresas dominantes dirigidos diretamente a consumidores. Nem se compreenderia que fosse agora interrompida uma tendência interpretativa antiga no sentido da articulação do sentido atribuído às normas nacionais face à jurisprudência relativa às normas do atual TFUE.⁵⁸

A harmonização textual com o artigo 102.º do TFUE tem diversas consequências que não podem ser plenamente exploradas neste trabalho. Pela sua importância referimo-nos apenas a uma dessas implicações que respeita ao alcance da eliminação da expressão “por objeto ou como efeito”. Como o Tribunal de Justiça da União Europeia já esclareceu, a respeito do facto de o enunciado do artigo 102.º do TFUE não conter a dicotomia objeto/efeito, esta redação da norma não implica que apenas comportamentos que tenham por efeito abusar da posição dominante sejam proibidos. Assim, quanto aos abusos de posição dominante, “não podem no entanto admitir-se tais comportamentos quando tenham por objetivo reforçar essa posição dominante”.⁵⁹ Como sustenta o atual Tribunal Geral, “para efeitos da aplicação do artigo 82.º CE, a demonstração do objetivo e do efeito anticoncorrencial [confundem-se].

57 Já no passado nos tínhamos pronunciado no sentido de ser desejável esta harmonização. Ver Moura e Silva, 2008: 67.

58 Ver Conselho da Concorrência, 1986: 27, onde, referindo-se ao caso *Centralcer*, se afirma que “o Conselho teve, assim, a oportunidade de afirmar a sua intenção de, na medida do possível, promover a gradual harmonização de critérios na aplicação do direito nacional e comunitário da concorrência. Trata-se, no fundo, de acolher e respeitar as orientações do direito comunitário fora dos casos em que é diretamente aplicável, sem com isso pôr em causa a eventual conveniência de adaptar essas orientações às exigências do mercado nacional e à manutenção de uma concorrência efetiva a nível interno”.

59 Acórdão *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, considerando 107.

Efetivamente, se se demonstrar que o objetivo prosseguido pelo comportamento de uma empresa em posição dominante é restringir a concorrência, este comportamento também é suscetível de ter tal efeito”.⁶⁰

Chegados a este ponto, importa agora ponderar duas questões adicionais. A primeira diz respeito aos fins dos dois ordenamentos: a proibição do abuso de posição dominante no direito português corresponde à mesma finalidade prosseguida pelo artigo 102.º do TFUE? Na medida em que os casos estudados na secção III estejam indissociavelmente ligados ao conceito de abuso enquanto ato contrário aos fins do Tratado, não resultará daí, independentemente da identidade de enunciados legais, uma objeção de fundo à sua expansão para o direito nacional?

Pela nossa parte, consideramos que os artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC têm um elemento essencial comum: a contrariedade da conduta da empresa dominante face aos deveres que as regras de concorrência em apreço lhe impõem. De acordo com a jurisprudência europeia analisada na secção III deste trabalho, esses deveres de conduta abrangem comportamentos no mercado mesmo que apenas prejudiquem diretamente os consumidores finais, sobretudo quando resultem de uma estrutura em que a concorrência se encontre seriamente limitada ou seja inoperante. Neste caso, o dano para os consumidores pode coincidir ou não com uma afetação negativa da integração económica mas esta última não é condição de preenchimento do tipo abuso de posição dominante. Este elemento comum é o fundamento para a aplicação do artigo 11.º do NRJC a abusos de exploração sobre consumidores.

Isto não significa, todavia, que o âmbito de proteção dos artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC seja totalmente coincidente ou que eles não prossigam distintas finalidades nos respetivos ordenamentos jurídicos. A indissociabilidade do artigo 102.º do TFUE face à finalidade de integração europeia e o papel da Comissão enquanto “guardiã dos Tratados” podem ditar uma leitura do âmbito da proibição daquela norma mais ampla do que a que presidirá a uma norma infraconstitucional do ordenamento português. Aliás, e essa é uma das questões mais interessantes suscitadas pelo NRJC, esta irreduzível diferença deverá ser tida em conta ao nível do exercício de poderes sancionatórios pela Autoridade da Concorrência portuguesa para aferir se um caso em que

60 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.9.2003, Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colet., p. II-4071, considerando 241.

um mesmo comportamento viola os artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC constitui um concurso real ou meramente aparente de contraordenações.⁶¹

Uma segunda questão refere-se à própria natureza das regras de concorrência nacionais: não se corre o risco, para o qual o Conselho da Concorrência alertava em 1990, de paralisar a atividade de uma autoridade especializada com o tratamento de conflitos de consumo?

Julgamos já ter dado a resposta a essa questão a propósito da jurisprudência europeia. Ao qualificar como abusivas condutas dirigidas ao consumidor, o artigo 11.º do NRJC, tal como o artigo 102.º do TFUE, continua a ser uma *regra de defesa da concorrência* e não de proteção do consumidor. A aplicação do artigo 11.º do NRJC pressupõe estarmos perante um ilícito concorrencial. E mesmo que as condições estruturais do mercado sejam determinantes para afastar o poder disciplinador da concorrência (como, de resto, em qualquer caso de abuso de posição dominante), o que importa é determinar se existe uma conduta imputável a uma empresa dominante que explora abusivamente a sua posição. Por outras palavras, o facto de a vítima direta do abuso ser um consumidor não tem qualquer impacto na configuração do dever da empresa dominante, pois ela teria o mesmo dever para com outro parceiro comercial.

Acresce que este ajustamento à prática da União Europeia não afeta a aplicação do regime relativo aos acordos e práticas concertadas entre empresas e às decisões de associação de empresas. Com efeito, neste domínio, a redação do artigo 9.º do NRJC mantém o elemento do tipo que exige que a prática tenha “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência”, pelo que só os comportamentos danosos para os consumidores que preencham aquele elemento típico podem ser abrangidos por aquela proibição. As mesmas considerações são válidas quanto ao abuso de dependência económica, dispondo o artigo 12.º do NRJC que tal prática só é proibida “na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência”.

Quanto ao potencial campo de aplicação dos abusos de exploração sobre consumidores, o Memorando de Entendimento que prevê a adoção da nova lei da concorrência estabelece igualmente a exigência de combate a comportamentos oportunistas que prejudicam os consumidores. Assim, o objetivo do

61 A questão não se colocava ao abrigo da Lei n.º 18/2003 pois o legislador entendeu então qualificar a violação dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE como contraordenação esquecendo-se de prever qual a coima aplicável. Ver Moura e Silva, 2008: 157.

Memorando de Entendimento onde se insere a revisão da Lei da Concorrência foi o de “[a]sssegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (*rent-seeking behaviour*), reforçando a concorrência e os reguladores sectoriais”.⁶² Tais comportamentos oportunistas de captura de rendas constituem um fardo que onera os consumidores e a economia nacional em geral. Em particular, mas não só, no quadro de mercados não sujeitos a regulação e onde se detetem tais monopólios de facto ou em mercados onde a regulação se mostre insuficiente para pôr termo a tais comportamentos, existe um claro campo de aplicação da proibição dos abusos de exploração sobre consumidores.

Quanto à aplicação no tempo da proibição do abuso de exploração pela lei nacional, parece-nos claro que só poderá haver lugar à aplicação de coimas ao abrigo do artigo 11.º do NRJC quanto a tais condutas que não eram anteriormente abrangidas pelo enunciado do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 caso as mesmas ocorram (ou se mantenham) após a entrada em vigor no NRJC. Note-se que tal não significa que esses comportamentos não sejam ilícitos: já o eram antes da entrada em vigor do NRJC, mas apenas na medida em que estivessem preenchidos os requisitos do artigo 102.º do TFUE.

V. CONCLUSÃO

Com a alteração do enunciado da cláusula geral do abuso de posição dominante e a sua harmonização com o texto do artigo 102.º do TFUE, o NRJC estende o âmbito da proibição nacional a comportamentos de uma empresa dominante que, embora não afetem a estrutura concorrencial, procuram obter vantagens junto dos consumidores que aquela empresa não poderia ter auferido em situação de concorrência.

As dificuldades que a aplicação do artigo 11.º do NRJC a abusos de exploração sobre consumidores não deixará de suscitar parecem amplamente compensadas pela possibilidade de evitar que empresas em posição dominante, que adotem comportamentos que exploram os consumidores, se escudem no facto de tais práticas abusivas incidirem apenas sobre os consumidores e não sobre outros parceiros comerciais.

62 Ver *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 17.5.2011. No texto em língua inglesa, “[e]nsure a level playing field and minimise rent-seeking behaviour by strengthening competition and sectoral regulators”.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.6.1988, Proc. 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, Colet. 1988, p. 6211.
- Acórdão do Tribunal de Justiça Proc. 66/86, *Ahmed Saeed Flugraisen e o. c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Colet. 1989, p. 803.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.1986, Proc. 226/84, *British Leyland c. Comissão*, Colet. 1986, p. 3263.
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16.3.2000, Procs. Apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, Colet. 2000, p. I 1365.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.10.1988, Proc. 53/87, *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, Colet. 1988, p. 6039.
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 4.5.1988, Proc. 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, Colet. 1988, p. 2479.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.11.1975, Proc. 26/75, *General Motors Continental c. Comissão*, Recueil 1975, p. 1367.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.2.1973, Proc. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 1973, p. 109.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.3.1983, Proc. 7/82, *GVL c. Comissão*, Recueil 1983, p. 483.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.5.1978, Proc. 102/77, *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, Colet. 1978, p. 391.
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.9.2003, Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colet. 2003, p. II 4071.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.4.1995, Procs. Apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comissão*, Colet. 1995, p. I 747.
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.7.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Comissão*, Colet. 1991, p. II 485.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2001, Proc. C-163/99, *República Portuguesa c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 2001, p. I 2613.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colet. 1978, p. 77.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de

1990 “Direito português da concorrência: em torno do Decreto-Lei n.º 422/83”, *R.O.A.*, vol. 50, n.º 3, 1990, p. 577.

COMISSÃO EUROPEIA

1966 *Mémorandum de la Commission de la Communauté Économique Européene sur la concentration dans le Marché Commun, Concurrence*, Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias.

1974 Decisão da Comissão Europeia de 19.9.1974, *IV/28.851 General Motors Continental*, J.O. L 29, de 3.2.1975, p. 14.

1981 Decisão da Comissão Europeia de 29.10.1981, *IV/29.839 – GVL*, J.O. L 370, de 28.12.1981, p. 49.

1984 Decisão da Comissão Europeia de 2.7.1984, *IV/30.625 British Leyland*, J.O. L 207, de 2.8.1984, p. 11.

1989 Decisão da Comissão Europeia de 21.12.1988 (89/205/CEE), *IV/31851 Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE*, L 78, de 21.3.1989, p. 43.

1997 *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)*, J.O. C 372, de 9.12.1997, p. 5.

2000 Decisão da Comissão Europeia, de 20.7.1999, *Proc. IV/36.888 – Campeonato Mundial de futebol de 1998*, J.O. L 5, de 8.1.2000, p. 55.

2009 *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, J.O. C 45, de 24.2.2009, p. 7.

CONSELHO DA CONCORRÊNCIA

1985 Relatório de Actividades – 1984-85, Lisboa: Ministério da Economia.

1986 Relatório de Actividades – 1986, Lisboa: Ministério da Economia.

1990 Relatório de Actividades – 1990, Lisboa: Ministério da Economia.

DUBOIS, Jean-Pierre

1986 *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la CEE*, Paris: Librairies Techniques.

FERREIRA, Eduardo Paz

2001 *Direito da Economia*, Lisboa: AAFDL.

FOCSANEANU, Lazar

“La notion d’abus dans le système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne», in VAN DAMME, J. A. (org.), *La*

réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire. Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law, Bruges: De Tempel, p. 324.

GERBER, David J.

1987 “Law and the Abuse of Economic Power in Europe”, *Tul. L. Rev.*, vol. 62, n.º 1, 1987, p. 57.

GYSELEN, Luc

1990 “Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 1989 (B. Hawk, org., 1990), 1990, p. 597.

JOLIET, René

1969 “Monopolisation et abus de position dominante”, *Rev. Trim. Droit Européen*, 1969, p. 645.

1970 *Monopolization and Abuse of Dominant Position, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l’Université de Liège – 31*, Liège – Haia: Faculté de Droit de l’Université de Liège – Martinus Nijhoff, 1970.

KAUPER, Thomas E.

1990 “Whither Article 86? Observations on Excessive Prices and Refusals to Deal”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 1989 (B. HAWK org., 1990), p. 651.

KROES, Neelie

2006 “Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 2005 (B. Hawk, org., 2006), p. 381.

MOURA E SILVA, Miguel

1993 “Protecção de Programas de Computador na Comunidade Europeia”, *Direito e Justiça*, vol. VII, 1993, p. 253.

2002 “As sanções aplicadas: coimas e indemnizações”, *Mesa Redonda A Concorrência e os Consumidores*, Série “Estudos e Documentos”, Lisboa: Conselho Económico e Social, p. 42.

2008 *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

2010 *O abuso de posição dominante na nova economia*, Coimbra: Almedina.

RUIZ, Nuno

1985 “Implicações sectoriais da aplicação da lei da concorrência”, *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Lisboa: Assuntos Europeus, 1985, p. 93.

SIRAGUSA, Mario

1977 “Application of article 86: Tying arrangements, refusals to deals, discrimination and other cases of abuse”, in VAN DAMME, J. A. (org.), *La réglementation du*

comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire. Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law, Bruges: De Tempel, 1977, p. 398.

1979 “The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices”, *C.M.L. Rev.*, vol. 16, 1979, p. 179.

TEMPLE LANG, John

1979 “Monopolisation and the Definition of ‘Abuse’ of a Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty”, *C.M.L. Rev.*, vol. 16, 1979, p. 345.

VV.AA.

1985 *Concorrência em Portugal nos Anos 80 (Actas do colóquio organizado pela Revista Assuntos Europeus na Fundação Calouste Gulbenkian em 7 e 8 de Junho de 1984)*, Lisboa: Assuntos Europeus.

WEATHERILL, Stephen

1997 “Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup”, *E.C.L.R.*, vol. 21, n.º 6, 1997, p. 275.

WHISH, Richard

2012 *Competition Law*, 7.^a ed., Oxford: Oxford Univ. Press.

LIKE RUNNING WATER? – THE INTERPLAY BETWEEN ANTITRUST AND ONLINE MUSIC LICENSING

*Nuno Carrolo dos Santos**

ABSTRACT: The past approach of EU competition law to collecting societies in the offline environment allowed the creation of a closed network of national territory-based monopolies. However, the Internet and digital technology absolutely changed the paradigm for music dissemination and use. The loss of territoriality – one of the most significant features of copyright and one of the tectonic faults in the interaction with competition law – has apparently abolished the rationale for collecting societies not to engage in cross-border competition. This article considers the interplay between antitrust and online collective copyright management, discussing the role of EU competition law in anticipation of the Commission's CISAC decision review by the General Court.

SUMMARY: 1. Online music and collective copyright management. 2. The rights managed and the role of collecting societies. 2.1. Rights. 2.2. Role: “special” undertakings? 3. Collecting societies in the transition to the online environment. 3.1. The offline environment. 3.2. The online environment. 4. CISAC and online music licensing under article 101. 5. Antitrust and online music licensing after CISAC. 5.1. Soft-handed approach by the Commission in CISAC. 5.2. Competition law enforcement *vs* legislative intervention. 6. Conclusion: what role to competition law?

“The absolute transformation of everything that we ever thought about music will take place within 10 years, and nothing is going to be able to stop it. I see absolutely no point in pretending that it's not going to happen. I'm fully confident that copyright, for instance, will no longer exist in 10 years, and authorship and intellectual property is in for such a bashing. Music itself is going to become like running water or electricity.

* Lawyer. The author, who remains the only responsible for the views expressed, would like to thank Miguel Mendes Pereira and Francisco Costa-Cabral for the kind and useful comments and suggestions.

So it's like, just take advantage of these last few years because none of this is ever going to happen again. You'd better be prepared for doing a lot of touring because that's really the only unique situation that's going to be left. It's terribly exciting. But on the other hand it doesn't matter if you think it's exciting or not; it's what's going to happen."

DAVID BOWIE (musician, producer and actor), June 2002.¹

"In short, the emergence of Internet radically modifies the way copyright is exploited."

EUROPEAN COMMISSION, 2008 *CISAC* decision²

1. ONLINE MUSIC AND COLLECTIVE COPYRIGHT MANAGEMENT

The Internet has grown from being a novel technical application into a central feature of the developed world economy. Music, in turn, has been recognized a key role by the European Commission in the evolution of online services, since it can so easily be distributed online and there is such high demand for it. It is accepted that music has been a major factor in the take-up of broadband services throughout the EU.³ As such, online music rights have gradually become more significant to the media, IT, communications, e-commerce and entertainment sectors, who require simple and sound solutions to the problem of pan-European rights clearance, notably in order to keep pace with the fast growing US online businesses.⁴

Collecting societies ("CSs") are the traditional interface between right-holders and commercial music users. CSs display a number of idiosyncrasies regarding the impact of the Internet and digitalisation on their activities. Firstly, CSs interact closely with the cultural policies of EU Member States, creating a propensity for the legal debate to become intermixed with politics. Secondly,

1 Pareles, 2002.

2 Case COMP/C2/38.698, *CISAC*, decision of 16.07.2008 ("CISAC"), §120 (appealed T-392/08, T-398/08, T-401/08, T-410/08, T-411/08, T-413/08, T-414/08, T-415/08, T-416/08, T-417/08, T-418/08, T-419/08, T-420/08, T-421/08, T-422/08, T-425/08, T-428/08, T-432/08, T-433/08, T-434/08, T-442/08, T-451/08 and T-456/08 [rejected for being filed out of time]).

3 *Commission staff working document, Impact Assessment reforming cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services* (11 October 2005), p. 5.

4 In the US, copyright is regulated at federal level and the constitutional rule of pre-emption (Section 301 of the US Copyright Act) does not allow copyright or equivalent rights to exist at the level of individual States.

because of the limited “free-pass” granted by the Court of Justice for the offline world, CSs have never before had to deal with the Single Market. Thirdly, Internet and the digital technology have brought about fast and astonishing changes in the way music is demanded, disseminated and consumed. Changing consumer and commercial habits challenge existing rights’ clearance schemes. This revolution requires a competition law re-assessment in light of a new borderless, online digital world and, of course and as always, the Single (online) Market.

The current music licensing process for online and transnational purposes is burdensome. Although the Commission’s efforts to identify and act on competition concerns regarding CSs’ management and licensing of musical works for use on the Internet can be traced back to the 90s,⁵ some claim they have not been sufficient to bring competition to a market with little incentive to alter long-entrenched behaviour and haunted by myths from the offline world.

Copyright also raises issues regarding EU market integration. The achievement of a digital single market is the first of seven flagship initiatives in the Commission’s Europe 2020 strategy.⁶ Nonetheless, although a certain degree of harmonization has been achieved, copyright is still national and territorial. Territoriality has proven to be one of the tectonic faults in the interaction between competition law and copyright.

The timeliness and relevance of this topic is evidenced by the discussion on the impending General Court ruling on the *CISAC* decision and by recent Commission initiatives such as the Communication “*A Single Market for Intellectual Property Rights: Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*”.⁷

We propose to briefly overview and critically analyse the past and future application of EU competition law to online music licensing,⁸ how the Commission and CSs have dealt with the transition to the online world and, finally, to establish just how mad David Bowie was in 2002.

5 E.g., the *Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society* (COM/95/382).

6 http://ec.europa.eu/eu2020/index_en.htm. See also IP/10/225.

7 COM(2011) 287, 24.05.2011 (“*2011 Single Market for IPR Communication*”).

8 Many competition concerns regarding the problematic behaviour of CSs vis-à-vis their members and users/licensees have been analysed under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”), which will not be dealt with directly. Unless otherwise expressly stated, all provisions quoted are from the TFEU.

2. THE RIGHTS MANAGED AND THE ROLE OF COLLECTING SOCIETIES

2.1. Rights

There are a number of rights involved in the dissemination and use of music over the Internet. Also, since these rights are specific to each country, they can vary slightly. In Continental Europe, copyright is usually referred to as “author’s rights”. The essential function of copyright is to provide a source of remuneration for the author⁹ and, in case of neighbouring rights,¹⁰ to protect investment in the production of protected works and to stimulate creativity for the general public good.¹¹ Author’s copyright includes the right of reproduction¹² and the right of communication to the public/making available. In many Member States this latter right is part of a broader performance/public performance right, which also includes the right to authorise online deliveries of the work.¹³ Performers and producers have analogous rights of reproduction and communication.

It follows that the clearance of musical works for online use is complex, since it may involve a multitude of rights (e.g., communication to the public, reproduction and making available) belonging to a multitude of right-holders (e.g., authors, composers, publishers, record producers and performers) in a multitude of countries, each with their own CSs.

As a rule, different CSs manage different categories of rights. In nearly all Member States each category of rights is managed by a single CS. As such, existing EU case law and Commission decisions on CSs do not always refer to the same rights. However, the conclusions drawn are usually also valid to

9 Case 62/79, *SA Compagnie Générale pour la diffusion de la télévision, Coditel and others v. Ciné Vog Films and others* ECR [1980] ECR 881, §14.

10 “Neighbouring rights” is the term used in several EU Member States to refer to autonomous rights which protect sound recordings, performances, broadcasts and other works or productions derived from the original intellectual creation.

11 Joined Cases 55 and 57/80, *GEMA*, [1981] ECR 147 §13; Case C-200/96, *Metronome*, [1998] ECR I-1953 §24; Case COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, decision of 24.03.2004, §711.

12 Which covers reproductions of performances embodying protected musical works by mechanical, electro-acoustic or electronic means (including those made in the process of online distribution of a musical work), also known as mechanical rights – see Vinje & Niiranen, 2007: 2 and *Commission Recommendation of 18 October 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services* (18.05.2005, 2005/737/EC) (“2005 Recommendation”), recital 5.

13 In *CISAC* (§41) the Commission defined it rather simplistically, but terminological hurdles may arise across Member States – see Ricolfi, 2007: 288.

the management of different rights, as the monopolist behaviour of CSs tends to be similar whatever the rights managed.

2.2. Role: “special” undertakings?

CSs are the interface between right-holders and users. By bypassing the inconvenience of individual management, CSs grant their members the comfort of a collective bargaining position vis-à-vis a plethora of stronger users (e.g., TV and radio broadcasters, cinema studios and online music providers) and the automated collection and distribution of royalties resulting from the use of their works. They also present such users with a centralised one-stop shop offer of national and international repertoires.¹⁴

The portfolio of rights signed over by authors for management is only part of a given CS’s repertoire. Such repertoire is much broader and it also includes the repertoires of other CSs, through reciprocal representation contracts ensuring the international protection of rights. This creates a restricted network in which each CS is the unavoidable monopolistic intermediary within its national borders.¹⁵

It follows that collective management is not the same as copyright and that the existence of copyright is different from its exercise. As Mendes Pereira¹⁶ suggests, one of the myths preventing a fully-fledged application of competition law to CSs is taking the part for the whole (the “synecdoche myth”), creating the illusion that collective management concerns the very existence of copyright and that any limitation of collective management is the same as limiting copyright itself. Although the *existence* of IP rights under national law is not challenged, the *exercise* of copyright may be affected by the prohibitions imposed by the Treaty¹⁷ and may be limited to the extent necessary to give effect to Article 101.¹⁸ This myth has been rejected by the

14 Mendes Pereira, 2002: 162.

15 Porcin, 2009: 57.

16 Mendes Pereira, 2006: 25.

17 Case 15/74, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc.*, 31 October 1974, [1974] ECR 1147, ¶7.

18 Joined cases 56/64 and 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission*, 13 July 1966, [1966] ECR 299. See also *Musik-Vertrieb membran*, §12, where the Court says that, in respect of Article 36 of the Treaty, “there is no reason to make a distinction between copyright and other industrial and commercial property rights” – see Mendes Pereira, 2006: 25.

Court, by the Commission,¹⁹ and even by right-holders²⁰ but it still seems to live on.

Another long-entrenched idea is that collective management is a cultural activity and therefore, to that extent, CSs are “special” undertakings to whom competition rules should apply differently – or not at all.²¹ This idea is not only incorrect, it is without any legal foundation. Firstly, it naïvely confuses culture with economics. As Van Morrison²² has put it, “*music is spiritual; the music business is not*”. CSs are engaged in an economic activity²³ that is very important for the exploitation of music – nonetheless, they do not create it. Secondly, an overview of the TFEU leads to the conclusion that agriculture²⁴ and defence²⁵ are the only two economic activities to which the Member States have granted limited permanent exemptions from the application of the competition rules.²⁶ This was a political decision. Agriculture and defence therefore have normative hierarchy over competition rules (provided that a number of conditions are complied with). As Mendes Pereira notes, unlike the cases of agriculture and defence, Article 167 (ex Article 151 of the Treaty establishing the European Community “ECT”) does not grant such normative hierarchy to the rules applicable to culture (or more precisely, to cultural activities entailing commercial transactions). As such, cultural issues may be relevant to policy considerations, possibly under Article 101(3);²⁷ however, this will not save a restrictive agreement which should otherwise be prohibited. Conversely, an agreement which does not restrict competition cannot be prohibited because of negative cultural consequences – such problems must be

19 Case COMP/C2/38.014, *IFPI ‘Simulcasting’*, decision of 08.10.2002 (“Simulcasting”), §66.

20 As results from the facts underlying case COMP/C2/37.219, *Banghalter et Homem Christo v SACEM*, decision of 12.08.2002, where the musicians from techno group Daft Punk expressed to SACEM its desire to manage some of their rights directly.

21 The “*aristocratic myth*” referred to in Mendes Pereira, 2006: 24.

22 Famous Northern Irish singer-songwriter and musician.

23 In short, the characteristic feature of an economic activity for Article 101 purposes is the offering of goods or services on the market, where that activity could, at least in principle, be carried on by a private undertaking in order to make profit, regardless the legal status of the entity and with no need for a profit-motive or economic purpose. See Whish, 2008: 82-88 and Jones and Sufrin, 2008: 128-129.

24 Article 42, ex-Article 36 ECT.

25 Article 346(1) (b), ex-Article 296(1) ECT.

26 Mendes Pereira, 2006: 25.

27 As was the case in *Simulcasting* – see Mendes Pereira, 2006: 25.

dealt with under different rules.²⁸ It should be stressed that this results from a political option by the Member States. From a political standpoint, a different choice would be equally legitimate. However, as it stands the Treaty offers no legal basis for sidelining competition rules in favour of cultural aspects. This point is particularly relevant for the analysis of the *CISAC* decision.

A third myth relates to the supposedly altruistic or eleemosynary nature of CSs, which may be seen as providers of services of general economic interest exempted from the constraints of economic efficiency.²⁹ This is also incorrect. In fact, even though the Court as clearly stated that CSs are subject to Article 101³⁰ and are not covered by Article 106 (ex Article 86 ECT),³¹ some CSs still insist in this idea.³²

CSs are only considered providers of services of general economic interest insofar as they have been entrusted with the operation of such services by a Member State; and this is not the case where CSs manage private rights, have not been assigned any particular task by the State and are merely supervised by it.³³ Even if national laws entrust a CS with the performance of a public function, EU competition rules still apply insofar as they do not obstruct the performance of the tasks assigned – and, in principle, it can be argued that the prohibition of a concerted practice having the effect of preventing a CS from choosing the most efficient CS or CSs to represent its members abroad does not obstruct the performance of such tasks.³⁴ It can also be argued that reciprocal representation is always the result of an autonomous decision by each CS, even when its monopoly position and functions result from their national laws.³⁵

28 Faull & Nikpay, 2007: 185; for an alternative perspective, see Townley, 2009. The role of non-economic concerns within Article 101 is discussed below.

29 Mendes Pereira, 2006: 26.

30 Case 127/73, *BRT v SABAM* [1974] ECR 313 (“*BRT II*”), *Musik-Vertrieb membran*, Case 7/82, *GVL v Commission* [1983] ECR 483 (“*GVL*”), joined cases 110/88, 241/88 and 242/88, *Lucazeau v SACEM* [1989] ECR 2811 (“*Lucazeau*”), joined cases C92/92 and C326/92, *Phil Collins v Imtrat Handelsgesellschaft mbH and Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and Leif Emanuel Kraul v EMI Electrola GmbH*, [1993] ECR I-5145.

31 *GVL* §32 and *BRT II* §23.

32 *CISAC* §256.

33 Turner, 2010: 233.

34 *CISAC* §259, Turner, 2010: 233.

35 *CISAC* §101.

To summarise, it should be concluded, for competition assessment purposes, that CSs are not “special” undertakings.

3. COLLECTING SOCIETIES IN THE TRANSITION TO THE ONLINE ENVIRONMENT

3.1. The offline environment

The application of EU competition law to CSs dates back to the 1970s and initially took place in the framework of an analogue, offline environment. When licensing was granted for use on physical premises, reciprocal representation agreements between CSs were found not to fall under Article 101(1) to the extent that i) there was no evidence of concerted action; ii) there was no evidence of exclusivity; and iii) the underlying economic justifications, i.e. the non-feasibility and economies of scale of replicating monitoring structures in foreign territories where they were already implemented by local CSs still existed.³⁶

In this context, most CSs entered into reciprocal representation agreements containing territorial restrictions (a local CS grants licences regarding foreign CSs’ repertoires only within its boundaries) and also membership restrictions (a right-holder can only assign its exploitation rights to its home CS). CSs were prevented from granting EU-wide licences for any part of their repertoires, either their own or represented. This solution was highly dependent on the analogue model that required both physical and geographical monitoring.

As a rule, only one CS manages a particular type of right on behalf of a particular kind of category of right-holder in a particular territory. The number of CSs increased in the second half of the twentieth century along with technology and the recognition of new rights³⁷ – but this increase occurred only in the number of CSs managing different rights and not in the number of CSs managing the same rights in each Member-State.³⁸ This market segmentation continued to grow within national borders. The structure created by the CSs led them to occupy monopoly positions by territorially dividing the market between themselves, thus eliminating any possibility of competition.

³⁶ *Tournier* §24 and *Lucazeau* §13-14.

³⁷ The above mentioned neighbouring rights.

³⁸ It is noted, however, that in the USA different CSs (in particular ASCAP and BMI) manage the same rights and compete in the same territory for members and users – Vinje & Niiranen, 2007: 403.

Another consequence of the territorial limitations of traditional licensing is that the reciprocal representation agreements between CSs do not provide for the possibility of a CS granting a multi-territory license to a user including, not only its own repertoire, but also the repertoire of the CSs it represents (a multi-repertoire license). Such representation agreements permit a CS to grant a license to a user only for its own national territory if it includes the repertoire of a represented sister-CS. This means that the agreements between CSs allow for the grant of both mono- or multi-repertoire licenses but, in the case of multi-repertoire licenses, these must always be mono-territorial.³⁹

Given that the applicable licensing model for online use (which potentially involves transmission to several territories) is determined by the country-of-destination principle,⁴⁰ the mono-territorial mandates resulting from strict territorial delineation of reciprocal representation have obstructed potential competitors in the administration of rights and curtailed the emergence of others means of such administration, including new ways of administering copyright by existing players.

3.2. The online environment

After the loss of tangibility and the end of territoriality, the rationale for CSs not to engage in cross-border competition and the justification for continued and unaltered existence of the network of reciprocal representation seems to no longer exist. The advent of the Internet absolutely changed the paradigm for copyright use, throwing the above mentioned legal construction into turmoil and reopening the discussion over the principles enshrined in *Tournier* and *Lucazeau*.⁴¹

Technical and economic barriers preventing CSs from entering the markets of other CSs have noticeably grown weaker. In our view, the main change brought about by the Internet and digital technology was the end of territoriality (caused by the loss of tangibility) and the impact of this on monitoring. In fact, with the possibility to monitor copyright use remotely using suitable software, monitoring becomes independent from human and physical factors. Former territorial restrictions based on the non-feasibility of replicating monitoring structures in foreign territories are no longer tenable.

³⁹ *Simulcasting* §16.

⁴⁰ Discussed below.

⁴¹ *CISAC* §54.

Wary for their long-established whip hand in the relevant markets, the CSs tried to adapt the instruments on which their dominant positions were founded, i.e. reciprocal representation agreements and membership restrictions, to the new borderless reality. This approach (to which Mendes Pereira refers to as “the perpetuity myth”⁴²) was based on denying the substantial differences between the online and the offline worlds, attempting to perpetuate the *status quo* of the offline world. However, as authors⁴³ note, this denial ignores certain patent realities.

Firstly, it ignores the change of the economic context. The adoption of unjustified geographic restrictions in order to sustain monopolies clashes directly with the EU’s fundamental freedoms (free movement of goods and persons, freedom of services and capital). It cannot, of course, be denied that the licensing and monitoring of copyright, even for online use, will always require human participation and a certain degree of differentiated input at national level. There is however no reason to believe that this aspect is more significant in relation to copyright licensing than in relation to a number of other cross-border economic activities. Also, as noted by the Commission, in the online environment “*there is no legal or practical requirement that only the collecting society located where the exploitation takes place can grant a copyright licence.*”⁴⁴

Secondly, this attitude ignores technological progress. To a certain extent, this is also due to a lack of incentives, which are, in turn, a consequence of a lack of competition. Technologically evolved CSs (particularly in the area of monitoring) could play a major role as a rehabilitated interface between authors and users. However, there seems to be no incentive for them to do so as long as both their inputs and outputs are guaranteed by their monopoly position.

Thirdly, it denies the changes in the industry demand. Information, entertainment, art and communication are now available to consumers on ever-evolving online and increasingly wireless and converging supports. New, wider and more flexible licenses and licensing methods are now crucial. The territorialised system is unable to meet the needs of those who wish to obtain cross-border licences. By requiring online providers to obtain rights clearance from each national CS in all countries where the work is accessible (due to the

42 Mendes Pereira, 2006: 26.

43 Vinje & Niiranen, 2007: 404, Mendes Pereira, 2006: 26-27.

44 C/SAC §160.

country of destination principle⁴⁵), the system not only hinders competition but also prevents different forms of distribution and use of music from developing, to the clear disadvantage of right-holders. Online music exploitation could also bypass the traditional physical methods of distribution, foster the advent of new music products and broaden audiences. To summarise, it could result in a dynamic response to the technological progress as it materializes and update it to meet demand.

Fourthly, the failure to adapt to new technological opportunities also results in a constantly growing – but unmet – final consumer demand. Music consumers, like the consumers of any other product, obviously desire broader, legally safe choice at a lower cost. However, innovative services and potential new products are being curtailed. It is also apparent that the current CSs licensing framework may be one of the causes of the absence of legal alternatives, at a retail level, to counterbalance increasing piracy and illegal downloading.⁴⁶

Finally, this attitude denies authors a fair share of this technological progress. If real competition existed, authors would favour the most efficient, innovative and revenue-wise CSs instead of being fated to be managed by their national CSs. Technology may give authors better control of the use of their rights either by CSs or, possibly, via improved individual management tools (e.g., for licensing and distribution).⁴⁷

These issues are currently the subject of much political debate, as shown by the multiple interventions – not always aligned, as it will be discussed – of several European Commissioners. They have also been referenced in economic literature.⁴⁸

45 According to this binding principle, the act of communication to the public of a copyright protected work takes place not only in the country of origin (emission-State) but also in all the States where the signals can be received (reception-States). It is opposed to the country-of-origin principle according to which the act of communication to the public of a copyright protected work takes place in the emission-State only. In the framework of a reciprocal agreement, this means that rights clearance is effected in one country but remuneration is due in all countries where the simulcast signal can be received (*Simulcasting* §21).

46 As established by the 2009 *Online Commerce Report* (below).

47 Ricolfi, 2007: 293.

48 Stressing how the monopoly power and efficiency benefits provided by CSs to right-holders are fast fading away, see Jenny, 2007. Identifying the flourishing of digital rights management (DRM) systems as a monitoring alternative and the consequent rights' management by music publishers, see Erber, 2009.

4. CISAC AND ONLINE MUSIC LICENSING UNDER ARTICLE 101

Copyright licensing of online services has so far not been addressed by any EU Court judgment. It is nonetheless currently before the General Court, as CISAC (the International Confederation of Collecting Societies of Authors and Composers) and 22 CSs have filed in late 2008 appeals against the *CISAC* decision.

However, this issue has been a concern of the Commission for some time. The Commission's efforts range from the 1995 *Green Paper* to the recent 2011 *Single Market for IPR Communication*.⁴⁹ There have been three landmark Commission decisions on the control of reciprocal agreements: the pioneering *Simulcasting*,⁵⁰ *Santiago Agreement*^{51|52} and *CISAC*.

49 Other important initiatives, which will not be discussed in detail, include: i) European Parliament's *Resolution on a Community framework for collective management societies in the field of copyright and neighbouring rights* (15.01.2004-2002/2274(INI)); ii) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the Management of Copyright and Related Rights in the Internal Market* (16.04.2004 – COM/2004-261) ("2004 Commission Communication"); iii) *Commission Staff Working Document – Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright* (7.07.2005); iv) *Commission Recommendation of 18 October 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services* (2005/737/EC) ("2005 Recommendation"); v) *Commission Staff Working Document – Impact Assessment Reforming Cross-Border Collective Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services* (11.10.2005 – SEC(2005)1254) ("Commission Impact Assessment"); vi) *Monitoring of the 2005 Music Online Recommendation* (07.02.2008, available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf); vii) *Online Commerce Roundtable – Report on Opportunities and barriers to online retailing* (May 2009, available at http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_online_commerce/roundtable_report_en.pdf) ("Online Commerce Report"); viii) *Public Hearing on the Governance of Collective Rights Management in the EU* (23.04.2010, available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/management_en.htm); ix) *Green Paper on the online distribution of audiovisual works in the European Union: opportunities and challenges towards a digital single market* (13.07.2011 COM(2011).

50 *Simulcasting* was the first decision by the Commission regarding the collective management of copyright for online commercial exploitation of music. The purpose of the agreement was to facilitate international copyright licensing of musical works' rights to radio and TV broadcasters wishing to engage in simulcasting (transmission of the signal simultaneously both via the traditional means [air, cable, satellite] and the Internet), by creating a new multi-territory and multi-repertoire license. The Commission focused its competition concerns on two issues: i) territorial restrictions and ii) the amalgamation of the copyright royalty and administration fees in the tariffs charged to the users. As a result of the discussions held between the Commission and the parties, the original model agreement was amended twice. The foremost advance in *Simulcasting* is the acknowledgement of the end of territoriality. It also sums up and clearly explains the important principles laid down in previous Commission decisions and Court judgments regarding the relationship between copyright and competition law, adapting these existing principles to the online environment. For a thorough analysis of this decision, see Mendes Pereira, 2003, and Mestmäcker, 2007: 15.

51 Notification of cooperation agreements case COMP/C2/38.126, *BUMA, GEMA, PRS, SACEM* (O) C 145 of 17 May 2001 ("Santiago Agreement"), p. 2; IP/04/586 of 3 May 2004; *Notice published pursuant to Article 27(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Cases COMP/C2/39152 – BUMA and COMP/C2/39151 SABAM (Santiago Agreement – COMP/C2/38126)* (O) C 200 of 17 August 2005), p. 11.

CISAC can be regarded as reflecting the revised and updated Commission enforcement approach. *CISAC* had set up a model contract, which was a non-mandatory model for reciprocal representation agreements between *CISAC*'s members, especially for the licensing of public performance rights (including online use) of musical works. In 2006, the Commission sent a Statement of Objections to *CISAC* and its EEA-based CSs, setting out its concerns that certain clauses of the model contract contained anti-competitive elements.

In its July 2008 decision, the Commission found that the clauses on membership restrictions (preventing an author from choosing or moving to another CS) and territorial restrictions were in breach of Article 101(1). The territorial restrictions included an exclusivity clause (by which a CS authorised another CS to administer its repertoire in a given territory on an exclusive basis) and also a concerted practice among all CSs resulting in a strict segmentation of the market on a national basis.⁵³

The CSs did not put forward arguments specifically addressing the application of Article 101(3) to the membership and exclusivity clauses. Accordingly, the decision only considered whether Article 101(3) could apply to the concerted practice and found that the said co-ordinated approach amounting to a systematic domestic territorial restriction was not objectively necessary in order to ensure that CSs grant each other reciprocal mandates.⁵⁴

As in previous decisions, the Commission took note of the end of territoriality wrought by the Internet, but updated the reasons why a local presence is not required in order to monitor the use of licences for online

52 The *Santiago Agreement* was notified to the Commission in April 2001. The purpose of this model agreement was to allow each of the participating CSs to grant "one-stop shop" copyright licenses, which include the music repertoires of all societies (multi-repertoire) and which were valid in all their territories (multi-territory), to online commercial users, thus supplanting the traditional licensing framework that requires commercial users to obtain a license from every single relevant national CS. However, each CS was given absolute exclusivity in its own territory regarding the grant of the multi-territorial/multi-repertoire licenses. The existence of a "most favoured nation" clause would also have allowed a guarantee that all CSs would be subject to the same territorial limitation, thus leading to an effective lock up of national territories. This was found by the Commission to infringe the EU competition rules. The *Santiago Agreement* expired at the end of 2004 without being renewed, resulting in a return to traditional country-by-country licensing. The main reason for this was that CSs were reluctant to abolish the customer allocation/territorial exclusivity clause (*Commission Impact Assessment*, p.9). The relevance of *Santiago* (along with showing that, with the end of territoriality brought about by the Internet, there is no legal or practical requirement that only the CS in the territory of the use can grant a licence) is that it reinforces the idea that the granting of multi-territorial licences is viable and that local presence in the countries of use is not deemed to be necessary.

53 *CISAC* §74.

54 *CISAC* §229-255.

rights.⁵⁵ The Commission concluded that CSs are technically capable of issuing multi-territorial licences and that the only reason precluding them from doing so is uniform and systematic territorial delineation. *CISAC* clearly identifies the forms of competition affected and decouples the existence and territoriality of copyright from its exercise and territorial restrictions.⁵⁶ The Commission also analysed aspects regarding cultural diversity in Europe and the impact on the survival of small CSs and local repertoires.⁵⁷

The decision neither prohibits the reciprocal representation system as such, nor the possibility of CSs introducing certain territorial delineations and commercial conditions in their representation contracts. What *CISAC* does is to prohibit co-ordination that amounts to a systematic territorial delineation according to national borders⁵⁸ and outlines the harmful effects of the combined implementation of both kinds of restrictions (membership and territorial), notably at the level of right-holders. It also identifies how territorial delineation cements the existing structure of the market and excludes other forms of multi-repertoire licensing, thus leaving no scope for new competitors that are capable of administering the copyright in question, or for new ways of administering copyright by existing players.⁵⁹

To summarise, *CISAC* provides a detailed picture of how the practices at issue asphyxiate competition in the markets concerned. *CISAC* also states this is particularly serious because only CSs are realistically able to enter each others' national markets.⁶⁰ However, despite its thorough analysis of the facts and strong-worded description of the effects on competition, the Commission did not impose any fines, on the grounds that these would have penalised the right-holders represented by the CSs.⁶¹ The Commission only required the CSs i) to put an immediate end to the infringements constituted by the membership and exclusivity clauses in the representation agreements, ii) to cease the concerted practice and iii) to refrain from repeating any act or

55 *CISAC* §189-194.

56 *CISAC* §111-122.

57 *CISAC* §94-99.

58 *CISAC* §200-221.

59 *CISAC* §206-212.

60 *CISAC* §254.

61 MEMO/08/511 of 16 July 2008.

conduct having the same, or similar, object or effect as those of the restrictive clauses and the concerted practice.

The relevance of *CISAC* is evident. Although it lacks the groundbreaking innovation of *Simulcasting*, *CISAC* reflects the Commission's *acquis* over 15 years of decisions, initiatives and internal studies on online music licensing, updating it in light of the most recent commercial and technological developments. *CISAC* is the ultimate compilation of arguments and competition concerns. Moreover, *CISAC* will now provide the General Court with an opportunity to render a judgment on this subject for the first time since the online revolution.

Nevertheless, as discussed below, *CISAC* also raises serious doubts as to the role and relevance of EU competition law and the Commission's enforcement for the resolution of the concerns identified.

5. ANTITRUST AND ONLINE MUSIC LICENSING AFTER *CISAC*

5.1. Soft-handed approach by the Commission in *CISAC*

Insofar as it attracts pressure from non-competition areas, the current topic raises sensitive questions on the scope of Article 101(1) and Article 101(3). We will argue that a pure competition assessment should only take place in the bifurcated framework of Article 101, in which the reference to “*prevention, restriction or distortion of competition within the common market*” involves two kinds of concerns: i) consumer welfare and competitive economic efficiencies and ii) market integration.⁶² Such assessment consists of an identification of the agreement's anti-competitive object or effects.

Once this has been done, it can be determined whether these are outweighed by any pro-competitive effects. This balancing operation shall be conducted exclusively within the framework established by Article 101(3),⁶³ as doing so under Article 101(1) cannot easily be harmonised with the current schema of Article 101.⁶⁴ Nevertheless, Article 101(3) is mainly about efficiency gains.⁶⁵ In principle, non-economic considerations are irrelevant.⁶⁶

⁶² *Commission's Notice Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty* (2004), OJ C101/97 §13.

⁶³ *Article 81(3) Guidelines* §11.

⁶⁴ Odudu, 2006: 128-174, Whish, 2008: 152-157, Jones & Sufrin, 2008: 268-277.

⁶⁵ *Article 81(3) Guidelines* §48 and 59-72.

⁶⁶ In our analysis, we will endorse the majority view (the “orthodox position”, per Townley, 2009: 11) that economic efficiency should be the primary goal of competition analysis. This is, however, a controversial

This framework was clearly applied by the Commission in both *Simulcasting* and *Santiago*. The existence of multi-territorial, multi-repertoire one-stop shops can only be achieved by allowing a certain degree of collusion between the existing CSs. Accordingly, some restrictions to competition identified under Article 101(1) can be tolerated *ex vi* Article 101(3), to the extent that their efficiencies outweigh their anti-competitive effects. Those that fail this test are not tolerated.

In *CISAC*, the Commission seems to have engaged in a more holistic, but more confused, approach to Article 101(1). In fact, as noted by Townley, non-economic goals were considered in this decision.⁶⁷ We believe that a strict competition assessment by the Commission would have led it to adopt a different and more assertive decision.

Firstly, after raising compelling arguments regarding the infringement and its effects, the Commission did not impose any fines. The Commission is not, of course, bound to impose fines as a deterrent measure. However, what is disturbing is not the lack of fines, but the underlying reasoning. This is not discussed in the decision, only in the accompanying FAQs document.⁶⁸ Two reasons are given:

- i) the CSs argued that imposing fines on them would result in penalising the authors and composers represented; and
- ii) the fact that several CSs have started, since the proceedings were initiated, to remove restrictive clauses from some of their reciprocal agreements, thus showing a certain degree of willingness to address the Commission's concerns.

The first reason is puzzling. The Commission seems to accept the confusion between the CSs and their members, thus resuscitating this outdated myth. CSs are autonomous undertakings, bound to a duty of transparency under which copyright royalties are accounted separately from their own administration fees in the tariffs charged to users, as seen in *Simulcasting*. If the Commission

issue. The approach adopted by the Commission in its *Article 81(3) Guidelines* has been criticised for being out of synch with its own decision-making practice and as not fully consistent with EU Courts case-law, which seem to have considered non-economic goals under Article 101 in the past. For an updated view on this subject, see Townley, 2009, where an alternative position is adopted, suggesting that public policy considerations are relevant under Article 101.

67 Townley, 2009: 5, fn. 32.

68 MEMO/08/511, cit.

wants CSs to compete on the basis of administration fees and efficiency, it could not have accepted such an argument. The Commission's acceptance of this argument is tantamount to accepting that any competitive efforts would also be to the detriment of right-holders. This is a serious step back from *Simulcasting*. Without any further explanation, the idea conveyed is that right-holders are being held to ransom and that the Commission is dangerously playing along with this situation. It is unclear why the Commission accepted this argument. Fining a cartel is also to the detriment of shareholders of the infringing companies – and this has never held the Commission back. This different and more favourable treatment of CSs vis-à-vis other undertakings is an undesirable and unjustified discrimination.

The second reason is also confusing and amounts to an unsafe precedent. The Commission has adopted guidelines involving a two-step methodology of setting fines for Article 101 infringements. First it fixes a basic level and then it may adjust this amount up or down.⁶⁹ “*A certain degree of willingness to address the Commission's concerns*” by a limited number of CSs by removing restrictive clauses from “*some*” of their reciprocal agreements does not even amount to a mitigating circumstance under the guidelines,⁷⁰ let alone the non-imposition of fines *ab initio*. Moreover, it is also evident that many CSs did not remove the clauses in question. According to the grounds presented in their appeals,⁷¹ many CSs do not even acknowledge that they should do so. Even if some CSs have removed the offending clauses, this removal is not the same as bringing the infringement to an end. Furthermore, Article 101 may apply to agreements which are no longer in force if they continue to produce effects, as the decision itself recalls.⁷²

Secondly, it should be stressed that the Commission did not apply Article 101(3). Nevertheless, the soft-handed measures adopted lead us to believe that some kind of balancing influenced by non-efficiency cultural concerns was undertaken under Article 101(1).⁷³ It is doubtful that such non-competition concerns should be given any weight at all. However, if they are to be considered,

⁶⁹ *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02)*.

⁷⁰ *Op. cit.* §29.

⁷¹ Discussed below.

⁷² *CISAC* §263.

⁷³ Townley, 2009: 159, fn. 132.

only their economic aspects should have been balanced under Article 101(3). The Commission seems to have engaged in the “rule of reason” approach which it has repeatedly rejected in the past.⁷⁴ In fact, notwithstanding previous Court of Justice judgments on “effect” (starting with *STM*⁷⁵) which, to a certain extent, kept the door open for a flexible interpretation, the General Court and the Commission clearly refuted the existence of a “rule of reason” under Article 101(1) in *Métropole*.⁷⁶

Thirdly, the remedies imposed are of somewhat uncertain implementation. Given that the Commission requires bilateral review of territorial delineation, each CS’ compliance with these remedies is put beyond its own independent capacity and made dependent on 23 other CSs. CSs are unable to unilaterally change their reciprocal agreements. To further complicate matters, all CSs will still be inter-dependent in the offline environment.

It is also interesting to consider the grounds pleaded in the 23 appeals filed and in the oral hearings that took place between September and November 2011. Although sharing some ideas (notably regarding alleged procedural faults), CSs have pleaded widely diverging grounds, some of them surprisingly outdated. Indeed, it is argued that: CSs’ offline and online activities must not be treated differently; territorial delineation constitutes the corollary of the exclusivity rights held by authors and composers, and an essential and necessary element of the international collective protection of those rights; territorial delineation is an expression of the generally recognized principle of territoriality in copyright law; intellectual and artistic works protected by intellectual property are not the same as other goods and services; the decision is in reality aimed at the mutual annihilation of the CSs, by distorting healthy competition, laying down unequal market terms and creating inevitable clashes between CSs, leading them to suicide; the alleged concerted practice on territorial delineation is not illegal because it concerns a form of competition that is not worthy of protection; CSs are entrusted with the operation of services of general economic interest and EU competition law obstructs the performance of their tasks; Article 167 (ex Article 151 ECT) is violated.

74 Article 81(3) Guidelines §11.

75 Case 56/65, *Société La Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 234. This trend was afterwards followed by the ECJ in several other landmark decisions. For an extensive list see Jones & Sufrin, 2008: 211.

76 Case T-528/93, *Métropole Télévision SA v. Commission* [1996] ECR II-649.

It is therefore clear that CSs are essentially rehashing the traditional offline world arguments. Virtually no new online argumentation is developed. The change of paradigm brought by the Internet is apparently ignored in order to perpetuate the existing monopolistic territorial framework.

5.2. Competition law enforcement *vs* legislative intervention

Regardless of the merits or flaws of the *CISAC* decision, a deeper analysis may reveal that EU competition law is itself of limited use for the issue at hand. As noted by Jenny, it should be queried whether competition law enforcement has, somewhat inappropriately, been used to try to solve the CSs' governance problems and whether other tools are not more appropriate for this task.⁷⁷

The limits to the Commission's action under Article 101 have been noted. The most effective and far-reaching competition law tool is Article 101(3), but it cannot provide a global solution. Competition law enforcement is primarily a deterrent device, suitable to prevent and punish anti-competitive behaviour. It creates disincentives. However, sometimes disincentives may not be enough for effective solutions to emerge. These also require incentives and a different kind of intervention.

Even a more "internal market driven approach" (such as that enshrined in the *2005 Recommendation*⁷⁸) and the new pan-European licensing platforms mentioned in the *2008 Monitoring Report*⁷⁹ can, in turn, give rise to new competition concerns. Such platforms offer multi-territory but mono-repertoire licenses (often limited to a given record company). Even where they offer multi-repertoire licenses (limited to the small number of CSs belonging to each one), this offer will still be dependent on the will of the CSs – much as it previously depended on the reciprocal agreements framework. It can also be debated whether a number of CSs really have the incentives and know-how

⁷⁷ Jenny, 2007: 366.

⁷⁸ In October 2005 the Commission adopted a Recommendation (prepared by DG Internal Market and Services and not DG Competition) endorsing a policy option (the so-called Option 3) giving right-holders the option to authorise a CS of their choice to manage their works across the entire EU. This solution would be based on the existing framework of reciprocal agreements and would favour competition among CSs. However, the Commission departed from the position it has previously adopted in the *2004 Commission Communication*, when it expressly stated that reliance on soft law did not seem appropriate and that it intended to propose the adoption of a legislative instrument. On this topic, see Mendes Pereira, 2010: 820.

⁷⁹ This report concluded that the *2005 Recommendation* had been endorsed by a number of CSs, music publishers and user groups, although it recognized the natural divergences between these economic operators. These developments were embodied by a number of new EU-wide licensing platforms jointly developed by EU CSs, such as *Alliance Digital*, *ARMONIA*, *CELAS*, *PEDL*, *SACEM-UMPG* and others.

(notably regarding enforcement) to license their repertoires on EU-wide basis. Therefore, an EU “omni-repertoire” would still require licensing online rights with a maze of entities with non-substitutable repertoires.⁸⁰

Both before and after *CISAC*, commentators discussed a number of possible alternative scenarios for the future of online music licensing. For some, an oligopolistic CSs market is the probable outcome.⁸¹ Others stress the role of digital rights management (DRM) technology,⁸² whether operated by CSs or not, the bypassing of CSs by certain right-holders or the spin-off and empowerment of monitoring and enforcement activities.⁸³ Other solutions such as so-called “ISP licensing”⁸⁴ have also been put forward.

We believe that the future lies in combining EU multi-territory and EU “omni-repertoire” licences. The need for multi-territorial licenses is addressed in *CISAC*, but solving territoriality is perhaps only part of the problem. Access to global repertoires is essential and may even be considered an essential facility.⁸⁵ However, *CISAC* also revealed that the relevant markets are saturated, and that only CSs are realistically able to enter each other’s national markets.⁸⁶ Their long held monopolies created barriers to entry that newcomers cannot overcome. Any evolution towards the mentioned scenarios would therefore again depend, at least partially, on the action CSs. Nevertheless, as the past as shown, CSs lack the incentives to move forward rapidly in order to respond to demand, in particular when some of their monopoly positions result from national legislation.

EU competition law, by itself, may not be enough to deal with these problems. As a deterrence device, its enforcement would not be the proper tool to create incentives to foster the build-up of a new licensing system if the existing one were simply abolished for being contrary to EU competition law.

80 Ricolfi, 2007: 296, Porcin, 2009: 60.

81 Frabboni, 2006: 17, Ricolfi, 2007: 297.

82 Ricolfi, 2007: 297, Mendes Pereira, 2010: 828. Also Erber, 2009.

83 Porcin, 2009: 64.

84 “ISP licensing” is the concept of charging a licensing fee on the monthly bill of every Internet subscriber for file sharing and distributing this money to right-holders. See Masur, 2010.

85 At broadcaster level, for example, partial repertoire would mean that broadcasters could be forced to operate in partial illegality or limit music use, and to spend time and resources scrutinizing media contents in order to analyse each embedded music piece.

86 *CISAC* §252.

In fact, it is also noted in *CISAC* that, 19 years after the *Tournier* and *Lucazeau* rulings, the majority of the EEA *CISAC* members have not yet modified their reciprocal representation agreements in compliance with these judgments, even though they all recognise the illegality of exclusivity clauses.⁸⁷ To this extent, *CISAC*'s soft remedies may perhaps be interpreted as the Commission throwing in the towel, doubting that a stronger competition law approach could indeed be implemented.

This also seems to be the reason why the Commission feels compelled to consider non-competition concerns. Mindful that music and culture are too important at the cultural and political levels, stronger measures against the current framework could be very harmful in the absence of positive incentives that ensure the (re)construction of a new, competition law-compliant, online licensing framework.

In our opinion, what the evolution of the Commission's assessment of online music licensing under Article 101 shows is that only a concerted, structural and global legislative response, creating incentives and involving IP, internal market and competition aspects, would be capable of dealing with the competition issues identified. Several authors have already expressed this view.⁸⁸ The recent study by the Spanish Competition Authority on collective management also reaches the conclusion that legislative intervention (notably at copyright level) is of key importance.⁸⁹ In fact, as recently endorsed by Huhgenholtz in the framework of the recast EU copyright discussion, territoriality is the Achilles heel of the *acquis* regarding copyright and not even the perfect harmonization of national copyright laws can solve it – only a codified European copyright can.⁹⁰

The country of destination principle, currently in force and which some authors⁹¹ also regard as inconsistent with the internal market, is yet another example of an issue that competition law enforcement is not capable of dealing with. An EU-wide approach would also prevent unequal competition

87 *CISAC* §144.

88 Vinje & Niiranen 2007: 412; Mendes Pereira, 2010: 831.

89 *Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual* (2009) 84-87, available at <http://www.cncompetencia.es/TabId/105/Default.aspx?contentid=260171>.

90 Huhgenholtz, 2009: 307.

91 Vinje & Niiranen, 2007: 413.

conditions between CSs arising from differing national requirements and obligations regarding the operation of their services.⁹²

The debate on how such legislative measures could be implemented has already commenced following the publication of the *2011 Single Market for IPR Communication*, where the Commission expressed the need to adopt an IPR policy based on “enabling legislation”, in order to create a legal framework allowing multi-territorial and pan-European licensing by European “rights brokers”, while also suggesting the adoption of an European Copyright Code.⁹³ However, this Communication is quite vague and it is not clear how this “one-size-fits-all solution” will in practice solve the existing problems or how it will be implemented against the current framework.

It must also be recalled that collective licensing is itself subject to different sets of rules, enforced by different Commissioners and Directorate Generals – Digital Agenda, DG MARKT and DG Competition – each defending different and sometimes conflicting interests. As such, the effective implementation of the Commission’s final position will require a difficult balance between these three conflicting views, which to some extent explains why a clear-cut solution has yet to emerge.⁹⁴

As such, the anticipated General Court judgment in *CISAC* could provide an excellent opportunity for such overall solution to be explored. However, it will take tremendous political will for the General Court to adopt a landmark ruling that is able to globally analyse the various political, cultural, internal market and competition issues involved.

In any event, we believe that such an alternative legislative framework should be market driven and designed for the benefit of right-holders and commercial users. To this effect, some commentators advocate the need of a truly independent regulatory authority with jurisdiction over the CSs.⁹⁵ Another possible scenario being discussed is a single pan-European CS.

92 Mestmäcker, 2007: 352.

93 *2011 Single Market for IPR Communication*, 10-11.

94 See also Mendes Pereira, 2010: 793.

95 Vinje & Niiranen, 2007: 412

6. CONCLUSION: WHAT ROLE TO COMPETITION LAW?

Copyright itself seems to be out of tune with the demands of online music licensing. The online world has forced copyright to a crossroad, but this is a tuning problem that cannot be solved by competition law.

The Commission is not yet internally ready to deal with the problems posed by online music licensing. The efforts of Digital Agenda, DG COMP and DG MARKT officials seem to be more parallel than convergent. In musical terms, they could be singing different songs about the same subject. This is another tuning problem that only a stronger (political) conductor could solve.

It is also clear that online music licensing is out of tune with competition law. CSs presently face a twin challenge: the reality of the Single Market and the inevitability of the virtual world. While most other economic activities in the EU digested the consequences of the Single Market a long time ago and are now gearing up to face the challenges posed by the online world, CSs, having remained unaffected by the construction of the Single Market, have found themselves in a position where they have to face both challenges simultaneously.⁹⁶ EU competition law infringements, as shown above, cannot be justified by the “internal copyright issues” mentioned above. The pivotal role of CSs as the interface between supply and demand and in promoting right-holders’ best interests cannot be squared with their current Peter Pan-like attitude, refusing to grow up from the offline world to the online world. Nonetheless, a certain degree of concerted action will always be necessary in order to create multi-territory and multi-repertoire licenses. Article 101 would not even be applicable in the absence of such agreements. The safe harbour and flexibility provided by Article 101(3) are based on economic efficiency, proportionality and necessity. In theory, solutions passing that test would be a reasonable way for CSs to facilitate the emergence of new multi-territory and multi-repertoire products. However, as we have seen, the CSs prefer not to innovate (the *Santiago Agreement* was not renewed, for example) and seem unwilling to risk their monopolies.

This shows that EU competition law, by itself, may not be enough. Competition law is an effective deterrent mechanism. However, it is not sufficient to deal with all problems that would result from its strict enforcement regarding the current CSs online licensing framework. It does not create incentives to foster the build-up of a new licensing system if the existing were

⁹⁶ Mendes Pereira, 2006: 27.

abolished. Moreover, this would lead to several important non-competition concerns, which must be dealt with outside Article 101.

Nevertheless, the Commission's assessment under Article 101 should not be unfocused by its limitations. Collective administration of copyright should not be treated differently from any other horizontal arrangement between competitors.⁹⁷ Antitrust analysis has its particular role to play in the overall solution to the problems identified, one which benefits from remaining impermeable to non-competition concerns. Importing such concerns into Article 101 would vitiate the purity of antitrust analysis and weaken its essential deterrent role.

Such non-competition concerns must, of course, be addressed. They are fundamental. However, the interweaving of competition and non-competition concerns should be explored outside Article 101. In particular, the extent that such non-competition concerns can overrule competition remedies is an issue to be discussed outside of the boundaries of EU competition law. Although competition law is only one of the battlegrounds on which this battle has been fought without producing a clear winner,⁹⁸ we believe there can be no other role for competition law, either now or in the future. To this extent, *CISAC* may be a very dangerous manoeuvre, in that it diverges from the pattern initiated by *Simulcasting* and from a clear application of Article 101(1) and Article 101(3).

That being said, it must also be concluded that copyright right-holders and users could benefit from a regulatory intervention in a situation in which free market and the Commission's enforcement measures (especially *CISAC*) have failed to provide effective solutions. Indeed, it seems that no one has thought of asking right-holders directly for their opinion on these matters. Bowie summed it up when he said: "*Music itself is going to become like running water or electricity.*" Both of these markets are regulated markets. Hats off to Bowie?

⁹⁷ Katz, 2009: 468.

⁹⁸ Hugenholtz, 2009: 311.

REFERENCES

ERBER, Georg

2009 *Proprietary Digital Rights Management Systems and Music-Downloads – Obstacles for Innovation from a Competition Policy Perspective*, available at <http://ssrn.com/abstract=1475059> [consulted on 16 October 2011].

FAULL, Jonathan & NIKPAY, Ali

2007 “Article 81”, in *The EC Law of Competition*, Faull, J. & Nikpay, Ali (ed.), Oxford: Oxford University Press, Second Edition, pp. 181-312.

FRABONI, Maria Mercedes

2006 “Competition for Collective Management in Europe: A Necessity or a Paradox?” In *Concurrences*, vol. 2, pp. 15-17.

HUGENHOLTZ, Bernt

2009 “The Last Frontier: Territoriality” in van Eechoud, M., Hugenholtz, P.B., van Gompel, S., Guibault, L., Helberger, N., *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 307-325.

JENNY, Frédéric

2007 “EC Competition Law Enforcement and Collecting Societies for Music Rights: What Are We Aiming For?” in Ehlermann, C. & Atanasiu, I. (ed.), *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 361-370.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2008 *EC Competition Law*, 3rd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008.

KATZ, Ariel

2009 “Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?” in Vaver, D., Boyer, M. & Trebilcock, M. (ed.), *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto: Irwin Law.

MASUR, Steve (ed.)

2010 *Collective Licensing at the ISP Level*, London; International Association of Entertainment Lawyers/FruktMusicIntelligence.

MENDES PEREIRA, Miguel

2002 “Collective management and licensing of copyright and EU competition law: recent developments for the online world”, in *Boletín Latino-Americano de Competencia*, nr. 15 –2002, pp. 167-176.

- 2003 “From discothèques to websites, a new approach to music copyright licensing: the Simulcasting decision”, in *EC Competition Policy Newsletter*, nr. 1/2003, pp. 44-49.
- 2006 “Collective Copyright Management and Competition Law – Myths and Legends Haunting the Battle for the Virtual World”, in *Concurrences* n.º 2, pp. 24-27.
- 2010 “A Gestão Colectiva da Propriedade Intelectual e a Digitalização à Luz do Direito da Concorrência da União Europeia” in Menezes Cordeiro, A., Miranda, J., Paz Ferreira, E. & Duarte Nogueira, J. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha – Volume I Assuntos Europeus e Integração Económica*, Coimbra: Almedina, pp. 787-831.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachin
- 2007 “Collecting Societies” in Ehlermann, C. & Atanasiu, I. (ed.), *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 343-360.
- ODUDU, Okeoghene
- 2006 *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press.
- PARELES, Jon
- 2002 “David Bowie, 21st-Century Entrepreneur” in *The New York Times* (online edition 09.06.2002), available at <http://www.nytimes.com/2002/06/09/arts/david-bowie-21st-century-entrepreneur.html> [consulted on 30 October 2011].
- PORCIN, Adriane
- 2009 “The quest for pan-European copyright licensing solutions: A series of unfortunate events”, in *Concurrences*, N.º 4-2009, pp. 57-64.
- RICOLFI, Marco
- 2007 “Individual and collective management of copyright in a digital environment” in Paul Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook on Contemporary Research*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.
- TOWNLEY, Christopher
- 2009 *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- TURNER, Jonathan D.C.
- 2010 *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

VINJE, Thomas & NIIRANEN, Ossi

2007 “The Application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment” in Ehlermann, C. and & Atanasiu, I. (ed.), *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 399-417.

WHISH, Richard

2008 *Competition Law*, 6th Edition, Oxford: Oxford University Press.

DOSSIER TEMÁTICO

Regulação financeira

A “AGENCIFICAÇÃO” NA REGULAÇÃO FINANCEIRA DA UNIÃO EUROPEIA: NOVO MEIO DE REGULAÇÃO?

*Luís Guilherme Catarino**

Abstract: Recent initiatives regarding the reform of the European Union market in financial instruments oversight by means of the institution of the European Supervisory Authorities with binding powers raise new and important legal questions. Against the background of continuous growth of a quasi-federal union administration, it is our purpose to illustrate the risks and difficulties embedded in the centralist approach adopted in the harmonization of the markets in financial instruments. Said risks and difficulties may undermine the new administrative architecture. The text describes the current institutional landscape, with a special focus on the European Supervisory Authorities and the European Securities Markets Authority, and, in particular, its tasks. Due to the broad spectrum of its regulatory tasks and powers special attention will be given to the legislative powers and administrative supervision, including its constitutional legitimacy and reflexes in the balance of powers resulting from the Treaties. In this new phase of legal global regulation, it is essential to question whether the European Administrative centralization is taken a step too far, given the serious frailties of this construction (apparently a leap into the unknown).

SUMÁRIO: Introdução. 1. A coordenação administrativa, o procedimento comitológico (Lamfalussy) e a “agencificação”. 1.2. Do procedimento Lamfalussy às “agências” comunitárias reguladoras. 1.3. O novo sistema institucional regulatório. 1.4. O novo modelo regulatório. 2. A Autoridade Europeia dos Valores: orgânica, atribuições e competências. 2.1. A estrutura orgânica interna. 2.2. (velhas) atribuições e (novas) competências. 2.3. Dos modelos regulatórios difusos aos modelos fortes. 3. A supletividade face a um “sistema dinâmico” de atribuição de competências. 4. O poder “quasi-legislativo” da autoridade – da *internormatividade* à *hoft larv*. 5. Os poderes de supervisão – dificuldades legais de um *sistema dinâmico de atribuição*. 5.1. A supervisão e a *get-out clause*; a sanção (ou o risco, também fiscal, de “modelos internacionais fortes”). 6. O controlo do espaço normativo global. A deferência judicial e o diálogo transjudicial necessário. 7. Legitimação da Autoridade – refração da “cidade dos juizes”?

* As opiniões expendidas no presente texto correspondem parcialmente ao Seminário proferido em Junho de 2011 no Instituto dos Valores Mobiliários da Faculdade de Direito de Lisboa são pessoais e apenas vinculam o seu Autor.

INTRODUÇÃO

No âmbito da regulação financeira europeia resultante do fenómeno da globalização económica e da neo-regulação (ou “hiper-inovação regulatória”¹), têm-se sucedido realidades mercedoras de estudo. No passado recente os mercados financeiros impuseram uma *desregulação* económica que se estendeu à generalidade dos mercados (*vg* do mercado de trabalho) que foi acompanhada de uma *desmaterialização* dos valores e dos bens com a consequente fluidez dos objetos prototípicos das instituições da economia de mercado². Hoje existem novos tópicos de estudo regulatório financeiro “necessário”, quer pelo impacto da concentração nos sistemas políticos e económicos, quer porque visam um efeito global. Debruçar-nos-emos sobre alguns problemas da recente *reforma institucional* da regulação e supervisão financeira da União Europeia³.

A nível da “regulação jurídica europeia global” o cenário de “quase-morte” dos mercados financeiros em 2008-2010 não levou à tão proclamada revolução regulatória inovatória. Nem nos EUA, onde o *tsunami* regulatório Dodd-Frank congelou, nem na generalidade dos Estados da União (o destaque de uma *Prudential Regulatory Authority* e da *Consumer Protection and Markets Authority* no tão famoso regulador inglês – FSA – ainda mal saiu da sombra)⁴. Na União Europeia o movimento de *liberdade* e de *liberalização* cedeu o passo à *estabilidade*: acentuou-se o movimento de harmonização máxima e reduziu-se

1 Uma distinção genérica entre os diversos conceitos de *regulação*, *desregulação*, *autorregulação* e *rerregulação* (incluindo a *neorregulação* e “hiper-inovação” típicas da sociedade – e atividade – do risco), Catarino, 2010: 19-20, 206-244.

2 A *desintervenção* governamental que a acompanhou (alienação ou transferência para privados da titularidade e/ou gestão de empresas com potencial de crescimento – caso das *utilities*) implicou uma *descenralização* da atividade ordenadora ou “regulatória” (substituída pela autorregulação e institucionalização de ambíguas autoridades administrativas e modelos de *New Public Government*).

3 Sobre os problemas legais, *vg* de concentração e regulação destas atividades, Tridimas, 2010: 216-306.

4 Na realidade, ainda existirá um regulador macroprudencial, o *Financial Policy Committee* (http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_newfinancial_regulation170211.pdf). Excecionando o cerco aos *hedge funds*, às operações OTC ou às sociedades de notação de risco (“agências de rating”), a proposta prevenção de fenómenos de *too-big-to-fail* não evitam a concentração bolsista tendencialmente monopolista e dos sistemas de *clearing* (*vd* projeto de fusão entre *NYSE Euronext* e *Deutsche Börse*); o *Dodd-Frank. Wall Street Reform and Consumer Protection Act* depende ainda da regulamentação da SEC (a nova composição do Congresso, o congelamento do orçamento reforçado da SEC e CFTC para os inúmeros organismos ou departamentos a ser criados, e as eleições presidenciais de 2012 decerto dificultarão a implementação do novo quadro aprovado pelos democratas (<http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>); a revisão da MIFID não decidiu ainda acerca da extensão da regulação a novas realidades de negociação (*Organized Trading Facilities*, ou OTF), da regulação unitária da comercialização das *commodities* e instrumentos financeiros, da proteção dos investidores (a revisão das demais *frameworks Directives* ou diretivas específicas encontra-se igualmente atrasada); as novas regras de Basileia II aprovadas pelo G 20 serão implementadas entre 2013-18.

a possibilidade da sua derrogação pelos Estados (*gold plating*); reduziu-se a liberdade de *opt-in* na regulação comunitária; preferem-se os Regulamentos (*cf.* propostas para regular a atividade de Notação de Risco, de *Short Selling* e os *Credit Default Swaps* ou negociação de derivados OTC); afasta-se a vaga e anglosaxónica regulação por princípios (*principle based regulation*⁵); mas estabeleceram-se novos corpos europeus administrativos (fenómeno da “agencificação”), com poderes normativos de regulação de um vasto espaço jurídico global (*Global Administrative Law*).

Esta expressão (*diritto amministrativo globale, internationales Verwaltungsrecht, droit administratif mondial*) visa, nas palavras de Kingsbury, englobar o conjunto de mecanismos legais, regras, princípios, interpretações institucionais e práticas que enformam e controlam a atividade de entidades administrativas globais ou transnacionais mas com incidência nacional, assegurando em particular que cumprem padrões adequados de transparência, contraditório, participação social, racionalidade e legalidade, e prevendo a possibilidade de sindicabilidade contenciosa efetiva da sua atividade⁶. Se este novo plano normativo é um fenómeno global acentuado na nossa área pelas decisões do G20, na União tem como uma refração subjetiva o fenómeno da “agencificação”. Também esta é decalcada da realidade transnacional, *vg* norte-americana, enquanto processo reativo típico de um regime económico assente na liberdade do mercado e de um sistema político liberal não intervencionista. A preponderância mundial do mercado em todos os sectores da economia, incluindo aqueles que se entendia serem “naturalmente” de domínio estadual, *vg* por corresponderem a “serviços públicos” ou a monopólios naturais, determinou a criação de “poderes regulatórios” difusos e sectoriais para acorrer aos *interesses públicos transnacionais*. Após um primeiro momento de “comunhão de funções” entre os Estados-membros e a União para prossecução de *interesses comuns*, outros estádios se seguiriam com “proeminência da Comissão” sobre as administrações estaduais. Inicialmente de cariz *funcional*, depois com um

5 *Vd* documento da Comissão Europeia, 2010: 11-12. Acerca da regra de *gold plating* e da técnica de regulação por princípios, a nossa crítica à política regulatória liberalizante então adoptada (Catarino, 2010: 252 ss. e 390 ss.; *idem*, 2009: 464 ss.).

6 Kingsbury, 2009: 132. Sobre este novo direito, *vd* o Projeto do *Institut for International Law and Justice*, onde existem inúmeros trabalhos acessíveis no respetivo *website* (<http://www.iilj.org>) nomeadamente o *Global Administrative Law Symposia*, publicado em 2005 e, especificamente dedicados ao tema, os artigos vertidos em 2005 no volume 37 do *New York University Journal of Law and Politics*, ou em 2006 no volume 17 do *European Journal of International Law*, disponíveis no mesmo *website*. Também Cassese, 2006, e Tavares da Silva, 2010.

cariz *substantivo* e *procedimentalmente limitador* e *conformador*, finalmente com a criação de uma *organização pública comunitária*, sectorial, técnica, *independente* dos Estados-membros e das próprias instituições da União.

1. A COORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA, O PROCEDIMENTO COMITOLÓGICO (LAMFALUSSY) E A “AGENCIFICAÇÃO”

A recente crise global dos mercados é enquadrada nas denominadas crises de “terceira geração”: porque associa uma crise bancária e uma crise financeira e das finanças públicas sistémicas. Constituiu no entanto a “janela de oportunidade” para que a União Europeia ultrapassasse os figurinos iniciais de “interregulação” interestadual ou de “convergência regulatória”, e a posterior “concertação administrativa” (mecanismos de “cooperação”, de “coordenação” e mesmo de “entrelajada”), para entrar decididamente numa fase de *centralização* da regulação⁷.

Uma era de *desregulação* e de *desintervenção* governamentais acompanhada de atividades financeiras transnacionais e criação de grupos de empresas determinara já que a sua regulação (e supervisão) pela União fossem *consolidadas*. A consolidação pressupôs o acesso à informação *sobre o grupo* de empresas e à informação que circula *no grupo*. Também se criaram competências comuns (*tool box*) para que os reguladores nacionais pudessem efectivar acordos de cooperação internacional (usualmente sob a figura de *Memoranda of Understanding*, MoUs)⁸.

Um caminho de *unicidade* na “regulação administrativa global” dos mercados substitutiva dos fenómenos da coordenação, harmonização ou integra-

7 A *interregulação* traduz um fenómeno utilitarista ligado às relações económicas internacionais e baseia-se quer em redes ou relações duradouras entre autoridades públicas nacionais, quer na constituição de organismos de cooperação, quer na adaptação de estruturas do direito internacional público clássico. A falência do *Herstatt Bank* e do *Frank National Bank* na década de 70, e o efeito dominó das crises financeiras sistémicas demonstrou a insuficiência do poder político para intervir em atividades transnacionais. Daí a criação do G10 e de outras organizações ou *soft bodies* internacionais de onde saíam os tão vulgarizados princípios do *passaporte transnacional* das empresas, ou os princípios do *home country control* dos grupos transfronteiriços, além de princípios de regulação comuns (caso dos *Core Principles* da IOSCO, do GAFFI, ou do Comité de Basileia). Um novo estádio seria atingido com a criação de mecanismos de troca informal de informação, a participação dos reguladores em redes regulatórias internacionais (*network regulation*), a convergência de poderes regulatórios nacionais acompanhados de quebra dos sigilos profissionais e a criação de autoridades nacionais independentes (*convergência regulatória*). Para uma classificação das diversas formas de relação interadministrativa entre Estados e indicação da sequência, Catarino, 2010: 157; Tavares da Silva, 2010: 25.

8 Para uma clarificação dos diversos conceitos de *regulação*, *desregulação*, *auto-regulação* e *re-regulação* (incluindo a *neo-regulação* típica da sociedade do risco), Catarino, 2010: 19-20, 2144.

ção, através de redes transnacionais de legisladores, intérpretes e aplicadores, públicos ou privados (ou “híbridos”), por vezes em parceria, tem vindo a ser trilhado enquadrando-se no que há muito foi designado por *internationales Verwaltungsrecht*⁹.

A pretensão europeia expressa no início do século XXI de ser até 2010 a maior economia mundial (superando a economia norte-americana), andou a par dos diversos planos de integração dos mercados e foi objecto de diversos estudos, planos de acção e relatórios. Destacamos apenas o FSAP de 1999, o Relatório Lamfalussy de 2001, o Francq Report de 2006, ou o Relatório de Larosière de 2009 (na senda do Livro Branco para os Serviços Financeiros 2005-2010). Curiosamente a criação de uma autoridade única na área dos mercados de instrumentos financeiros, similar ao BCE em termos de independência, legitimidade e responsabilidade (*accountability*)¹⁰, não fora proposta no *Final Report on the Regulation of the European Securities Markets* elaborado pelo “Comité de Sábios” presidido pelo Barão Alexandre Lamfalussy¹¹. Mandatado para uma “nova arquitetura” que permitisse uma igualdade de armas num campo regulatório harmonizado (*level playing field*), este Comité apostou numa primeira fase na *harmonização das legislações nacionais e no funcionamento em rede dos reguladores nacionais*. Esta harmonização seria apoiada num Comité composto por representantes das autoridades reguladoras que, em conjugação com outros órgãos comunitários, proporia medidas a implementar nos Estados-membros pelos respectivos reguladores.

O consequente procedimento regulatório (dito *comitológico*) assentaria num processo em que o Conselho ainda controla a Comissão Europeia (CE)¹². Os

9 Tavares da Silva, 2010a.

10 Acerca da noção e qualidades inerentes a um desempenho independente, salientando que tal não significa destacar um órgão da União e subtraí-lo à aplicação das normas de direito comunitário, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 10Jul2003, *Caso Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)*, no processo 11/00.

11 Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/index_en.htm. Este Comité de Sábios foi constituído pelo Barão Alexandre Lamfalussy, seu presidente (e ex-presidente do Sistema Monetário Europeu), e por Cornelius Herkstroter, Luis Angel Rojo, Bengt Ryden, Luigi Spaventa, Norbert Walter, Nigel Wicks e tendo como porta-voz David Wright e secretário Pierre Delsaux (sobre a sua constituição e funcionamento HUEPKES *et al.*, 2005). Igualmente importantes são, i.a., o Himalaya Report (*Which Supervisory Tools for the EU Securities Markets?*) ou o recente Francq Report (*FSC's Report on Financial Supervision*) – todos disponíveis em http://europa.eu/documentation/official-docs/index_pt.htm.

12 Nascidos em 1962, no âmbito da PAC, foram sistematizados pela Decisão do Conselho n.º 87/373/CEE, de 13 de Julho de 1987, substituída pela Decisão do Conselho 1999/468, JOCE 17Jul1999, L-184/23. A decisão de 1999 viria a distinguir os comités de apreciação das medidas da CE consoante estejamos perante procedimentos *consultivos*, de *gestão*, ou de *regulamentação* (arts. 3.º-5.º).

comitês constituídos são presididos por representantes da CE e compostos por peritos das autoridades nacionais a quem vai competir a aplicação de atos de harmonização, aos quais a CE deve submeter propostas ou *drafts* dos actos que pretende elaborar ao abrigo de poderes delegados¹³.

O sistema, alargado à intervenção (crescente) do Parlamento Europeu (PE) em 2002 e em 2006, foi adaptado ao âmbito financeiro após o Relatório Lamfalussy e na sequência do Conselho Europeu de Estocolmo de Março 2001. Seria aprovada a criação de um Comité de Valores Mobiliários (CVM¹⁴) e de um Comité independente que integrava os reguladores europeus (CARMEVM ou CESaR¹⁵), num processo legislativo regulatório de elaboração de grandes princípios vertidos em Directivas, e sucessivamente concretizados normativamente em 4 níveis ou degraus de colaboração (num sistema *top to bottom*).

Após decisão do Conselho e do PE no âmbito do procedimento legislativo normal (art. 294.º TFUE), a Comissão e o PE em consulta com o CESaR criavam legislação delegada que seria posteriormente interpretada e complementada com *orientações, recomendações, e padrões* provindos do conjunto dos reguladores (assim cumprindo orientações de *better regulation*). As autoridades de supervisão representadas no CESaR prestavam apoio técnico à União, mas este Comité concretizava posteriormente as normas através daqueles

13 O “procedimento comitológico” ou comitologia foram expressões que entraram em voga para significar um meio de exercício de poder pela Comissão no desenvolvimento dos atos legais comunitários, tendo tido assento legal com a “decisão Comitologia” adoptada pelo Conselho em 28 de Junho de 1999 e alterada pela Decisão do Conselho de 2006/512/CE, 17 de Julho de 2006 que regulou os poderes de execução da Comissão contidos no art. 202.º do Tratado. Estes comitês são compostos por representantes dos Estados-membros e a maioria das medidas de implementação pela Comissão são previamente submetidas a apreciação técnica e política destes comitês. Para uma exposição detalhada Leeuwen & Demarigny, 2004: 206; Catarino, 2010: 187; *idem*, 2009: 405.

14 *European Securities Committee* ou Comité Europeu dos Valores Mobiliários (ESC ou CVM) instituído após Resolução do Conselho Europeu de Estocolmo de 23 de Março de 2001, Decisão da Comissão 2001/528/CE, de 6 de Junho de 2001, JOCE, L191 de 13/07/2001. Constituído por representantes de alto nível dos Estados-membros, e presidido por um representante da Comissão, era um órgão decisório quando integrado ao nível 2 de decisão do processo regulamentar, com representação na Secretaria de Estado do Tesouro e das Finanças (SETF) e Representação Permanente de Portugal em Bruxelas (REPER), e instância de reflexão, debate e aconselhamento da Comissão em cooperação com o CESaR (nota *infra*).

15 O *Committee of European Securities Regulators* ou Comité das Autoridades de Regulação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários (CESR, CESaR ou CARMEVM), constituído por Decisão da Comissão 2001/527/CE, de 6 de Junho de 2001, órgão consultivo da Comissão Europeia, independente, constituído por representantes de alto nível das autoridades regulatórias nacionais, promovia a coordenação entre reguladores nomeadamente na troca de informação (vg através de MOU`s), emitia pareceres, orientações e recomendações, que os reguladores integravam nas suas práticas (disponíveis em <http://www.cesr-eu.org/index.php?page=rpcountry&mac=0&id=-/>). Os seus trabalhos foram assumidos pela atual autoridade do mercado financeiro (ESMA).

instrumentos *soft*. O processo de *cooperação* findava com a verificação, pela Comissão, da sua aplicação *uniforme e conforme*¹⁶. A Comissão mantinha-se como motor de decisão e de verificação de cumprimento (conforme especificado no instrumento comunitário aprovado no âmbito do processo legislativo da União – ex-artigo 251.º TUE). A estrutura regulatória Lamfalussy seria alargada em 2003 para o mercado bancário (CEBS) e segurador (CEIOPS), com uma posterior concentração destes três comités (3L3)¹⁷.

1.2. Do procedimento Lamfalussy às “agências” comunitárias reguladoras

Em 25 de Fevereiro de 2009 o Relatório de Larosière aproveitaria decididamente a crise financeira despoletada em 2007 nos EUA com o crédito hipotecário de alto risco (*sub-prime*), como uma janela de oportunidade para “regular a globalização” e o mais recente factor de risco decorrente da liberalização: os produtos financeiros complexos¹⁸. O Relatório deve ser visto como *mais do que uma pretensa resposta à crise declarada em 2008*; apesar de ter sido aprovado três meses antes das eleições para o PE (com quem o ECOFIN teve inúmeras “batalhas”), e ter levado apenas 20 meses até à implementação, ele pretende reforçar as competências e o poder regulatório da União¹⁹. Nos termos do mandato do ECOFIN de 2006 ao FSC e EFC para rever o processo regu-

16 No *Nível 1* eram elaborados os grandes princípios (*Core Principles of Legislation*), vertidos em Diretivas ou Regulamentos segundo o processo legislativo comunitário (Comissão/Conselho/Parlamento). Previamente a CE teria já consultado formal ou informalmente os interessados (participantes nos mercados, Estados-membros, reguladores, indústria, associações de investidores, sociedades gestoras de mercados). No *Nível 2* eram tomadas as decisões técnicas de implementação: após consulta do ESC/CVM e diversos comités técnicos (*High Level Regulatory Committees* com apoio dos comités técnicos do *Nível 3*) a Comissão solicitava medidas de implementação técnica ao CESaR, abrindo uma discussão pública. A final, o CESaR elaborava a proposta técnica que enviava à Comissão. Proposta ao CVM para aprovação (sob superintendência e controlo do PE) e adopção de medidas de convergência regulatória, num *Nível 3* o CESaR tinha um papel ativo de *cooperação* entre reguladores, na *transposição, implementação e monitorização* dos atos comunitários. No *4º Nível* a Comissão verificava o cumprimento e sancionava o seu incumprimento (Catarino, 2009: 180-196).

17 A estrutura regulatória Lamfalussy alargada em 2003 para a banca e seguros contava no *Nível 2* com apoio técnico do *European Securities Committee* (ESC/CVM), do *European Banking Committee* (EBC) e do *European Insurance Committee* (EIC), e no *Nível 3* do *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS) e do *Committee of European Insurance and Occupational Pension Supervisors* (CEIOPS).

18 O Relatório do *High Level Group*, pugnando pela criação de um Sistema Europeu de Supervisão, encontra-se disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf e uma visão global da actual reforma, em http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm.

19 Acerca do “triálogo Conselho/Comissão/Parlamento, medidas e decisões políticas de 2009/2010, Moliney, 2011: 44-45.

latório existente²⁰, pugna por medidas de concentração de poderes regulatórios normativos em “corpos” transnacionais, por um (difícil) equilíbrio entre independência e controlo dos mesmos perante a Comissão, e um *upgrade* na supervisão (sobretudo a potencial) através de um “centralismo”²¹. Como? Através da substituição do processo “comitológico” de regulação – muito criticado pela opacidade, corporativismo e falta de participação pública²²-, e do sistema de supervisão nacional, pela regulação e supervisão directa da União através de um “Sistema Europeu de Supervisores” (algo similar ao SEBC).

Este sistema comunitário baseia-se em dois pilares: a nível microprudencial e com uma atuação em rede, temos (i) Autoridades Administrativas Reguladoras (ERA’s) específicas para os sectores bancário, segurador e mercado de instrumentos financeiros (à semelhança da muito almejada SEC, *Securities European Commission*); a nível macroprudencial, temos (ii) um Conselho Europeu de Riscos Sistémicos (CERS) com funções de supervisão e estabilidade sistémica, num fenómeno “constelatório” de multi-criação administrativa (*freer markets, more agencies*).

Sintomaticamente, na nova (e apressada) arquitetura institucional regulatória o legislador escusou-se a utilizar expressões como *agency* ou *regulatory agency* em prol da expressão “autoridades”. Por um lado, porque não existe uma tipologia comunitária destas entidades administrativas; por outro, porque existia a consciência das fragilidades na criação e legitimação das mesmas (*infra*).

20 No âmbito do Relatório *2007-2013 Financial Perspectives for the EU*, visava-se, além do aprofundamento da liberalização e eficiência do mercado, o fim da estrutura multinível de decisão, um predomínio da Comissão sobre os Estados-membros, e a substituição do estádio de “Estados concorrentes” pelo dos “Estados colaboradores” (disponível em <http://eeas.europa.eu/euromed/conf/ecfin/2006/conclusions.pdf>). Cfr. da Comissão Europeia, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies, e o Impact Assessment* in {COM(2008) 704}{SEC(2008) 2745} e “ECOFIN Roadmap”, todos estes docs. acessíveis em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/96375.pdf.

21 A ansiedade por uma resposta internacional a causas internacionais para a crise levou também a um receituário que traduzia uma amálgama de intervenções do BCE (para a macro supervisão prudencial), a criação de um *European System of Financial Supervision* (para a supervisão micro paralela à supervisão “home” e “host”). Mas ia mais longe; no seu Capítulo V, tendo em vista a promoção de uma estabilidade financeira a nível global, tentava unificar a “fragmentação” decorrente da arquitetura internacional baseada na UE, no Comité de Basileia, no G20, no *Bank for International Settlements*, no *Financial Stability Board*, na IOSCO, no IASB e no IAIS (*soft bodies* mundiais de regulação financeira), tentando unir o ex-Financial Stability Fórum ao FMI e ao Comité de Basileia, aumentando os seus membros, reforçando o poder regulatório, e reforçando o poder de “vigilância” e de “alarmes” do FMI e de atividades de controlo local (*assessments*) periódicos – tornados “mundiais” (*global risk map*), e obrigatórios (*compulsory for all IMF member countries*).

22 Bignami, 1999: 451; Lindseth, 1999: 655.

Com efeito, a doutrina tem entendido que aquelas últimas constituem uma categoria a que é inerente o poder de criação de medidas de *regulamentação* de um setor, e medidas ou decisões vinculativas de *controlo, vigilância e intervenção* (supervisão)²³. Estas competências vinculativas (*hard*) não se confundem com a mera atribuição de fortes poderes *recomendatórios*, característica que qualifica as designadas *quasi regulatory agencies*. O proliferar desta administração “secundária” (fundada em legislação comunitária derivada) engloba outras realidades como as *decision-making agencies* ou as *executive agencies*²⁴. A classificação não é despicienda: a sua *natureza* depende das atribuições e poderes que em concreto lhe são atribuídos, existindo grande celeuma quanto à legitimidade da criação destes corpos intermédios na União. Quando a sua criação é aceite, a celeuma mantém-se quanto à latitude dos fins e competências e legalidade e discricionariedade na sua atribuição (*infra*).

A pouco e pouco, como sucedeu no “triângulo judicial europeu” (Tribunais da União, TEDH, tribunais nacionais), este trilho poderá conduzir à transformação das Administrações nacionais numa espécie de Administração Europeia de segundo grau (art. 28.^o²⁵).

1.3. O novo sistema institucional regulatório

A estrutura institucional regulatória financeira assenta hoje num Sistema Europeu de Risco Sistémico (*European Systemic Risk Board*, ESRB ou SERS) que tem uma função de monitorização e avaliação macro-prudencial do risco sistémico na União e de alerta sobre riscos para os mercados financeiros

23 Para uma visão da classificação original das diversas autoridades, pelo *Administrative Procedure Act* de 1946 nos EUA, e posteriores distinções doutrinárias e jurisprudenciais, Catarino, 2010: 98. A última listagem de que temos conhecimento consta do *United States Government Manual 1985-1986*, mas não só não é exaustiva como o caminho trilhado desde o Presidente Jimmy Carter tem sido no sentido da sua abolição.

24 O *website* da UE distingue entre as instituições da União que têm a sua legitimidade, atribuições e poderes nos Tratados, bem como os procedimentos inerentes, os “bodies” que desempenham uma tarefa especial (EU Ombudsman), e as *specialized agencies* onde se incluem as *regulatory agencies* (como a *European Aviation Safety Agency*). Estas últimas são criadas por legislação secundária, e, regendo-se pela legislação da União, têm em vista desempenhar tarefas científicas, técnicas ou legais de apoio aos cidadãos ou aos Estados-membros e não apenas de apoio à Comissão, como as *executive agencies*. Contempla ainda especificamente os “Financial Supervisory Bodies”, *established in January 2011 to prevent the build-up of risks that threaten the stability of the overall financial system*, in http://europa.eu/agencies/index_en.htm (acedido em 14Abr2011). Doutrinariamente, *vd* a classificação de Craig (2006: 155), de Tridimas (2010: 230-236), ou de Yatanagas (2001: 227).

25 Conforme informa Tridimas, existiam duas agências comunitárias em 1970, e quatro em 1993, sendo hoje de várias centenas, com vastíssima bibliografia sobre o tema (2001: 230). Também, Hoffman, 2009: 482-505.

(não tem uma função regulatória)²⁶. A par deste Sistema e em cooperação interinstitucional, temos o Sistema Europeu de Supervisores Financeiros (ESFS), que tem uma função de supervisão micro-prudencial²⁷. Este último pressupõe competências partilhadas (“em rede”), com o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão (*Joint Committee of the European Supervisory Authorities*) e representantes de cada uma delas e das autoridades nacionais, a Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority*, EBA ou ABE), a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* ou EIOPA) e a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (*European Securities and Markets Authority*, de ora em diante ESMA ou Autoridade)²⁸.

Estas novas autoridades administrativas de regulação micro-prudencial (*European Regulatory Agencies* ou ERA’S) vieram substituir sectorialmente os Comités já existentes, apesar de a tendência ser, na altura, de criação de regulador único (*vd* exemplo da “descontinuação” da FSA a favor do *Bank of England* ou as propostas alemãs de 2010 para o *Bundesbank*²⁹). Sucederam-lhes nas respetivas atribuições públicas (*integridade e estabilidade* do sistema financeiro, *transparência* do mercado e *proteção dos investidores*) e promoção e cooperação entre autoridades incluindo a recolha e tratamento de informação. Estas autoridades assentam em regulamentos contendo um estatuto praticamente igual para todas, inclusive na numeração do seu normativo (utilizaremos por vezes uma delas em particular, a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, ESMA, como protótipo e para maior simplificação). As autoridades “deram corpo” à “rede regulatória” de entidades nacionais e comunitárias, com deveres de cooperação interadministrativa (art. 2.º, n.ºs 2-5 do Regulamento UE 1095/2010 do PE e do Conselho, de ora em

26 A arquitetura do sistema assenta fundamentalmente nos Regulamentos UE 1092 a 1096/2010, de 15Dez2010, da Diretiva Omnibus 2010/78/UE do PE e do Conselho, de 24Nov2010 e das propostas de revisão pela Omnibus II – COM(2011)8 final. Uma visão completa dos principais documentos, do processo de criação, com pareceres prévios das diversas instituições, pode ser visto in http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm.

27 Especificamente acerca do ESRB, de que não trataremos, Ferran & Alexander, 2010.

28 Sendo um órgão sectorialmente misto – Comité Conjunto (*Joint Committee*) – coordenará e representará as diversas agências criadas pela União (ESNA, EBA e EIOPA), tendo em vista a adopção de posições comuns e troca de informação e coordenação, *vg* em matéria de conglomerado, auditoria, contabilidade e matérias de regulação horizontal (produtos financeiros de retalho, combate ao branqueamento de capitais, troca de informação, análises micro-prudenciais) arts. 54.º-56.º. Tem um *staff* próprio, sendo composto pelos *Chairpersons* das ESA’s e de eventuais sub-comités (art. 57.º). O *Chairperson* é nomeado anual e rotativamente.

29 Wymeersch, 2007: 237.

diante “Regulamento”³⁰), juntando um Grupo de Interessados do Sector em causa (*vd* o Grupo de Interessados do Sector dos Valores Mobiliários e dos Mercados – SMSG –, art. 37.º do Regulamento).

A “constelação regulatória” administrativa não terminará aqui, pois as Autoridades Europeias detêm a faculdade de criar comités (no caso da ESMA, o Comité de Inovação Financeira, art. 9.º, n.º 4) e sub-comités (*i.a.* o Comité para os Conglomerados Financeiros, art. 57.º). Finalmente, existe ainda um órgão misto denominado de Câmara de Recurso (*Board of Appeal*) que decidirá dos recursos de decisões das novas Autoridades (art. 60.^{o31}) – *infra*.

O “balão de ensaio” de concretização deste fenómeno de “agencificação” e subalternização do tradicional regime de cooperação e coordenação inter-estadual reside no regime das empresas de notação de risco. A exclusividade conferida à ESMA, por Regulamento comunitário, de *autorização, supervisão* e *sanção* das agências de notação de risco (de ora em diante “Regulamento CRA’s”, de *credit rating agencies*³²) apoiou-se na crise que vivemos na Europa desde 2010. A diabolização das CRA’s constituiu a oportunidade para consumir a filosofia federal inerente ao Relatório *de Larosière* e assumida pela Comissão Europeia, suprimindo a inexistência de critérios uniformes de regulação, as diversas realidades e actividades transnacionais, e transformando a natureza dos *soft bodies* da União.

1.4. O Novo Modelo Regulatório

O atual modelo assenta no afastamento da política de “Estados-concorrentes” em prol dos “Estados-coordenados” (pela autoridade comunitária). Em casos “extraordinários” ou de desacordo entre a União e um Estado-membro, vigora

30 As referências normativas deste texto, sem indicação de fonte, reportam-se ao articulado do Regulamento.

31 Composto por sábios (dois membros e seus *alternates* nomeados pelo *Management Board* da ESMA de uma lista fornecida pela CE depois de uma oferta pública de emprego e consulta do *Supervisory Board* e os demais apontados pela EBA e EIOPA), tem como finalidade ser um *órgão de consulta especializada* (peritos) das ESA’s. As suas decisões são tomadas por maioria simples (4 dos 6), excepto nos casos de *juízo em recurso de decisões* da ESMA, em que tem de haver pelo menos um dos dois membros nomeados pela autoridade na maioria (art. 58.º, n.º7). Têm de fazer uma declaração de interesses prévia, comportar-se com imparcialidade típica dos juízes (não podem participar em decisões em que possam ser interessados – art. 59.º).

32 Conclusões do Conselho de 19Jun2009, e o Regulamento UE n.º 513/2011 do PE e do Conselho que alterou o Regulamento UE n.º 1060/2009 do Conselho e do PE, de 6Set2009, JOCE L 145/31, de 31 de Maio. Atualmente está em discussão uma terceira alteração ao Regulamento CRA’s, muito discutido devido ao normativo que confere vastos poderes de fiscalização e de sanção à ESMA.

uma política dos “Estados-subordinados” (arts. 15.º-17.º)³³, mas a necessidade de afastar “fantasmas federalistas” adiou a criação da autoridade única. Veremos como se desenhou uma especial arquitetura comunitária administrativa dotada de “incentivos” para crescer e afirmar a sua proeminência e independência.

A nível regulatório, a assunção prática de que os mecanismos de regulação pré-crise não deram bons frutos determinou a substituição de estratégias de *soft regulation* pela *adversarial regulation*³⁴. Também foram alterados os modelos de regulação em sentido lato (que inclui as sempre confundidas noções de regulação/*regulamentação*, regulação/*supervisão* e regulação/*sanção*³⁵). A regulamentação através de grandes princípios (*principle based regulation*) é substituída pela *normative regulation* através da *hoft law* ou medidas “quasi legislativas” (*soft law* com efeitos “duros”), e as diretivas pelos regulamentos. No plano do controlo e vigilância (supervisão), deixou de estar em voga o modelo *reativo* baseado em sistemas internos de autocontrolo e responsabilização (através de organização interna de controlo e auditoria interna), na atribuição a alguns tipos particulares de funções de *gatekeeper*, ou na responsabilização da empresa e dos seus dirigentes máximos (através da estatuição de plúrimas normas de dever, de função de *garante pessoal* e responsabilidade *objectiva*). Foram substituídos por modelos de “julgamento” (*prevenção*) baseados no risco individual e sistémico (*risk based regulation* tão cara à FSA ou à AFM, ou a reguladores canadianos ou australianos³⁶). O risco decorrente para os investi-

33 Esta subordinação está patente na designada “avaliação entre pares” (*peer review*) vertida no artigo 30.º, que permite uma avaliação (*assessment*) da “governança” e da atuação das diversas autoridades nacionais, tendo em vista a harmonização das “melhores práticas” – mas com risco de “standardização”.

34 Curiosamente, esta *insensitive* ou *insensible (responsive) regulation*, que com a *restorative justice* viera do sistema anglo-saxónico, seria afastada no Reino Unido, após a crise, através da “supervisão intensiva” e concentração de diferentes competências em reguladores diferentes (Black, 2010). Para uma teoria da regulação, e a distinção (e aplicação em Portugal) dos modelos de controlo mais difuso (como da *insensitive, insensible* ou *responsive regulation*) ou mais fortes (*command and control regulation*, ou a *normative and policy regulation*), Catarino, 2010: 238-247 e bib. citada. Acerca do procedimento regulatório, avaliação de impacto, precaução e risco, *ibidem*: 233-248.

35 Tal como sucede com os conceitos de supervisão, também os conceitos de regulação são utilizados pelos AA. de uma forma imprecisa e não técnica, sem o necessário estudo da confluência dos sistemas da *common law* e da *civil law* de que resultam. Para uma distinção e caracterização técnica de cada uma, Catarino, 2009: 454.

36 Os sistemas de avaliação de risco deixaram de ser algo recomendado pela IOSCO e pelo FMI como “boas práticas” para passarem a ser hoje um sistema adoptado pela generalidade dos Estados da União (vd relatório do CESaR/08/-220, ou os relatórios da CONSOB e da BaFIN de 2008, e na Holanda, *DNB Aulity Bulletin* de 2006, com o programa para 2006-2010 – disponíveis nos respetivos *websites*).

dores e para os mercados dos produtos financeiros extremamente complexos e sua venda pelo retalho (decorrentes da liberdade de *inovação, sofisticação e complexidade* e da liberalização das *formas de negociação* e seu controlo), preocupa hoje os reguladores e levou-os a modelos de supervisão intensiva (*ação*)³⁷. A neo-liberalização que permitiu a sua criação demonstrou que a assunção do sacrossanto princípio de Liberdade económica, associado ao princípio de transparência (pela máxima divulgação de informação – *full disclosure*³⁸), com responsabilidade acrescida dos investidores pelas suas decisões (*caveat emptor approach*) não chegavam. Havia que reforçar a supervisão *prévia* (autorização e aprovação) com uma reação regulatória mais forte (sanção)³⁹.

A convergência e “standardização” regulatória pela União, quer a nível normativo, quer de supervisão, traz vantagens claras face às diferentes atribuições dos reguladores nacionais. Mas terá de ter em conta a existência de sistemas nacionais *jurídica e funcionalmente* diversos; os diferentes riscos que coloca a extrema diversidade dos mercados nacionais; os diferentes estádios de evolução e de especialização nacional; a possível divergência entre os objetivos e as melhores práticas decididas para os Estados-membros e os objetivos e as necessidades individuais de cada Governo.

2. A AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES: ORGÂNICA, ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS

O crescimento das “agências” ou das autoridades administrativas reguladoras nos Estados-membros da União resultou, *i.a.*, da liberalização e privatização dos mercados, da necessidade de fuga ao *indirizzo* político, da descentralização perante a complexidade da sociedade técnica, da necessidade de uma especial *expertise* e competência não compaginável com a velha Administra-

37 Vd *Public Consultation. Review of the Markets in Financial Instruments Directive* de Dezembro de 2010 e os programas de acção da FSA *supra* referidos, que a Revisão da MIFID incorpora.

38 Acerca das imperfeições dos mercados e substituição dos princípios jurídicos da transparência por um novo e verdadeiro mercado, mas da informação, CATARINO, 2011: 65-113. Também, acerca da FSA, vd 2009, *The Turner Review. A Regulatory Response to the Global Banking Crises*, ou o *2010/2011 Business Plan* (supervisão intensiva), e também *Reforming Supervisory Practices: Practical Progress to Date* (dando conta de que o princípio da *full disclosure* e sistemas internos de garantia e de controlo não foram totalmente adequados), disponíveis em <http://www.fsa.gov.uk/pages/library/Communication>.

39 Acerca da (i) substituição regulatória do modelo de *Nanny State* pelo *Caveat Emptor Approach* e consequente substituição da diligência média exigida ao bom “*pater familiae*” por uma diligência média reforçada, com (ii) uma resposta forte da regulação (sanção) na “pirâmide regulatória”, Catarino, 2010: 257-287.

ção Weberiana⁴⁰. Os mesmos motivos fundaram a adoção pela União de corpos similares na natureza e características – independência, imparcialidade, autonomia administrativa e financeira.

A criação de uma Autoridade, como a ESMA, visa uma intervenção reguladora activa da União no desenvolvimento de uma cultura de supervisão comum – tendencialmente única (artigo 29.º, n.º 1) –, e um maior controlo e coordenação entre as autoridades nacionais competentes (arts. 30.º-31.º). Foi qualificada como um “organismo da União dotado de personalidade jurídica” e, nos Estados-membros, detém a “mais ampla capacidade jurídica reconhecida pela legislação desses Estados às pessoas coletivas” – incluindo a judiciária (art. 5.º).

Assumiu as anteriores funções típicas do CESaR, como a consultiva, de cooperação ou de recolha de informação, mas o seu estatuto permite-lhe ir mais longe que as próprias autoridades nacionais. Avalia-as periodicamente (*assessment* que visa garantir uma maior coerência dos resultados da supervisão), e poderá exercer os poderes destas últimas mediante “acordos administrativos” de delegação de competências regulatórias nacionais (entre autoridades administrativas de Estados-membros diversos e destas com a ESMA⁴¹). Em última análise pode exercer o que designamos por “poderes extraordinários”, quer através da *substituição administrativa* aos reguladores nacionais, quer dirigindo uma injunção/decisão aos agentes de um mercado, *vg* para “a adoção das medidas necessárias ao cumprimento da sua legislação”.

2.1. A Estrutura Orgânica Interna

As autoridades administrativas que têm vindo a ser criadas no âmbito da União não revestem um “figurino” comum. No entanto podemos encontrar uma estrutura interna similar que foi também seguida na criação das autoridades reguladoras do sistema financeiro: o padrão organizativo interno das autoridades já existentes comporta um conselho de administração, *manage-*

40 Por todos, e para uma visão nacional dos motivos da criação destas autoridades, *i.a.* Morais, 2001; Cardoso, 2002; Moreira & Maças, 2003; Moreira (org.), 2004; Calvete, 2012.

41 O Regulamento CRA's é já um exemplo de delegação de competências da ESMA nas autoridades nacionais a propósito da supervisão das agências de *rating*, casos em que a responsabilidade da ESMA e a sua capacidade “para conduzir e fiscalizar a atividade delegada” se mantêm (art. 30.º), prevendo-se o pagamento do serviço. Este é um caso em que as competências passaram para a ESMA (deve considerar-se revogado o art. 12.º CodVM), devendo as autoridades nacionais comunicar os factos de que tomem conhecimento e que considere contrários ao Regulamento (art. 31.º). Nos artigos 38.º-A a C prevê-se especificadamente o “exercício da delegação”, a “revogação da delegação”, e o veto do PE e o Conselho aos atos delegados.

ment ou *administrative board* que agrega representantes dos Estados-membros, da CE, por vezes também do PE ou de comités representativos, um director executivo que representa a agência e um ou mais comités executivos e/ou científicos). O órgão principal é o Conselho de Supervisores (*Board of Supervisors* ou CS, podendo o PE objectar à pessoa indicada), composto pelo *Presidente* (*Chairperson* que é nomeada CS por cinco anos), pelos Presidentes das autoridades reguladoras nacionais (que designarão um substituto ou *alternate*). Integra ainda representantes das demais ERA's (da CE, do BCE, do SERS, da EBA e da EIOPA) como observadores, num sistema qualificado de *cross-fertilization*. O Conselho delibera por maioria simples (um homem um voto), sendo exigida maioria qualificada para a aprovação de *standards* e padrões técnicos vinculativos (*regulatory* e *implementing technical standards*), orientações (*guidelines*), recomendações (*recommendations*), ou para adoção das supra referidas “medidas extraordinárias” dirigidas a Estados-membros ou agentes de um mercado. Foi criado um Director Executivo para a gestão da Autoridade (art. 53º), com uma independência que é reforçada pela especial relação com o Parlamento Europeu (perante quem é ouvido depois de indicado pelo CS e antes de poder tomar posse). Um Conselho de Administração (*Management Board*) tem funções administrativas, *vg* relativas ao seu programa anual, à gestão do orçamento e do seu *staff*. Por não ser uma cultura administrativa normal em muitas autoridades reguladoras independentes, salientamos que a contratação tem de obedecer a princípios públicos de transparência e igualdade, observando as regras gerais de contratação de funcionários da União (arts. 45.º-47.º)⁴². A sua estrutura interna não se encontra totalmente determinada, pois o Conselho pode constituir *comités especializados* internos mediante delegação (de tarefas ou de competências – *vd* art. 41.º-43.º)⁴³.

42 É composto pelo Presidente e seis representantes eleitos do Conselho de Supervisores, pelo Director executivo e um representante da Comissão (como observadores), tem funções administrativas e delibera por maioria simples. A sua principal atribuição repousa na necessidade de uma intervenção ativa no desenvolvimento de uma cultura de supervisão única (artigo 29.º, n.º1), desempenhando um papel de controlo e de coordenação geral entre as autoridades nacionais competentes (p.e. organização de avaliações periódicas para garantir uma maior coerência dos resultados da supervisão – arts. 30.º-31.º).

43 A Parte II do Regulamento trata da sua competência. Curiosamente, dentro do poder de auto-organização do *Board* estão os poderes de fixação de *quotas* – matéria que não deveria ser objecto de autorregulação, mas sim de norma do Regulamento –, devendo elaborar até 15 de Junho de cada ano um relatório de atividades a ser submetido ao Parlamento Europeu, ao Conselho, à Comissão, ao Tribunal de Contas e ao Comité Económico e Social. O *deficit* de legitimidade democrática e eventualmente jurídica destas

2.2. (Velhas) atribuições e (novas) competências

No caso da ESMA, a Autoridade assumiu as *atribuições* tradicionais de uma “ordem pública bolsista”: integridade, transparência, eficiência e estabilidade dos mercados, além da protecção dos investidores – arts. 1.º, n.ºs 2, 3, 5, e 8.º, n.º 1. Foi-lhe reconhecida personalidade jurídica, ampla capacidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, e controlo e responsabilidade perante o Parlamento Europeu e o Conselho (*accountability* política que não foi acompanhada pela previsão expressa de responsabilidade civil – *infra*)⁴⁴. Além da assunção e continuação das tarefas de *regulação* em curso nos Comités de Nível 3 (3L3), compete-lhe prosseguir, reforçar e promover a coordenação internacional da atividade de *supervisão*. Espera-se que prossiga a prevenção de riscos sistémicos e a protecção dos investidores bem como do fenómeno de arbitragem regulatória ou *fórum shopping*. Um dos *leit motiv* da sua criação é a criação de um verdadeiro *Level Playing Field* regulatório e estabilidade – estabilidade contestada por quem afirma que ambientes regulatórios diversificados e competitivos favorecem a inovação.

A Comunicação sobre Supervisão Financeira de 27 de Maio de 2009 (COM(2009)252 final) fora clara na intenção de conferir à ESMA vastos poderes *reais* e *permanentes*. Poderes de: (i) criar projetos de “normas técnicas de regulamentação” (*Regulatory technical standards*) a apresentar à CE (de que é órgão consultivo, arts. 10.º e 34.º Regulamento, e 290.º TFUE⁴⁵); (ii) criar projetos de “normas técnicas de execução” de atos legislativos (*Implementing technical standards*), a apresentar à CE (art. 15.º do Regulamento e art. 291.º TFUE)⁴⁶; (iii) emitir padrões, orientações e recomendações (*standards, guideli-*

instituições visa assim ser suprido através de uma legitimação pública, de que ainda é refracção o dever de o tornar público, tal ao seu programa plurianual e o seu orçamento (art. 43.º).

44 As Autoridades apresentam anualmente ao PE os Programas de Acção anuais e multianuais e Relatório Final (o Regulamento UE nº 1060/2009 estatui que, relativamente às CRA's, conterà as medidas de supervisão tomadas e as sanções aplicadas, art. 21.º), e para além de outras obrigações específicas podem os seus representantes ser chamados ao Conselho e ao PE para explicações. As receitas advêm do orçamento da União (40%) e do orçamento das autoridades nacionais (60%), sob controlo do Tribunal de Contas – arts. 1.º, 10.º, 15.º e 42.º do Regulamento (no futuro poderá receber taxas como sucede no âmbito das CRA's). Acerca da génese, noção e implicações jurídicas de “ordem pública bolsista”, Catarino, 2009: 383.

45 É um órgão independente de *consultoria interna* das instituições comunitárias (art. 34.º), de fortalecimento dos sistemas de indemnização nacionais (*Investor compensations Scheme* previsto na Diretiva 97/9/CE) – art. 16.º.

46 O procedimento é similar ao dos *regulatory technical standards*, devendo a ESMA seguir o *due process* legiferante, incluindo a audição do SMSG (art. 37.º), a remessa do *draft* à CE que o enviará ao PE e ao Conselho, num sistema decalcado sobre o artigo 10.º – art. 15.º.

nes e recommendations, art. 16.º)⁴⁷; (iv) velar pelo cumprimento da legislação da União (arts. 10.º, 15.º-17.º)⁴⁸; (v) exercer poderes de *supervisão direta*, através da *substituição administrativa* (quando a autoridade nacional não acate uma recomendação da ESMA sobre cumprimento de legislação comunitária⁴⁹) ou da *delegação administrativa* (mediante “acordos de delegação” para a ESMA ou para autoridades administrativas nacionais congêneres, num movimento incentivador desigualitário⁵⁰): (vi) proibir ou restringir temporariamente atividades financeiras (art. 9.º, n.º5); (vii) adoptar *medidas de urgência* (*vg* medidas de *polícia administrativa*) quando verifique uma violação ou não aplicação pelos Estados das normas comunitárias ou uma *situação de emergência* (*a breach of the Union law*, arts. 17.º-18.º)⁵¹; (viii) arbitrar vinculativamente conflitos positivos ou negativos de competência entre diversas autoridades nacionais em situações transfronteiriças (art. 19.º)⁵².

47 O website da ESMA (http://www.esma.europa.eu/index_new.php) contém já orientações (*guidelines*) e informação geral (resposta às *frequently asked questions*, FAQ's) sobre a respetiva estrutura.

48 Tem poderes de *verificação do cumprimento* da legislação comunitária e seu *enforcement*, *vg* mediante *avaliação de cumprimento de regras e princípios*, e das boas práticas (*peer review e assessments*) e publicação do respetivo Relatório (com consentimento da entidade visada) – art. 8.º, n.º1, als. b) e e).

49 A substituição pressupõe que, a par do título de legitimação decorrente da norma que fixou o órgão primariamente competente, deva existir uma outra legitimação – a que permite a substituição. A noção de substituição administrativa não repousa na partilha mas na sub-rogação de um órgão ao órgão naturalmente competente. Durante a substituição, “o substituto exerce poderes tendencialmente iguais aos que o substituído exerceria”, com “identidade de conteúdo e de objeto” – Otero, 1995: 403.

50 Visa-se fomentar a delegação de tarefas de supervisão (*delegation of tasks*) entre reguladores nacionais ou na ESMA, mediante prévia previsão legal e sob autoridade do delegante, publicitando a União tais “acordos de delegação”. O Regulamento faz uma distinção entre “delegação de competências” e “delegação de responsabilidades” (*delegation of tasks e delegation of responsibilities*, art. 28.º). No primeiro caso a responsabilidade pelas decisões no domínio da supervisão mantém-se no domínio da autoridade delegante ou originariamente “responsável”; no segundo a decisão sobre a ação de supervisão a tomar e a responsabilidade sobre a mesma pode caber à autoridade delegada. A delegação deve ser a favor da autoridade *best placed to take action in the subject matter* (em função da composição do grupo ou da *expertise* das autoridades), o que “alargará o exercício” de competências e dará supremacia a algumas das autoridades.

51 Numa “situação de emergência”, as medidas podem ser suscitadas junto do Conselho que, em consulta com a Comissão e o ESRB, determina se a ESMA dirige injunção a uma ou mais entidades nacionais (art. 18.º). Se os reguladores a não cumprirem, e dentro das *Framework directives* que regem os reguladores nacionais (art. 1.º, n.º2), dirige aos agentes de mercado uma decisão individual para tomar as medidas necessárias.

52 Após a fase de conciliação, em caso de omissão de conformação da autoridade nacional, a Autoridade toma uma decisão no sentido de a autoridade nacional agir ou deixar de agir (*with binding effects*), e poderá tomar decisões concretas dirigidas a participantes no mercado mas apenas *in areas of the Union law directly applicable to them*. O curto-circuito (*bypass*) às autoridades nacionais é ainda vedado quando existam poderes nacionais discretionários. Nos conflitos entre autoridades sectoriais diversas decidirá o *Joint Committee* (arts. 20.º-21.º).

A Autoridade criada ao abrigo do artigo 114.º do TFUE visa, dentro das limitações da jurisprudência MERONI de 1956⁵³, prosseguir os objetivos de integração do mercado interno dos serviços financeiros (considerando 17 do Regulamento), mas com particularidades. Por um lado foi dotada de “competências administrativas *potenciais*”: o Regulamento prevê que no Relatório Anual ao Parlamento Europeu e ao Conselho a Comissão determine as novas responsabilidades de supervisão a atribuir à ESMA (art. 81.º, n.ºs 3 e 4)⁵⁴. Por outro lado, a prática dos atos de regulação já instituídos como *framework* comunitário comum podem ser cominados à Autoridade pelas autoridades nacionais mediante *delegação* de competências (e vice-versa mediante pagamento de uma taxa à autoridade nacional), ou mediante *substituição administrativa*. Pode também adotar medidas de polícia administrativa quando verifique uma violação grave e reiterada das normas comunitárias (p.e. na elaboração e utilização de *ratings*), e até medidas compulsórias e punitivas (por ora, apenas a sociedades de rating⁵⁵).

2.3. Dos modelos regulatórios difusos aos modelos fortes

Os modelos institucionais ou organizacionais públicos que enquadram as novas autoridades europeias ultrapassam a “nacionalidade da Administração”, mas não são novos enquanto forma de atividade que se pretende enquadrar nos muito teorizados modelos e princípios de *better government* e *better regulation*. As diretrizes privatísticas do “bom governo” societário foram encarnadas, em sinonímia, na designada “governança internacional por autoridades públicas transnacionais” – atividade administrativa das entida-

53 O Tribunal de Justiça decidiu, com as fortes reservas que descreveremos *infra*, aceitar a legitimidade da criação de órgãos administrativos com personalidade jurídica e poderes próprios logo em 1956, mas rejeitando que os poderes que lhes fossem atribuídos através de direito derivado pudessem traduzir um poder discricionário com uma margem de amplitude que possibilitasse a tomada de decisões de verdadeira *policy*, sob pena de se atribuir mais competências às instituições da União que as resultantes do articulado dos Tratados, e dificultar a sindicabilidade contenciosa desta atividade.

54 A realidade mais visível decorre das novas competências vertidas no Regulamento CRA's revisto em 2011, exclusivas, de supervisão e de sanção. Como sucedeu nas *Framework Directives*, o legislador deixou liberdade na opção pelas sanções “apropriadas” em razão da adequação, necessidade e proporcionalidade (afastando as sanções fixas e as automáticas, e garantindo um *due process* regulatório) – art. 36.º. Acerca da problemática legal e constitucional das medidas administrativas intrusivas e sancionatórias no âmbito financeiro, Catarino, 2010: 557ss.

55 O que designámos por *Framework Directives* corresponde às Diretivas dos Prospetos (2003/71/CE, JO L 345/64, de 2003, recentemente alterada pela Diretiva 2010/73/UE PE e do Conselho de 24 de novembro de 2010); do Abuso de Mercado (2003/6/CE, JO L91/16, 2003); da Transparência (2004/109/CE, JO L309/38, 2004); dos Mercados e Instrumentos Financeiros (2004/39/CE, JO L145/1, 2004).

des públicas de origem total ou parcialmente nacional e/ou internacional (“híbridos”), criando e executando normas decorrentes total ou parcialmente de princípios, regras ou determinações, de origem ou reconhecimento internacional e nacional⁵⁶.

Na realidade, *Governance is not a choice between centralisation and decentralisation. It is about regulating relationships in complex systems*, nas palavras de Rhodes⁵⁷. A complexidade é um fenómeno há muito conhecido nos sistemas jurídicos nacionais; a realidade global e transnacional dinâmica também se caracteriza pela passagem do “Estado diretor” para o “Estado” regulador e garantidor (a União) e consequente “ad-hoc-crazia” (Cassese⁵⁸). A eficácia da “administração global”, tipicamente difusa no início, ultrapassa modelos *difusos* como a cooperação e interajuda internacional e assume modelos *fortes* da administração direta. Como tal, deve ser sujeita a inspeções, auditorias e *controles fortes*⁵⁹. Da criação deste sistema *top-down* decorre um Direito Administrativo Global (*DAG*) que esbarra com óbvios limites políticos (soberanias parciais e legitimação) e técnicos (delegação interestadual de poderes administrativos e necessidade de um sistema de conflitos de normas). Este *DAG* assume particularidades dogmaticamente novas porque assenta num (i) *sistema dinâmico de atribuição de competências*, dotado de (ii) uma *internormatividade* que quebra com mitos positivistas legalistas, e com (iii) uma *reflexividade* que determina “aparelhagens institucionais” no limite dos *balancing powers*. Vejamos estes três pontos.

56 Cassese, 2005: 63. Ainda, sobre o tema, Castells, 2005; Cafagi *et al.*, 2005; Kingsbury, *em col.*, 2005; Kingsbury & Krisch, 2006; Thatcher, 2007.

57 Rhodes, 1994: 151; *idem*, 1997.

58 Cassese, 2005a: 331. O Autor dá como exemplo as alterações organizativas e normativas que desde o início em 2007 da crise financeira mundial os Estados têm tentado organizar. Para além das sucessivas medidas temporárias e esporádicas adoptadas mimeticamente pelos reguladores nacionais (por vezes contraditórias, como foi o caso de sucessivas proibições e seu levantamento nas operações de *short selling*), refere a crescente “agencificação institucional” europeia que convoca armas e poderes globais que colidem com os nacionais.

59 Existem, como vimos, sistemas mais *difusos* como o que resulta de atos coletivos ou acordos de cooperação nas “redes” de reguladores nacionais, e sistemas *fracos* como da co-administração regulatória público-privada ou da administração por entidades privadas com funções públicas (no movimento de privatização de *utilities* criaram-se corpos híbridos, semiprivados e semipúblicos, *vg* como forma de escapar ao escrutínio político e transferir a regulação do direito público para o privado). Uma visão desta classificação em Kingsbury, Stewart & Krish (2004: 20), ou em Casini (2005: 1947) – este último com importantes indicações bibliográficas sobre os diversos momentos destas problemáticas.

3. A SUPLETIVIDADE FACE A UM “SISTEMA DINÂMICO” DE ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Pretendendo corresponder ao risco do mercado, a *tool box* regulatória destas agências adapta-se constantemente às necessidades e aos fins que em cada momento entendam dever prosseguir. Por isso as atribuições e competências que constituem o seu fim e fundam a sua atuação são *mutáveis* e o seu âmbito *indefinido*. A par das competências já referidas, ser-lhe-ão atribuídas paulatina e sucessivamente novos meios para atividades com um alcance paneuropeu, de acordo com a dinâmica de *better regulation*. O Regulamento estatui que a Comissão aquilatará nos Relatórios anuais da “pertinência de atribuir à autoridade” novas responsabilidades (art. 81.º, n.ºs 3 e 4).

Este regime é um “incentivo” centralizador mas também um sistema de resposta direta à constante monitorização e avaliação macroprudencial dos riscos na União, e aos alertas sobre riscos para o mercado financeiro. Um exemplo de resposta convergente pode ser visto no regime jurídico particularmente vinculativo e precativo que a partir de 2010 concentrou na União as competências de regulação (autorização e registo) da atividade das sociedades de *rating*⁶⁰, e a partir de 2011 os poderes de supervisão (vigilância, fiscalização e inspeção) e de sanção. Estamos certos de que esta inovação dificilmente terá no imediato resultados práticos e decerto questionará a legitimação da autoridade e os limites da doutrina Meroni que a funda – *infra*⁶¹.

Existem competências ditas “potenciais”, no sentido em que a prática dos atos de supervisão já instituídos como *framework* comum aos Estados pode

60 As atividades de registo e supervisão, embora levadas a cabo pelas autoridades nacionais, estavam sob supervisão do CESaR e dos seus poderes de estatuição de *guidelines* e de recomendações (cujo não acatamento deve ser justificado – *cf.* arts 16.º, n.º 7, 24.º, n.º 3 e 25.º, n.º 3), de interpretação normativa e verificação de cumprimento. O sistema criado é na realidade bem mais complexo – o que aliás caracteriza o atual panorama de fontes da União. Além do CESaR (agora ESMA), existem vários Estados-membros interessados na atividade de agências que atuam em plúrimos territórios, na União ou de fora da União (diretamente, ou através de filiais ou sucursais), e a solução para o espaço da União baseia-se na criação de um Colégio representativo das autoridades competentes, que elege um *facilitator* que coordena e arbitra divergências (*cf.* arts. 29.º e 25.º). O Regulamento CRA's de 2009, alterado em 2011, encontra-se já em fase de nova alteração.

61 A aplicação de sanções administrativas para além da Comissão e nos casos previstos nos tratados (o caso do artigo 7.º do TUE, ou dos artigos 103.º TFUE relativamente ao direito da concorrência, ou 126.º e 132.º, n.º 3 TFUE) foi muito discutida na construção da atual estrutura. *Vd.* art. 25.º do Regulamento UE n.º 216/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, 20Fev2008 (JOC L 79/1), relativo a regras comuns no domínio da aviação civil que criou a Agência Europeia para a Segurança da Aviação (acessível em http://www.inac.pt/SiteCollectionDocuments/Aeronaves/regulamento_ce_216_2008.pdf). Tal como sucedeu com a Agência Europeia de Medicamentos criada pelo Regulamento (CE) n.º 726/2004 (art. 84.º) de 31 de março de 2004, existe a possibilidade de aplicação de sanções pela Comissão a pedido da Agência.

ser cominada à Autoridade pelos reguladores nacionais através de “acordo administrativo de delegação” de competências” (*supra* n. 50). Para além de ingentes problemas como do *controlo da Administração* e da *tutela judicial efetiva* (implicações de uma conjugação jurídica com o regime de 27 Estados), esta hiperinovação regulatória levanta questões jurídicas legais (perante os princípios nacionais da legalidade, da competência, da habilitação legal e constitucional – arts. 4.º e 5.º TUE), constitucionais (pensemos nas reservas constitucionais de competência nacional) e políticas (quando os Estados sentirem o efeito da *law in action*).

A Autoridade pretende ter competências tão efetivas quanto vastas: ela não é um “tigre de papel” dependente da futura atribuição de competências por via legal ou contratual. Tem competências atribuídas em razão da matéria, estatuídas no Regulamento *por remissão* para os instrumentos comunitários enumerados no artigo 1.º, n.ºs 2 e 3. Aliás, aí são atribuídas competências de uma forma *aberta*: a ESMA pode agir “no domínio das atividades dos intervenientes nos mercados” e em matérias não abrangidas diretamente por tais instrumentos, “nomeadamente” no âmbito de matérias como governo societário, auditoria, informação financeira, ofertas públicas, sistemas de liquidação e compensação e produtos derivados⁶².

A par da delimitação *genérica e aberta* de competências (*ratione materiae* e *ratione persona*), e das enumeradas e vertidas no art. 8.º, n.º 2⁶³, encontramos nos Regulamentos normas que pretendem ser base jurídica plena e eficaz para a possibilidade de acordos de *reatribuição das competências (nacionais) previstas nos atos referidos no n.º 2 do art. 1.º* (art. 28.º, n.º 2). Assim, na atividade de supervisão (vigilância, inspeção e investigação⁶⁴) os poderes objeto de “reatribuição” revestirão natureza idêntica aos já vertidos pelas diversas *framework*

62 O Regulamento inclui “(...) todas as diretivas, regulamentos e decisões baseados nesses atos, bem como de qualquer outro ato juridicamente vinculativo da União”, esclarecendo que a intervenção deverá ser a adequada, e quando necessária para “assegurar a a eficácia das medidas previstas no artigo 1.º, n.º 2”.

63 Sendo a informação uma das melhores armas da supervisão dos mercados, foram-lhe conferidos vastos *poderes de obtenção de informação*, art. 8.º, n.º 2. Pode ser obtida mediante pedido ou troca com autoridades nacionais ou intervenientes no mercado ou terceiros ao exercício profissional da atividade regulada competentes, mantendo-se os tradicionais *poderes de cooperação*, vg com autoridades de Estados terceiros à União e mesmo com organizações internacionais (vg através de MoUs, troca de informação – art. 35.º).

64 Para uma distinção material entre regulação e outros fenómenos como *desregulação*, *autoregulação*, *neoregulação* (Catarino, 2010: 198-215).

directives para a generalidade das autoridades nacionais (art. 28.º)⁶⁵. Tal como nas *Framework Directives* o legislador comunitário deixou por vezes liberdade de opção pelas decisões consideradas *apropriadas* (tendo em conta a sua adequação, necessidade e proporcionalidade), tal discricionariedade também aproveita à Autoridade⁶⁶.

O *deficit de legitimidade* daqui decorrente tenta ser suprido *i.a.* pela garantia do *due process* regulatório⁶⁷. Mas as soluções institucionais vertidas no Regulamento como a *indeterminação* das competências decorrente do “sistema dinâmico de atribuição de competências” e a concatenação entre os diferentes sistemas judiciais nacionais aplicáveis nos casos de “acordos de delegação de competências” tornarão difícil a sindicabilidade contenciosa da sua atuação.

É certo que o *controlo da legalidade* das medidas comunitárias se efetiva nos termos gerais perante o TJUE (art. 263.º TFUE), existindo um prévio recurso para um órgão administrativo intermédio (Câmara de Recurso) no caso das decisões decorrentes das “competências extraordinárias” (arts. 60.º-61.º e 17.º-19.º). Mas a sindicabilidade é tanto mais difícil quanto maior for a possibilidade de praticar atos *atípicos* com efeitos externos, dada a inexistência de uma definição e hierarquia destas fontes.

O Tratado de Lisboa tem vastas e frequentes referências a atos *sui generis* como *medidas, comunicações, instrumentos, resoluções*. Por isso estatuiu latamente que “[o] Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros” (art. 263.º, n.º 5 TFUE)⁶⁸.

65 Inexistindo um processo comunitário de legiferação a nível da União que tivesse conduzido à criação de regras uniformes (*single rule-book*), e baseando-se a supervisão na convergência e cooperação regulatória, as *Framework directives* impunham que os reguladores nacionais fossem dotados de um conjunto de poderes administrativos idênticos, para que no âmbito da cooperação, o Direito constituído (*law in books*) comunitário traduzisse uma supervisão transnacional efetiva (*law in action*).

66 As *Framework Directives* correspondem às Diretivas dos Prospetos (2003/71/CE, JO L 345/64, de 2003, recentemente alterada pela 2010/73/UE PE e do Conselho de 24 de Novembro de 2010), do Abuso de Mercado (2003/6/CE, JO L91/16, 2003), da Transparência (2004/109/CE, JO L309/38, 2004), dos Mercados e Instrumentos Financeiros (2004/39/CE, JO L145/1, 2004). Acerca da problemática legal e constitucional das medidas administrativas intrusivas e sancionatórias que compõem o *tool kit* por elas imposto, Catarino, 2010: 585.

67 O *due process* implica a transparência, o contraditório, a publicidade, a notificação prévia do projeto da decisão fundamentada (audiência prévia) e dos “remédios” judiciais face à decisão da Autoridade – art. 39.º.

68 Esta jurisprudência do Tribunal de Justiça vinha já de 1970, possibilitando o recurso de legalidade pelo interessado, de atos que produzam efeitos diretos e imediatos para além dos previstos nos Tratados (decisão *Comissão vs Conselho*, de 31Mar1971, proc-22/70, – “(...) since the only matters excluded from the scope of the action for annulment open to the Member States are “recommendations or opinions” – which

4. O PODER “QUASI-LEGISLATIVO” DA AUTORIDADE – DA *INTER-NORMATIVIDADE À HOFT LAW*

Embora a Autoridade não possa praticar os atos vinculativos previstos no artigo 288.º do TFUE, no quadro da *supra* referida “internormatividade operacional” que a caracteriza ela pratica atos *atípicos* ou *sui generis* com efeito externo. Estes atos vão juntar-se ao acervo difuso do espaço jurídico global decorrente do novo sistema de *criação e receção normativa* transnacional de fontes, instrumentos, e respetivo procedimento⁶⁹. O “fenómeno total” da globalização faz-se sentir com denodo no sector financeiro, onde os *fins públicos e o bem público (salus populi)* passaram a ser *internacionais*, e como tal *decididos e prosseguidos* (“administrados”) a um nível transnacional. As novas Autoridades participam neste *DAG* através de novos *instrumentos atípicos* com efeitos vinculativos genéricos (resoluções, orientações, recomendações, pareceres, publicações, códigos de “bom governo”, padrões, normas “técnicas”), acentuando também os poderes da fase administrativa coativa.

Uma das funções da Autoridade é uniformizar a aplicação da legislação e as práticas de supervisão através da elaboração de padrões ou *standards*, orientações e recomendações. Prevê-se no Regulamento a possibilidade de dirigir às autoridades reguladoras nacionais e mesmo a particulares “convites” à adoção de uma conduta. Nestas pode incluir a definição das práticas de supervisão (*i.e.*, meios e formas de intervenção direta e concreta – *execução*) que considera coerentes e eficientes para garantir uma aplicação uniforme e coerente da legislação da União (art. 16.º).

Em rigor jurídico, não estamos perante obrigações normativas: (i) porque resultam de *orientações e recomendações*, atos não coativos (*non-binding acts*); (ii) porque quando julgue incumprida a legislação comunitária a Autoridade pode ultrapassar a tarefa administrativa de orientação e interpretação da legislação primária (típica da actividade do antigo CESaR no Nível 3 do processo comitológico), e adotar *decisões* vinculativas; (iii) porque inexistente relação de *hierarquia e direção* entre a Administração comunitária e as administrações nacionais.

by the final paragraph of article 189 are declared to have no binding force – article 173 treats as act open to review by the court all measures adopted by the institutions which are intended to have legal force (...) (acedida em 14Abr2011, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88062&pageIndex=0&doclang=pt&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=130788>).

69 Acerca da atipicidade dos atos com efeito externo e da constante recusa na adopção de uma definição, *vg* das propostas da presidência portuguesa de 2000, no Tratado de Nice ou na Constituição Europeia (aí fazia-se uma tentativa de definição de ato legislativo e não-legislativo – arts. 33.º ss.), Meerten, 2006.

Mas na prática já se vinha firmando um dever *secundário* de os Estados-membros cumprirem com as orientações e recomendações dos comités a menos que a autoridade reguladora nacional o *justificasse devidamente*, no que constituía uma expectativa de segurança para os agentes. O instituto anglosaxónico de *safe harbour* aproximado da autovinculação administrativa também fora aceite pelo Tribunal de Justiça da atual União⁷⁰.

O Regulamento deu mais um passo ao estatuir que os visados, autoridades nacionais e *players* de mercado devem desenvolver “todos os esforços para dar cumprimento a orientações e recomendações” (art. 16.º). O não acatamento deve ser objecto de comunicação fundamentada (*comply or explain*) podendo culminar com a sanção (*soft*) da divulgação pública do estádio de incumprimento (*naming and shaming*)⁷¹.

Assistimos assim à institucionalização dos efeitos duros da *soft law*: (i) existe, sempre que tal não seja desproporcionado, um procedimento legitimante destes atos, similar à actividade legiferante (consulta pública e análises de custo e de impacto regulatório, e eventuais pareceres do GISVMM – art. 37.º); (ii) os destinatários cumprirão as medidas diligentemente – claro que poderão recorrer judicialmente (art. 263.º, n.º 5 TFUE); (iii) o não cumprimento, mesmo que justificado, pode ser objeto de sanção (art. 16.º, n.º 3).

A questão da legitimidade deste procedimento *conformador* é agravada pelo facto de, ao contrário do que pretendia a Constituição Europeia, continuar a não existir uma definição ou tipologia de “atos legislativos” (objeto do processo de codificação), nem uma classificação dos atos vinculativos (e não vinculativos), mas existir um regime jurídico *recomendatório* (“direito informador”) *reforçado* (“direito conformador”) sem caracterização de cada medida e dos seus efeitos,

70 Embora o TFUE, no seu artigo 288.º, n.º 5, estatua a não vinculatividade das recomendações, a necessidade de justificação do seu não acatamento, aceite na regulação das agências de notação de risco (art. 21º), fora igualmente afirmada pelo Tribunal no acórdão *Salvatore Grimaldi vs Fonds des Maladies Professionnelles*, de 13 de Dezembro de 1989, proc. C-322/88. Mas daí não resultam direitos para os particulares (do mesmo tribunal, decisão *Deutsche Shell AG vs Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, de 21Jan1993, proc. C-188/91).

71 Esta sanção *soft* tem no entanto fortes consequências inibitórias, e por esse facto as autoridades devem utilizar tal sanção de forma muito parcimoniosa, podendo ou não tornar pública a fundamentação apresentada pela incumpridora. Acerca da possibilidade de este procedimento punitivo de publicitação (*naming and shaming*) poder configurar uma sanção ilícita e inconstitucional Catarino, 2010: 634-635 e 719. No sentido de que a utilização desta verdadeira sanção tem efeitos de tal forma *hard* e desestabilizadores que superam os avisos de riscos ou anúncios públicos, pelo que deve existir um princípio de precaução na sua utilização, parcimoniosa (Ferran & Alexander, 2010: 31).

com a possibilidade de *substituição administrativa* de entidades nacionais ou decisão contra estas perante *não acatamento*.

Os efeitos, típicos da *hard law*, e a institucionalização da *soft law*, levam AA. como Möllers a falar numa *hoft law*⁷², uma “terceira via” das fontes de direito típica do *DAG*, aceitando a vinculatividade de “formas” de intervenção cujos contornos e natureza nem se encontram definidos⁷³. Independentemente da aceitação ou não de uma nova ordem administrativa global, é imperioso o estudo desta nova realidade. Para além dos motivos já citados, porque impõem um pesado ónus no seu afastamento pelos destinatários. Mas sobretudo porque esta “estrutura multi-nível” de *criação e aplicação* jurídica pode ter uma função “pré-legal” e uma função “para-legislativa”⁷⁴.

Uma função “pré-legal” quando a *soft law* prepara o caminho para futura legislação (sucedeu com o *up-grade* no âmbito da regulação da atividade de *rating*); uma função “para-legislativa” quando é utilizada como genuína alternativa à legislação. Finalmente, não podemos esquecer a relevância do resultado, porque permite uma “transformação informal” de fontes: a recomendação pode transformar-se numa decisão vinculativa; o *standard* técnico pode converter-se numa regra jurídica sem seguir o processo legiferante.

Não nos devemos deixar assustar por esta tentativa de criação de verdadeiras normas jurídicas por um mero ente administrativo da UE, sem base constitucional ou legal. As recomendações e orientações são apenas isso, nos termos das fontes de direito comunitário: recomendações e orientações que não são nem podem ser entendidas como formas de harmonização normativa, vinculativa. Em segundo lugar, sendo dirigidos aos reguladores administrativos, sem poder legiferante, não constituem norma de habilitação legal ou regulamentar. Finalmente, como meras indicações das melhores práticas

72 A expressão é de Thomas Möllers, que descreve como desde a origem até ao uso internacional europeu o conceito perdeu o significado original – (2010: 379-407). Outros Autores preferem falar de *institutional soft law* (van Meerten, 2006). Também, Ottow & van Meerten, 2009: 58, ou Griller & Orator, 2010: 3-11. A estes efeitos *hard* acrescentamos a estrutura *hard* da interpretação inovadora pelo regulador; da aplicação necessária pelos regulados; da criação de expectativas legítimas nos *players* (com autovinculação); no *enforcement* público; na densificação de tipos sancionatórios “abertos” pelo “julgador”.

73 Tivemos ocasião de focar a classificação e os efeitos “duros” da *soft law* sobre os agentes do sistema financeiro perante o que designámos por instrumentos do “direito informador” e “direito conformador” dos mercados, típico de sistemas regulatórios nacionais autopoieticos e autoreflexivos – acerca da noção, efeitos, legitimação a autovinculação administrativa por tais instrumentos, Catarino, 2010: 383 e 420.

74 Segundo Senden, a *soft law* traduz regras de conduta “(...) *that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects*” (2004: 110-119).

tendo em vista um *level playing field*, deixam margem de discricionariedade aos Estados-membros perante as particularidades dos seus regimes – por exemplo num processo de consulta pública legislativo ou regulamentar podem surgir particularidades locais ou temporais que levem a não o aplicar, a aplicá-lo, ou aplicá-lo com diferenças a comunicar à autoridade administrativa da União. O fenómeno de harmonização máxima é deixado às diretivas e particularmente aos regulamentos.

Num pretense estúdio superior de integração temos a previsão de novos meios de política regulatória que resultam na referida “unificação” normativa. A “explosão para-normativa” que acompanha as novas Autoridades tem o seu expoente máximo nas *novas formas de regulamentação* previstas nos arts. 10.º-15.º: “normas técnicas de regulamentação” e “normas técnicas de execução”. Estes atos são um novo instrumento *para-legislativo* assente na concatenação do procedimento legislativo comunitário de codecisão e cocontrolo, no sistema de delegação legislativa na Comissão (arts. 290.º TFUE e 10.º⁷⁵) e de atribuição dos poderes de execução dos Estados à Comissão (arts. 291.º TFUE e 15.º⁷⁶). Encontraram assento no Tratado de Lisboa originado no que se designa por “lisbonização do procedimento legislativo”, e decerto que no futuro próximo, perante necessidades operativas, irão preferir as orientações ou recomendações no preenchimento de lacunas ou de conceitos abertos e indeterminados⁷⁷. Com uma delegação de competências na Comissão ao abrigo dos arts. 290.º e 291.º TFUE, a habilitação no âmbito das atribuições da ESMA permite-lhe elaborar e apresentar à Comissão propostas (*drafts*) normativos

75 Os atos legislativos de delegação na Comissão estão constitucionalmente previstos (implicam uma “reserva de ato legislativo” quanto aos seus *elementos essenciais* – art. 290.º TFUE), mas segundo o Regulamento têm de obedecer a um período mínimo de 4 anos prorrogáveis automaticamente (arts. 10.º-11.º): o próprio ato de habilitação à Comissão fixará o período de vigência da delegação, o procedimento de revogação e os seus efeitos (art. 12.º). As normas são vertidas em regulamentos ou decisões, e publicadas no JOUE (art. 10.º, n.º 4).

76 Prevê-se a elaboração de propostas de *execução* da Comissão na ESMA para proceder à criação de atos de execução de atos legislativos (*implementing technical standards*, art. 15.º). Este é um poder geral de delegação normativo “em linha” com a nova estrutura de delegação prevista nos artigos 290.º e 291.º TFUE - “os Estados-membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução” mas “quando seja necessárias condições uniformes de execução de atos juridicamente vinculativos da União, estes conferirão competências de execução à Comissão”.

77 A centralização administrativa através destas formas pode verificar-se nos poderes de delegação genéricos e nos poderes vertidos no Regulamento CRA’s, mas também se prevêm vastos poderes de delegação nas já referidas propostas sobre *Short Selling*, na revisão da Diretiva DMIF ou na Diretivas Omnibus I (e futura II) e dos Prospectos de 2010. *Vd* Moloney, 2011: 41-87.

para aprovação (este processo de *endorsement* tecnicamente assemelha-se à *homologação*).

As propostas devem conter-se no limite dos poderes atribuídos, ter “um carácter técnico” e não implicar “decisões estratégicas ou escolhas políticas” – algo dificilmente exequível atenta a natureza da regulação financeira. Apesar de o ato de habilitação dever conter os limites e conteúdo da delegação legislativa, a norma permite que na delegação legislativa do Conselho à Comissão esta possa adotar atos não legislativos de alcance geral “que completem ou alterem elementos não essenciais do ato legislativo” – i.e., permite-se de algum modo ir para além do âmbito da delegação.

A Autoridade funciona como “pré-decisor” da Comissão, sob controlo das restantes instituições da União (*vg* o poder de veto), pois o Regulamento pretendeu deixar a *politics* às instituições da União (uma nítida influência da doutrina *Meroni*). A realidade é que o regime criou um procedimento quasi-legislativo complexo onde até prevê a intervenção do PE e do Conselho⁷⁸. Este mecanismo tem reflexos diretos na decisão das autoridades reguladoras nacionais, e apesar de se encontrar sob escrutínio da CE (através do *endorsement*), do PE (cioso do seu poder legiferante) e do Conselho (segundo o novo figurino co-legislativo pós-tratado de Lisboa), traduz-se *materialmente* na criação de normas jurídicas.

É importante salientar que a Autoridade tem até uma *obrigação de iniciativa normativa* sob pena de “perder” tal poder para a Comissão (art. 10.º, n.º2). O Regulamento confere a esta o poder de controlo mas limita os seus poderes: na *iniciativa* (apenas possível em caso de inação da Autoridade), e no *diálogo legiferante* (não deve proceder a alterações das propostas exceto em caso de ilegalidade comunitária ou de desproporcionalidade, e mesmo aí está

78 Sempre que o Conselho e o Parlamento Europeu deleguem na Comissão *poderes de regulamentação* (art. 290.º TFUE), a ESMA deverá elaborar e apresentar à Comissão para aprovação (*endorsement*) propostas (*drafts*) de normas técnicas de regulamentação e normas técnicas de execução, enviando-as também ao PE e ao Conselho. O procedimento deve ser enformado por princípios de *transparência, participação* e um *due process* e no caso de a CE ter propostas de alteração não pode alterar sem consultar previamente a ESMA, art. 10.º, n.º 1 *in fine*. Esta pronunciar-se-á sobre as mesmas elaborando um parecer que pode não seguir as recomendações da Comissão, ou nada fazer. Só nestes dois últimos casos o poder de iniciativa reverte para a Comissão, que terá de lançar uma consulta pública, elaborar estudos de impacto (*vg* análise custo/benefício), mas no final enviará a proposta outra vez para a ESMA (com conhecimento ao PE e ao Conselho), que elaborará uma *formal opinion* para todas as instituições comunitárias (arts. 10.º e 15.º). Esta forma de participação das instituições comunitárias, que teve como escopo limitar a independência da ESMA e controlar a *obrigação de iniciativa* (art. 10.º, n.º2), e permitir que o PE e o Conselho tenham controlo no processo – mas é ambíguo neste desiderato, *vg* se a Comissão pretender alterar as propostas que a ESMA lhe apresente.

restringida a uma atuação *coordenada* com a ESMA – considerando 21-23 do Regulamento⁷⁹). A participação do PE e do Conselho no procedimento cumpre os objetivos do Tratado de Lisboa para controlar e legitimar democraticamente o procedimento da delegação (art. 12.º), mas ao legitimar a ESMA, *vg* pela participação direta no “diálogo legiferante” (o PE e o Conselho recebem todas as iniciativas, pareceres e alterações, arts. 10.º-15.º), também controlam e limitam a Comissão.

O mecanismo de criação de normas “técnicas” torna-as próprias da Autoridade⁸⁰. Por isso importará verificar no futuro se o poder técnico não se sobrepõe ao poder político, atento o facto de a CE estar “enredada” num verdadeiro poder, discricionário, implícito e latente do órgão microprudencial. Este detém o controlo *efetivo* do processo de decisão e, como sucede na realidade nacional, tende a *deslegalizar-se* o poder de *iniciativa* e de *habilitação* vertidos constitucionalmente (arts. 17.º TUE e 290.º-291.º do TFUE), numa “administrativização legislativa” rendida à *expertise* da sociedade técnica e ao princípio da eficiência.

Este “movimento de rotação” das autoridades nacionais em torno da ESMA, das suas normas “técnicas”, das orientações e recomendações “quase-vinculativas”, das delegações não legislativas “orientadas” para as autoridades administrativas independentes (na “lisbonização” do processo regulatório), tem reais fragilidades e dificuldades. As fragilidades *políticas* que decorrem da falta de poderes constitucionais ou representativos e que tendem a ser supridas por uma especial “arquitetura procedimental” com participação dos interessados e aberto a experiências nacionais, *vg* através dos Parlamentos nacionais (conforme Protocolo (n.º 2) ao TFUE). As dificuldades *técnicas* de um sistema é que de tão global e abrangente tenderá a ser *reativo* e pouco aberto ou

79 Atenta a mais-valia da sua proximidade com o funcionamento dos mercados, as iniciativas da ESMA apenas podem sofrer alterações por parte da CE se os projetos de normas apresentadas “forem incompatíveis com a legislação da União, não respeitarem o princípio da proporcionalidade ou forem contrários aos princípios fundamentais do mercado interno dos serviços financeiros” (considerando 23 do Regulamento).

80 É importante o processo descrito por Tridimas (2010: 250) em que um interessado (FMC) tentou a anulação de um ato da *European Food Safety Authority* (EFSA) que recomendava à Comissão Europeia a prática de um ato de recusa de autorização, porque na prática este ato do procedimento autorizativo era vinculativo da instituição. O TPI rejeitou o recurso do ato da EFSA porque entendeu que apenas o ato da Comissão era susceptível de afetar terceiros (apesar de a verificação do preenchimento dos requisitos legais competir à EFSA, bem como o Relatório e Parecer final, a CE não estava obrigada a segui-los, art. 8.º do Regulamento 451/2000). Concordamos com o Autor quando afirma que, em substância, é o organismo quem detém o monopólio da decisão. Pela sua *expertise* científica e procedimento (consulta pública e análise prévia necessária), pela atribuição legal de avaliação de riscos, embora seja legalmente um órgão não regulador a legislação delegou nele a discricionariedade da decisão, que a CE dificilmente controla.

recetivo a inovações locais. As impossibilidades *jurídicas* ocorrerão enquanto inexisterem verdadeiras normas de resolução de conflito de ordenamentos e de competências públicas.

O impacto desta internormatividade dependerá da legitimidade das soluções encontradas pela Autoridade e de não entrar em *autorreflexividade* e *opacidade* de actuação. Mas dependerá também da sua *eficácia*, pois a centralização não permite falhas ou erros regulatórios sob pena de ser a própria Autoridade a criar graves riscos sistémicos para a União. Compelida a criar e a atuar num ambiente centralizador, decerto enfrentará tensões com os Estados que, vendo os seus poderes discricionários de supervisão e de regulamentação (e inovação) limitados, poderão alegar uma “deriva” comunitária “contra-Tratado”.

Na realidade, eles tenderão igualmente a perder a única salvaguarda nacional possível para os seus mercados: a supervisão nacional dos seus *players*.

5. OS PODERES DE SUPERVISÃO – DIFICULDADES LEGAIS DE UM SISTEMA DINÂMICO DE ATRIBUIÇÃO

A supervisão traduz uma “atividade da Administração limitadora da liberdade dos administrados, mediante a qual se quer garantir que os sujeitos privados ou públicos, que atuam sob o regime do direito privado operando num determinado sector ou nele desenvolvam determinada atividade, o façam de forma ajustada ao estabelecido na ordenação do referido sector ou atividade, através de um controlo prévio [...], de vigilância de atividades (informação, inspeção), de intervenções corretivas (injunções, ordens) que podem culminar no exercício de funções repressivas (sancionatórias)”⁸¹.

Muitas vezes confundida com o conceito de regulação enquanto *controlo de um sistema pelo Direito*⁸², a atribuição “supervisão” é uma inteira novidade face aos anteriores mecanismos de atuação da União nos mercados financeiros. Ultrapassa-se a entreajudá, a cooperação (nos atuais poderes de *cooperação*

81 Acerca da noção e das relações administrativas especiais (ou regulatórias) que se estabelecem a partir de factos regulatórios como autorizações ou aprovações (e que alguns AA. entendem como de sujeição especial, outros como de supremacia sectorial), Catarino, 2010: 266 ss. e 287 ss. São várias as classificações consoante o seu âmbito material, espacial, temporal, subjetivo –, *idem*, 2009: 454.

82 A regulação sempre existiu e tem sido utilizada no âmbito sociológico, jurídico, económico, tendo a ver com *equilíbrio* (entre forças ou elementos), mediante regras – estabilidade que nas teorias dos sistemas designava um processo pelo qual uma grandeza física (velocidade, pressão, temperatura), sujeita a *descontinuidades*, é *controlada* e mantida a determinado valor prescritivo, independente de *perturbações* externas, processo realizado mediante um *grau de comando* tendente para o equilíbrio (Raiteri, 2004: 10). No mesmo sentido, Barbosa de Melo, 2000.

confere-se *competência internacional* para celebrar *acordos administrativos* com organizações internacionais e Estados terceiros à União, art. 33.^o⁸³), ou a coordenação intracomunitária, em prol da ação (*law in action*). A supervisão é o exercício de poderes gerais de *vigilância e inspeção*, traduzidos na prática de atos de conteúdo *verificativo* que exprimem o “exercício de um *poder público* executivo de *conhecimento*, de *comprovação* e de *fiscalização ou controlo*, que tem como finalidade adquirir elementos de uma determinada realidade ou verificar a adequação de um comportamento ao ordenamento jurídico”⁸⁴).

Os Relatórios Lamfalussy e de Larosièrre fizeram despontar uma especial atenção à supervisão coordenada e convergente no espaço europeu⁸⁵. Mas defendiam um princípio de *Central regulation, Local supervision*. Existe uma diferença entre estabelecer formalmente poderes de supervisão aos reguladores nacionais com apoio de um comité conjunto (mesmo mantendo uma troca “ad-hoc” ou institucionalizada de informação, arts. 33.^o-35.^o), e exercê-los diretamente, no dia a dia, através de uma Autoridade central (ESMA).

O Regulamento estatui que a Autoridade exerce poderes de natureza idêntica aos vertidos para as autoridades reguladoras nacionais nas já referidas *framework directives*, mediante delegação (art. 28.^o). Esta *tool box* corresponde ao conjunto de poderes que todas as Directivas estatuíam para um *level playing field* entre reguladores nacionais passando da *law in books* nelas contida para uma implementação global (*law in action*).

A Autoridade tem ainda poderes de *verificação do cumprimento* da legislação comunitária e seu *enforcement*: avaliação de cumprimento de regras e princí-

83 O Regulamento tem o cuidado de referir que tais acordos não poderão prejudicar as competências das instituições da União e dos Estados-membros... O Regulamento estatui que estes acordos administrativos não podem criar obrigações jurídicas para a União ou para os Estados-membros, “nem podem impedir os Estados-membros e as respetivas autoridades competentes de celebrarem acordos bilaterais ou multilaterais com países terceiros”. Acrescentamos aqui os possíveis acordos entre Estados-membros, pois esta matéria não faz parte de uma política comum da União, antes se insere no domínio da competência exclusiva dos membros (arts. 4.^o e 5.^o TUE).

84 Catarino, 2010: 463-464. Distinguimos aí entre o *inquérito*, a *inspeção*, e a *investigação*: “inspeção vem do latim *inspicere*, olhar para dentro, traduzindo um processo psicológico de conhecimento; inquérito vem de *inquirere*, investigar, divergindo pelo objeto da aquisição de ciência que se pretende, sendo menos limitado que a inspeção, nomeadamente na excelência dos meios de prova.” Dentro do conceito “multiusos” de supervisão a distinção entre controlo, inspeção e investigação, a respetiva *intensidade e função* (preventiva, informativa, pedagógica, repressiva) são importantes, pelos especiais direitos e deveres que enformarão as respetivas relações administrativas regulatórias, as especiais garantias que resultam para os particulares perante as atividades mais intrusivas, e a validade jurídica dos resultados da inspeção (*ibidem*, pp. 467 ss).

85 Também o Regulamento CRA’s prevê estes acordos com Estados terceiros à União sob reserva de sigilo profissional (art. 34.^o), mas prevê a troca de informações necessárias entre todas as autoridades, levantando o sigilo profissional perante o BCE e o SEBC (art. 27.^o).

pios, e das boas práticas (por um *peer review* ou *assessments* de reguladores nacionais) e sua publicitação (com consentimento da entidade visada), art. 8.º, n.º 1, als. *b*) e *e*). Tal implica (*i*) a verificação de cumprimento da legislação pelos Estados-membros, sua violação ou não aplicação (*incorrect or insufficient application*), através de um primeiro estágio de investigação, concluindo por uma “Recomendação” (após audição da autoridade); se a recomendação não for acatada, (*ii*) a Comissão pode emitir um *parecer formal* (*formal opinion*), sob orientação da Autoridade, contendo as medidas consideradas necessárias para assegurar o cumprimento da regulação (sem prejuízo dos poderes gerais previstos no art. 258.º TFUE). Acrescem *poderes de injunção*: (*iii*) em casos de inação, a Autoridade (não a Comissão) poderá emitir *decisões* individuais para os agentes de mercado, que se *substituem a quaisquer decisões anteriores da autoridade nacional* (art. 17.º, n.ºs 6 a 8)⁸⁶.

O Regulamento prevê igualmente medidas administrativas de polícia (artigo 18.º)⁸⁷. Ante a verificação de “acontecimentos adversos” que possam pôr “seriamente em causa” o bom funcionamento e a integridade dos mercados financeiros, ou a estabilidade de todo ou parte do sistema financeiro da União, a Autoridade promove e coordena as diversas autoridades nacionais para as ações necessárias e urgentes⁸⁸. Perante o incumprimento das sucessivas decisões, num último estágio a Autoridade pode substituir-se ao regulador nacional e dirigir-se individual e diretamente ao(s) interveniente(s) no mercado deter-

86 A própria ESMA reconhece em informação genérica (FAQ’s, p. 5) que “*This procedure is intended to place the national competent authority under considerable pressure more quickly*”, <http://www.esma.europa.eu/popup2.php?id=7366>, acedido em 24Abr2011). No caso de substituição é ainda necessário que a decisão seja: 1) necessária (a garantir integridade e bom funcionamento do mercado); 2) urgente (a sanar o incumprimento em tempo útil; 3) adequada (a restabelecer ou manter a concorrência, a equidade, e a integridade do sistema financeiros, podendo o interessado recorrer judicial ou extrajudicialmente – *infra*, art. 60.º). O mecanismo poderá provocar acrimónia com os diversos Estados, como o demonstrou, de forma *soft*, o *Financial Law Committee* inglês, preocupado com a sua conformidade com os Tratados e a possibilidade de diminuir e minar o poder das autoridades nacionais – cfr. do *Financial Markets Law Committee*, vol. 152, Relatório *European Financial Supervision: Legal Risks*, 2010.

87 Uma *classificação e distinção* entre medidas administrativas provisórias, medidas de polícia administrativa, medidas administrativas cautelares prévias a um processo administrativo sancionatório e as posteriores ao processo, no domínio financeiro, Catarino, 2009: 506 (matéria desenvolvida na n/obra de 2010: 592).

88 A necessidade de medidas de emergência também pode ser suscitada pelo Conselho perante “uma situação de emergência”, em consulta com a Comissão e o ESRB (ela e o ESRB podem tomar a iniciativa de se dirigir a ele através de uma recomendação confidencial dando conta de tal necessidade – art. 18.º, n.º 2).

minando “a adoção das medidas necessárias ao cumprimento da sua legislação, nomeadamente através da cessação de determinadas práticas”⁸⁹.

O artigo não é de fácil interpretação, mas deve englobar acontecimentos decorrentes de atos do Homem ou da natureza (interpretação subsumível aos n.ºs 1 a 3), que possam atingir os fundamentos dos mercados financeiros da União (de um ou de vários), e os princípios da ordem pública financeira (a “ordem pública bolsista”). Entendemos que engloba também medidas adequadas e necessárias a *prevenir* uma ameaça, pois o legislador pugnou pela necessidade de a Autoridade ser informada “de quaisquer acontecimentos significativos” (n.º 1, parág. 2.º, do artigo). Mister é que exista uma probabilidade “séria” de que o acontecimento futuro cause tais resultados. Deve promover e coordenar os esforços das outras entidades reguladoras nacionais e comunitárias para fazer cessar o evento ou evitar a concretização da ameaça, e pode mesmo, e perante resistência (art. 18.º, n.º 3), proferir decisões individuais imperativas necessárias que se enquadrem nas *Framework directives* que regem os reguladores nacionais (do art. 1.º, n.º 2).

No âmbito este *poder de substituição*, o artigo não elencou no n.º 4 as medidas extraordinárias e urgentes possíveis de adotar. Entendemos que estas injunções podem traduzir-se em medidas provisórias num procedimento administrativo gracioso (p.e. de reconhecimento ou de autorização); em medidas cautelares num procedimento sancionatório em curso ou que poderá vir a iniciar-se; ou em medidas administrativas de polícia (necessidade de intervenção imediata e temporária na defesa da “ordem pública bolsista”, típica de casos de emergência⁹⁰).

Afirmámos que o sistema de atribuição de competências é “dinâmico”. A possibilidade de deter mais competências decorre desde logo de eventuais acordos administrativos de *delegação*. O Regulamento faz uma distinção entre “delegação de competências e delegação de responsabilidades” entre reguladores

89 O Reino Unido sempre se manifestou contra a possibilidade de esta instituição se substituir ao regulador nacional, *vg* no que representa de risco fiscal perante os respetivos mercados de dívida (cfr. o 4.º Relatório do *European Scrutiny Committee* do Parlamento, sessão 2010-2011: “*it is wrong for the ESA to be given power to override the decision of a national regulator and to direct individual institutions*”).

90 No Regulamento CRA’s prevê-se a possibilidade de adoção de medidas provisórias perante *periculum in mora* e uma espécie de *fumus boni juris* (perigo de “prejuízos graves e iminentes para o sistema financeiro” e “necessidade de medidas urgentes”— embora sob a errônea epígrafe de “Audição dos interessados”). No entanto, o Regulamento não consagra as medidas de polícia que podem ser adotadas, ao arripio da nossa tradição e jurisprudência constitucional, que pugna por que estas sejam expressamente previstas (art. 272.º da Constituição).

nacionais e com a Autoridade (*supra* n. 54), que deve privilegiar a autoridade *best placed to take action in the subject matter* – deve ser feita a favor da melhor colocada tendo em conta a composição do grupo, ou a respectiva *expertise*⁹¹.

Este sistema também encerra múltiplas dificuldades, *vg* constitucionais, no âmbito da redistribuição internacional de competências legais e na definição (e alteração) da jurisdição e ordem de tribunais competentes (arts. 165.º, n.º 1, *p*), 266.º, n.º 2, 8.º da Constituição). Dificuldades *vg* perante diferentes sistemas jurídicos, jurisprudência, tradições e filosofias de regulação, que poderão obstaculizar este procedimento: como irá um tribunal alemão interpretar um pacto social, um acordo de voto, ou atos societários, de empresas com sede no Reino Unido? Apesar de o Regulamento fomentar a prática destas redistribuições de competências, atenta a sede efetiva dos grandes grupos económicos e a (necessariamente) maior *expertise* das autoridades nacionais da sede, não tornará os reguladores “privilegiados” em reguladores “principais”?

Outros poderes concretos de supervisão, extra Regulamento, poderão ser conferidos à Autoridade através de instrumento comunitário (“ad hoc”). O mais recente exemplo contém-se na recente alteração do Regulamento CRA’s pelo Regulamento UE 513/2011, que contém uma *tool box* de fiscalização assertiva sobre empresas de *rating* atuando num nível transnacional. Passada a “prova” da sua validade e eficácia, decerto este será o posterior “guia” da demais regulamentação da União. Inclui a possibilidade de obter informação a pedido (*supra*); de examinar documentos; de fazer inspeções no local (em caso de necessidade, sem aviso prévio, art. 23.º-D); de obter e “apreender” cópias autenticadas ou extratos” de registos, dados, procedimentos “ou outro material” (art. 23.º-C); de selar instalações, livros ou registos “na medida necessária à inspeção”; de convocar pessoas e pedir-lhes esclarecimentos oralmente ou por escrito; de “requerer a apresentação de registos telefónicos e de transmissão de dados” – presumimos que da *internet* –, mas devendo sempre o representante da autoridade apresentar uma credencial que funde o seu pedido e que “especifique o objeto e a finalidade da investigação”, bem como a possibilidade de

91 O Regulamento assume-se a base jurídica plena e eficaz para os acordos de delegação, podendo o Estados-membros prever *disposições especiais para a possibilidade de delegação de responsabilidades* (eventualmente limitando-se aos casos de necessidade de controlo eficaz dos intervenientes nos mercados ou aos grupos transfronteiriços), estatuinto que esta se traduz numa verdadeira “reatribuição de competências” previstas no art. 1.º, n.º 2, e que uma vez firmado o acordo “a lei da autoridade delegatária rege o procedimento, a execução e o controlo administrativo e judicial no que se refere às responsabilidades delegadas” (art. 28.º, n.º 3).

reação contra tal pedido⁹². Os atos sujeitos a autorização judicial no país de origem (obtenção de registos telefónicos ou de transmissão de dados), devem ser objeto de pedido à autoridade judicial nacional a quem o Regulamento CRA's permite verificar a autenticidade do pedido e a existência de indícios da ilicitude e sua gravidade. O tribunal pode encetar um diálogo com a Autoridade acerca da proporcionalidade do pedido, do objeto da investigação, incluindo a gravidade da infração e envolvimento do visado, para fundar a *probable cause* da medida provisória. Mas não pode pretender avaliar o bem fundado do processo da Autoridade ou apreciar os documentos que o fundam (n.º 6 do art. 23.º-C), estando-lhe vedado aferir da proporcionalidade da medida, *vg* da sua necessidade (ou solicitar informação à ESMA, arts. 23.ºa a 23.ºc), pois tal matéria apenas é sindicável perante o TJUE.

O Regulamento colocou uma enorme pressão sobre as autoridades nacionais para fazer cumprir a legislação comunitária. Esta pressão é reforçada pela possibilidade de uma atividade inspetiva que ainda não se encontra delimitada, e pela possibilidade de a Autoridade se substituir ao regulador nacional (por vezes com particulares exigências – arts. 41.º e 44.º).

6. A SUPERVISÃO E A *GET-OUT CLAUSE*; A SANÇÃO (OU O RISCO, TAMBÉM FISCAL, DE “MODELOS INTERNACIONAIS FORTES”)

A legislação comunitária obriga a uma diligente cooperação, troca de informação automática, constante e a pedido, além de consultas para tomada de decisões em caso de crise. Adotou-se uma solução de *burden sharing*. Também por isso, quando uma medida da Autoridade possa ter um impacto fiscal negativo sobre o Estado-membro, este pode solicitar a sua reapreciação, notificando as suas razões também à Comissão. Se aquela mantiver a decisão o Conselho deverá decidir por maioria da manutenção ou revogação da deter-

92 O pedido deverá igualmente informar o visado da possibilidade de recusa de resposta ou da possibilidade de recurso, consoante o visado e a natureza do pedido, demonstrando cautelas perante garantias fundamentais dos particulares que possam vir a ser invocadas inquinando a prova recolhida e com isso tudo o processo de eventual sanção (cautela tanto mais necessária quanto é verdade que as autoridades nacionais, com os seus conhecimentos do sistema nacional, podem não ser envolvidas nestes atos). Acerca dos meios de inspeção administrativa, procedimentos, fundamentação e limites (p.e. quanto a acesso a registos telefónicos, a dados não relacionados com a atividade ou com a inspeção em causa, limites da auto incriminação), direitos e deveres dos reguladores e dos regulados perante uma inspeção ou uma investigação sancionatória, Catarino, 2010: 463-524.

minação da Autoridade (*vd* arts. 18.º-19.º, e também o art. 24.º do regulamento CRA’s⁹³).

A opção legislativa demonstra que o legislador está bem ciente de dois factos fundamentais:

- (i) os interesses fiscais dos Estados em causa são sumamente importantes: apesar da integração, *banks act globally but die nationally*;
- (ii) a regulação e em particular a supervisão dos mercados são o último recurso que os Estados detêm perante a globalização: quando os bancos necessitam de ajuda obtêm-na do Estado, não da Comunidade (“*he who pays the pipe calls the tune*”⁹⁴);
- (iii) o regime da ESMA e suas “irmãs” constrói de forma consciente um *modelo jurídico forte* relativamente às autoridades criadas ao longo dos anos (*supra* 2.3.).

Discute-se há muito se a Comissão tem poderes para proferir decisões vinculativas para os operadores nacionais, e como tal, para proceder à sua delegação ou atribuição à Autoridade. A Comissão pode receber poderes de execução “quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos atos juridicamente vinculativos da União”, mediante prévia justificação e atribuição, e com a adoção legislativa de mecanismos de controlo pelos Estados Membros” (art. 291.º TFUE).

Não é fácil ir aqui para além do princípio da subsidiariedade e sustentar que estes poderes foram genericamente delegados pelos Estados-membros através dos tratados que fundam as competências da União (art. 5.º TUE), aceitando ser uma “administração de segunda ordem” ou subordinada das novas autoridades e das suas diretrizes. Maiores dúvidas se colocam com a estatuição “ad hoc” da possibilidade de aplicação de sanções administrativas punitivas⁹⁵ (ao contrário do que sucede com a permissão constitucional vertida

93 Nos casos de tomada de decisão urgente, a comunicação à CE, Conselho e ESA é feita no espaço de três dias úteis. Se o Conselho decidir manter ou não revogar (não tomar uma atitude) a suspensão que se opera por via da mera notificação é levantada, podendo o Estado-membro em questão notificar a ESA e a CE e solicitar a reapreciação pelo Conselho (art. 38.º, n.º 4)

94 Möllers, 2010: 407.

95 Afirmando que todas as sanções têm natureza administrativa, a recente alteração do regulamento prevê sanções pecuniárias com uma finalidade compulsória (arts. 36.º-A a D). Remetendo os tipos de ilícito para um Anexo III (“Lista de infrações”), estatuindo no Anexo IV o que, corroborando o que afirmáramos acerca do pendor civil e económico da sanção, denomina por “coeficientes de ajustamento”.

no regime europeu da concorrência). O Regulamento CRA's permitia no seu artigo 24.º, sob a errónea epígrafe de “Medidas de supervisão”, a aplicação de medidas sancionatórias não pecuniárias (suspensão temporária da actividade); a revogação-sanção (cancelamento do registo); a sanção-divulgação da decisão no *website* (a menos que tal divulgação possa afectar gravemente os mercados ou causar danos desproporcionados aos interessados, art. 36.º-D, n.º 1). A recente alteração do Regulamento CRA's já prevê sanções administrativas pecuniárias, *vg* compulsórias (*vd* arts. 36.º-A a D⁹⁶). O seu escopo, como sucede no âmbito financeiro, é sobremaneira económico: mais do que a sua definição ou a legalidade formal e material, importa a eficácia *punitiva, reintegradora e dissuasora*.

Esta é uma inovação que levantará futuros problemas à legitimação regulatória das Autoridades já de si claudicante perante a doutrina *Meroni*. Por um lado, porque sempre se entendeu que o poder sancionatório pode vir a residir na Comissão, segundo vontade *expressa* dos Estados vertida nos Tratados⁹⁷. Por outro, porque existem nos 27 Estados-membros da União regimes sancionatórios com princípios e natureza diversos, que podem determinar a dupla punição ou a isenção, ou, com a possibilidade de delegação de poderes (e não podemos esquecer as reservas constitucionais de competências – cfr. art. 165.º, n.º 1, *d*) CRP), com o poder de escolha do local da prática ou da sanção, com o menor custo para uma atividade ilícita (*forum shopping*). Finalmente, e tal como sucede com a plêiade de regimes sectoriais nacionais adjetivos e de recurso, a confusão no campo jurisdicional poderá acentuar-se sem normas de conflitos nacionais e comunitárias claras: a execução das decisões pecuniárias é feita no Estado-membro “em cuja execução deva ser efectuada”, seguindo as regras de processo civil, mas nos termos da lei nacional e do “órgão competente” (36.º-D, n.º 3).

96 Neste sentido, *vd* Catarino, 2010: 613 ss. e 627 ss. Recentemente o Parecer do Comité Económico e Social sobre a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Reforçar o regime de sanções no sector dos serviços financeiros”, veio apoiar a criação de um quadro normativo sancionatório supra-nacional: “partilha do ponto de vista da Comissão segundo o qual convém dar ao termo ‘sanções’ um sentido lato que abarque tanto as medidas administrativas de tributação, como as medidas de restabelecimento da legalidade, a apreensão, a desqualificação de dirigentes, as sanções rescisórias (como a retirada de autorizações) e pecuniárias, as multas coercitivas e outras medidas similares”, em que inclui o confisco, “a política de ‘clemência’ própria dos procedimentos de investigação e repressão das práticas anticoncorrenciais”, incentivar a denúncia (*Dodd Frank Act*) “as indemnizações punitivas” – acedido em 12Ago2011, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:248:0108:0112:PT:PDF>.

97 Por exemplo, o poder de aplicação de sanções compulsórias da *European Aviation Safety Agency Regulation* previsto no art. 25.º do Regulamento EU n.º 216/2008, (JOC L 79/1), está reservado à Comissão.

Algumas das soluções encontradas são inclusive controvertidas na doutrina e na jurisprudência perante princípios garantísticos que tendem a ser adoptados perante o agigantar do poder punitivo da administração. Prevê-se que o recurso da sanção não tenha efeito suspensivo (embora a Câmara de Recurso o possa decidir, caso a caso, nas sanções não pecuniárias, cabendo ao TJUE o controlo da legalidade das demais medidas); a publicitação da aplicação da sanção terá lugar antes de trânsito em julgado, violando o princípio de presunção de inocência (n.º 5 do mesmo artigo, e art. 36.º-D); prevê-se que “[o] tribunal de Justiça da União Europeia tem competência ilimitada para controlar a legalidade das decisões (...)” e pode “anular, reduzir ou aumentar a multa ou a sanção pecuniária compulsória imposta” (art. 36.º-E) – permitindo a *reformatio in pejus*, que alguns AA. consideram contrária a princípios fundamentais do direito internacional e do direito constitucional sancionatório.

No plano prático, o “discurso direto” com agentes ou reguladores de mercado é inovador e pode acarretar consequências negativas para que a autoridade comunitária deve estar alerta. A Autoridade está longe dos mercados, da especificidade de cada mercado e dos respetivos agentes. É onerosa e pouco praticável uma supervisão que implique reuniões diárias, deslocações constantes e mútuas de representantes das empresas e/ou do regulador europeu. Por outro lado, é tão real a inexperiência deste supervisor direto quanto a sua falta de informação (desconhecimento) das especificidades dos diversos mercados financeiros que existem dentro de cada Estado. Ademais, as suas relações com as autoridades nacionais podem ter reflexos diretos nos agentes de mercado: se uma empresa financeira cumpre as decisões da Autoridade UE contra o regulador nacional pode estar a criar acrimónia com a sua Administração nacional; se o não fizer, pode estar a ser alvo de um tratamento discriminatório perante os demais agentes do mesmo mercado; em qualquer dos casos, viola-se o *level playing field* nacional e a *good will* do regulador perante a ESMA ou perante o particular.

Finalmente, a delicadeza dos atos que consubstanciam este “olhar de perto” a atividade e a vida das empresas tem repercussões tão claras ao nível das garantias dos administrados que se coloca com denodo o problema do controlo da sua actuação.

7. O CONTROLO DO ESPAÇO NORMATIVO GLOBAL. A DEFERÊNCIA JUDICIAL E O DIÁLOGO TRANSJUDICIAL NECESSÁRIO

A “boa governança” e a “boa administração” transnacional pressupõem uma ferramenta essencial: a possibilidade de mecanismos de revisão das decisões

ou de controlo judicial. Sabemos da dificuldade da questão num sistema internacional: fenómenos de intervenção nacional por órgãos internacionais par aplicação de direito global, como sucede com o *Panel* da OMC ou o TJUE na UE, são exceções. Por isso a proliferação de corpos e de normas de natureza híbrida, de sistemas e estruturas de comunicação informais e não hierarquizadas, é acompanhada de diferentes estruturas de controlo e de resolução de diferendos (*vd* arts. 17.º-19.º e 60.º-61.º do Regulamento).

É certo que o poder de verificação do cumprimento da legislação comunitária foi conferido pelo Tratado à CE, podendo, nos casos em que entenda existir incumprimento, formular um “parecer fundamentado” (o TJUE decide se se verifica efetivamente tal incumprimento, arts. 258.º-260.º). Mas a ESMA também detém esta competência (que o Conselho não tem), acrescida de poder proferir sobre o objecto do dissídio decisões vinculativas (*vg* para a Administração nacional) e sancionar o incumprimento (arts. 17.º-19.º)⁹⁸.

Num sistema de pesos e contrapesos, os regulamentos previram o controlo deste vasto poder através da possibilidade de recurso por “qualquer pessoa singular ou coletiva”, relativamente a decisões extraordinárias que a visem ou em que seja diretamente interessada, praticadas ao abrigo dos arts. 17.º a 19.º. O recurso é para uma Câmara de Recurso (*Board of Appeal* – arts. 60.º-61.º), órgão conjunto mas imparcial e independente das demais estruturas da constelação regulatória da União que decide vinculativamente da legalidade daquelas decisões, num processo contraditório e participado em que pode proceder à suspensão da sua eficácia⁹⁹. Não é no entanto clara a obrigatoriedade do procedimento administrativo prévio junto da Câmara de Recurso (até porque o prazo estatuído é igual ao prazo para recurso judicial). Fica-nos a dúvida de saber se, quando o Regulamento estatui no seu art. 60.º que “qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo as autoridades competentes, *pode* recorrer das decisões da Autoridade (...)”, está a estatuir um recurso prévio obrigatório ou uma mera faculdade de nova apreciação e conciliação.

98 Este problema foi também objeto de discussão acesa, como se pode ver no *paper* do *Financial Markets Law Committee*, “Issue 152 – European Financial Supervision: Legal Risks” (disponível in www.fmlc.org).

99 O recurso pode ser apresentado de forma fundamentada no prazo máximo de dois meses da notificação (ou publicação quando aquela não existe), com decisão em idêntico prazo, publicitada – uma prática não habitual que deve ponderar princípios de sigilo e de privacidade (art. 60.º, n.º 7). Não sendo o efeito do recurso suspensivo, o que pode determinar a inviabilidade do seu efeito, ao decidir caso a caso a Câmara deve seguir a jurisprudência desenvolvida pelo TJUE ao abrigo do art. 278.º do TFUE.

A propósito, *vd os obiter dicta* no Caso *Sogelma*¹⁰⁰. Neste processo o Tribunal de Justiça confirmou igualmente ser possível ao instrumento legislativo que cria tais Autoridades fixar *procedimentos alternativos* (ao judicial) de controlo da sua atividade, enquanto mecanismos de apreciação que vão para além dos fixados no Tratado e *prévios* ao recurso judicial. Mister é que estes “remédios” possam ser efetivamente *eficazes*, que tal resulte *expressamente* e *de forma clara do instrumento legislativo*, e, sendo obrigatórios, que *não obstaculizem* o direito à tutela judicial efetiva (*in casu*, o recurso de uma decisão final)¹⁰¹.

Na realidade, tal como aos demais atos jurídicos (ou omissões) das Autoridades comunitárias, com efeitos externos e vinculativos, mesmo que atípicos ou “*sui generis*” (i.e., para além dos previstos no art. 288.º Tratado), aplica-se o regime geral de recurso judicial (arts. 263.º-265.º TFUE).

Esta asserção pressupõe resolvido o problema do controlo judicial dos atos atípicos ou “*sui generis*”, o que nem sempre foi pacífico. Inicialmente entendia-se que, perante atos de agências comunitárias que coadjuvavam a Comissão e que esta ratificava, aprovava ou homologava, o recurso teria por objeto o ato típico da Comissão. O Tribunal recusava o recurso direto de atos como recomendações ou opiniões proferidos por autoridades ou agências da União – e este deve ser o princípio relativamente ao exercício de poderes consultivos ou sujeitos a aprovação da Comissão ou que devam ser imputados a esta¹⁰².

100 A versão inglesa (*may*) e os *dicta* do Regulamento [“58. (...) *as partes deverão ter o direito de recurso para a Câmara de Recurso* (...)”] não ajudam à interpretação. Estas expressões do texto são utilizadas em inúmeros instrumentos legislativos gerando efetivas dúvidas (*vd os obiter dicta* 58-68 do caso *Sogelma*, “*B - The necessity of a prior administrative complaint*”), Ac. do Tribunal no caso *SOGELMA vs EAR (Società generale lavori manutenzioni appalti Srl vs European Agency for Reconstruction)*”, de 08Out2008, Proc. T-441/06.

101 A *Sogelma* fora estabelecida por Regulamento do Conselho n 2454/1999 de 15Nov1999, alterando o Regulamento 1628/96 relativo à ajuda à Bosnia e Herzegovina, Croácia, a República Federal da Jugoslava e a antiga República Jugoslava da Macedónia, e posteriormente a outras regiões do centro da Europa como a Sérvia e o Montenegro. No âmbito das candidaturas previa-se: “*Appeals. (1) Tenderers believing that they have been harmed by an error or irregularity during the award process may petition the [EAR] directly and inform the Commission. The [EAR] must reply within 90 days of receipt of the complaint. (2) Where informed of such a complaint, the Commission must communicate its opinion to the [EAR] and do all it can to facilitate an amicable solution between the complainant (tenderer) and the [EAR]. (3) If the above procedure fails, the tenderer may have recourse to procedures established by the European Commission.*” O Tribunal entendeu que, sendo embora possível a estatuição prévia de procedimento gracioso de recurso ou reclamação, obrigatório (condição de recurso judicial), deverá ser fixado pelo instrumento de delegação (e não por regras criadas pela EAR), e ser claro, expresso, com prazos definidos, e não obstaculizar o recurso judicial previsto nos Tratados para atos com efeitos externos (pontos 60-68 do Acórdão).

102 Cfr. casos T-369/94 e T-85/95, *DIR International Film e outros vs Comissão*, decididos por Ac. de 19Fev1998: sendo, na prática, todas as decisões do Programa MEDIA sujeitas a ratificação ou aprovação pela Comissão, a entidade recorrida deveria ser esta (disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu>). O Tribunal também rejeitou a demanda direta destes órgãos infra-constitucionais, nos acórdãos *Keeling vs OHIM*, de

Mas na década de oitenta a jurisprudência mudou. No caso *Parti Ecologiste Les Verts vs Parlamento Europeu* (Ac. 23Abr1986, Proc. 294/83), o Tribunal aceitou o recurso de um ato do Parlamento Europeu não expressamente previsto nos tratados mediante interpretação extensiva do ex-art. 230.º do TUE. O princípio da legalidade que rege toda a atividade da União não permite lacunas no controlo de atos jurídicos externos¹⁰³.

A paulatina aceitação da criação de autoridades administrativas com vastos poderes de decisão não alterou esta jurisprudência, até que o Tratado de Lisboa estatuiu no art. 263.º, parág. 5.º, a possibilidade de recurso de atos de entidades como a ESMA. Mas a norma não resolveu todos os problemas, sendo pertinente citar ainda o caso *Sogelma* onde o Tribunal aceitou o recurso dos seus atos *vinculativos* quando estas autoridades disponham de *poderes próprios* de decisão, mesmo que o estatuto não seja claro a este respeito. A relação entre *vinculatividade* e *recorribilidade* não é efetivamente fácil. Por vezes um organismo elabora um Relatório Final ou um Parecer ou Proposta para a Comissão autorizar ou não uma atividade: quem detém verdadeiramente o monopólio da decisão? Pela *expertise* científica, pela complexa atividade de consulta e análise prévia, pela atribuição de avaliação de riscos e de impacto, a legislação delegou em agências a discricionariedade da decisão perante terceiros. Tal argumentação ficou clara em 2002 no caso *Artegoda GmbH vs CE*¹⁰⁴: nos casos de grande

8Jun1998, proc. T-148/97; *Nancy Fern Olivieri vs CE*, 18Dez2003, proc. T-326/99; *Reino de Espanha vs Eurojust*, 15Mar2005, proc. C-160/03; *Hassan vs Conselho e CE* de 12Jul2006, proc. T-49/04 – usualmente pela falta de prova da vinculatividade externa dos atos. Citando casos similares em que a CE apenas homologa as respetivas decisões sem discussão, Saurer, 2009: 455.

103 Atente-se nos *obiter dicta* da supra citada decisão *Sogelma* – “28. *The general principle to be elicited is that any act of a Community body intended to produce legal effects vis-à-vis third parties must be open to judicial review. Accordingly, it cannot be acceptable that measures intended to produce legal effects vis-à-vis third parties which are adopted by bodies established on the basis of secondary legislation such as the European Agency for Reconstruction escape judicial review (...)*”

104 A Comissão adoptara em 9Mar2000 três decisões de revogação das autorizações de introdução nos mercados nacionais (AIM) de medicamentos para uso humano “(...) No artigo 1.º de cada uma destas decisões, a Comissão ordena aos Estados-Membros que revoguem ‘as autorizações nacionais de colocação no mercado previstas no primeiro parágrafo do artigo 3.º da Directiva 65/65 relativas aos medicamentos [que contém a ou as substâncias examinadas] enumerados no anexo 1’ da decisão. No artigo 2.º de cada uma das decisões impugnadas, a Comissão justifica essa revogação por remissão para as conclusões científicas, juntas ao parecer final do Comité das Especialidades Farmacêuticas (CEF) de 31 de agosto de 1999 acerca dessa ou dessas substâncias e anexas à decisão (...) a prova da ausência de efeito terapêutico ou da nocividade de uma substância autorizada incumbe à autoridade competente, segundo o referido artigo 11.º. Além disso, em caso de revogação da AIM de um medicamento, a falta de efeito terapêutico ou a nocividade desse medicamento em condições normais de uso tem que ser comprovada de modo seguro (...). O procedimento instituído pelo artigo 15.º-A da Diretiva 75/319 caracteriza-se pelo papel essencial atribuído a uma avaliação científica objetiva e aprofundada das substâncias consideradas pelo CEF. Embora

complexidade técnica ou de risco ou *expertise* tecnológica, o não acatamento pela Comissão da opinião ou decisão de agências especializadas impõe que a CE se socorra de elementos pelo menos de igual nível de competência, complexidade e segurança que fundem uma decisão contrária. Também *criam* atos normativos pois o regime que se segue à iniciativa e proposta de normas “técnicas” torna-as próprias¹⁰⁵.

Por isso, há que averiguar em cada momento se o instrumento legislativo não constituiu uma Autoridade cuja conexão com a Comissão torna a decisão final só aparentemente desta última. É o que sucede: (i) quando se atribui o poder de tomar “medidas” (normas, pareceres ou recomendações) vinculativas e dirigidas à Comissão – existe então uma situação similar à delegação da prática de actos com efeitos definitivos e externos, podendo recorrer-se deste ou de ambos; (ii) quando, não sendo expressamente vinculativa, a sua não aceitação pela Comissão (e a prática de um ato contrário ou diverso, de que se irá recorrer) enfrenta tais dificuldades políticas e técnicas, e necessita de tais justificações e fundamentações, que o fardo torna impossível que a Comissão se oponha à *expertise* e ao ato do órgão¹⁰⁶.

o parecer emitido por este comité não seja vinculativo para a Comissão, nem por isso deixa de ter uma importância decisiva (...); como a Comissão não tem condições para fazer apreciações de carácter científico a respeito da eficácia e/ou da nocividade de um medicamento, a consulta obrigatória do CEF destina-se a fornecer-lhe os elementos de apreciação científica indispensáveis a fim de lhe permitir determinar, com pleno conhecimento de causa, as medidas adequadas para garantir um nível elevado de proteção da saúde pública (...). Relativamente ao parecer do CEF, o Tribunal não pode substituir à apreciação do comité a sua própria apreciação(...). O Tribunal só está habilitado a verificar se o parecer tem uma fundamentação que permite apreciar as considerações em que se baseou e se estabelece um nexo compreensível entre os factos médicos e/ou científicos e as conclusões que comporta (...)”, caso *Artegodan GmbH vs CE* de 14Fev2002, proc. C-440/01 P(R).

105 É importante o processo descrito por Tridimas (2010: 250) em que um interessado (FMC) tentou a anulação de um ato da *European Food Safety Authority* (EFSA) que recomendava à Comissão Europeia a prática de um ato de recusa de autorização, porque na prática este ato do procedimento autorizativo era vinculativo da instituição. O TPI rejeitou o recurso do ato da EFSA porque entendeu que apenas o ato da Comissão era suscetível de afetar terceiros (apesar de a verificação do preenchimento dos requisitos legais competir à EFSA, bem como o Relatório e Parecer final, a CE não estava obrigada a segui-los, art. 8.º do Regulamento 451/2000). Concordamos com o Autor quando afirma que, em substância, é o organismo quem detém o monopólio da decisão. Pela sua *expertise* científica e procedimento (consulta pública e análise prévia necessária), pela atribuição legal de avaliação de riscos, embora seja legalmente um órgão não regulador a legislação delegou nele a discricionariedade da decisão perante terceiros que a CE não controla.

106 O Regulamento foi criado para que a ESMA seja efetivamente o centro de aferição científica das condições de mercado e de risco, da *expertise* da União, do *assessment*, das consultas públicas e científicas e do *enforcement* – vimos como as suas propostas são enviadas para a Comissão mas também para o Conselho e o Parlamento. A prática de um ato contrário pela Comissão (mesmo que parcial) ou a rejeição necessita de uma fundamentação que tem de recriar todo procedimento de *assessment*, de *expertise*, de consultas públicas, de *apports* técnicos – quando não uma concertação com a ESMA, o Conselho e

Estas circunstâncias alertam-nos para a suma dificuldade criada ao controlo judicial. A dificuldade em assumir um “ativismo judiciário” em sectores de ponta é agravada pelo sistema normativo difuso e uma cadeia transnacional de comandos. O resultado pode ser a assunção “natural” de uma atitude de deferência judicial, que cria dois novos problemas: (i) o facto de a “deferência judicial” a tais Autoridades vir a confirmar a *supra* referida afirmação de que a Comissão pode ficar enredada em verdadeiros poderes discricionários (implícitos e latentes) de órgão micro-prudencial; (ii) o facto de a deferência judicial (*self-restraint*) perante decisões técnicas e independentes das Autoridades equivaler a um menor controlo judicial¹⁰⁷. Para além de “rearmar” a tecnocracia, a “deferência judicial” dos tribunais para com sectores que não compreendem – porque estão fora do sistema autopoieticos e do direito autorreflexivo que são chamados a apreciar – tornam-nos meros “assistentes” ou “assessores” da Administração-Juiz nos pleitos que, saindo fora de um sistema financeiro fechado, lhes são colocados para decidir como último garante¹⁰⁸.

O controlo judicial encontra igualmente dificuldades na efetivação da responsabilidade da Autoridade. O regime jurídico em análise claudicou na estatuição deste aspeto, eventualmente impressionado pelo facto de um erro regulatório num espaço jurídico global ter necessariamente efeitos sistémicos de difícil apreciação e concretização. Ademais, às dificuldades de controlo referidas *supra* acresce que a intervenção de múltiplos decisores num sistema não hierarquizado dissolve a cadeia de comando e aumenta a atual (quase) isenção pessoal e das autoridades perante omissões, falhas, erros ou mesmo fenómenos de abuso de poder, corrupção ou má-fé. Esta falta de previsão especial quanto à responsabilidade das autoridades de regulação transnacionais que no âmbito de vastos poderes discricionários agem dolosamente ou praticam

o Parlamento. Enfim, uma vinculação a um nível tão substancial que se torna quasi-impossível (*cf.* o mecanismo previsto no art. 10.º).

107 A propósito do problema da *self-restraint* judicial e da aplicação pelos Tribunais do que se designa por *rational test* e da *equal protection clause*, Catarino, 2010: 213, 343, 356. Foi importante a sua aplicação no caso *Industrial Union Department AFL-CIO vs. American Petroleum Institute*, ou no *Benzene case* (*ibidem*, 259).

108 Defendendo precisamente que os desenvolvimentos constantes e a complexificação dos processos de Direito Administrativo global, *vg* para um maior controlo democrático, apenas vêm “rearmar” a tecnocracia frente ao controlo por juizes que o não compreendem ou desconhecem, Shapiro, 2005: 341-56.

uma má gestão foi salientada pelo do Comité Económico e Social, perante a falta de uniformidade de legislação e jurisprudência¹⁰⁹.

Com o processo de “desterritorialização” dos Estados, mas também a “desnacionalização”, os tribunais nacionais tenderão a tornar-se reguladores. Terão de apreciar atos de entidades internacionais, transnacionais e mesmo de entidades nacionais que fazem parte de um sistema global de *governance*, sujeitos a normas e princípios não estaduais. Nessa medida farão parte dessa “cidade global¹¹⁰” onde existirão claros conflitos de competências e de legitimidade processual (qual o tribunal competente para controlar a actuação da ESMA numa inspeção *in loco*, num determinado Estado-membro, a uma empresa¹¹¹?). Terão de tomar decisões com base na lei constitucional, nacional, transnacional, mas igualmente com base em jurisprudência e doutrina de outros tribunais estaduais ou internacionais (incluindo outros corpos que têm por missão resolver conflitos pela aplicação da lei, sejam tribunais “ad-hoc”, *agencias*, câmaras ou painéis nacionais ou internacionais), o que implicará que os Tribunais intensifiquem um “diálogo transjudicial”¹¹². O reforço do direito judicial decorrente da globalização e diálogo poderá determinar o que Ferrarese identifica como a “city of judges and rights”: um espaço horizontal e plano (decorrência da globalização e *flat world*), onde os juízes e tribunais nas suas diversas formas socializam e convivem (*common field of socialization* assumido como tal), e decidirão de acordo com entendimentos comuns.

109 No parecer sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (*supra*, n. 93) afirma-se que “(...) a Comissão não contempla a atuação dolosa ou omissiva dos poderes públicos, especialmente daqueles que têm competências em matéria de regulamentação e de supervisão dos mercados financeiros, cujo mau funcionamento pode criar graves prejuízos para o mercado interno e os interesses dos consumidores. 4.3.2 É o caso, por exemplo, da necessária eliminação das chamadas ‘barreiras invisíveis’, que foram e continuam a ser obstáculos intransponíveis ao exercício das liberdades económicas fundamentais (como a utilização abusiva do poder discricionário quando se determina a idoneidade dos administradores de uma instituição de crédito (...) ou de seguros, ou a decisão sobre a incompatibilidade dos accionistas que detêm uma parte qualificada do capital de um organismo financeiro (...))” [COM(2010) 716 final].

110 Por todos, acerca de um eventual movimento de cosmopolitanismo, Beck, 2003.

111 São vários os casos descritos por Kingsbury, 2009, em que a *judicial review* de decisões de cumprimento de DAG, por entidades administrativas da “global governance”, levou à sua anulação por tribunais da mesma organização (pelo TJUE), de outras organizações (pelo Tribunal Internacional de Justiça), por tribunais nacionais (pelo *Conseil d’État*)

112 Defendendo que, ao mesmo tempo que encetam o “diálogo”, os juízes assumem um papel de sujeitos de direito internacional criando verdadeiramente direito (qual é o Direito aplicável e que aplicam), e, nesta forma muito plástica e flexível de funcionamento em rede, tendem a transformar-se num microcosmo de *governance* (através da *judicial law making*), Ferrarese, 2009.

As inúmeras desvantagens e perigos daqui decorrentes, bem como o facto de muitos sistemas serem atualmente fechados a este diálogo (*vg* o norte-americano), mostra que esta ainda não é uma verdadeira solução de controlo judicial¹¹³. Se os desafios deste Direito Administrativo Global tocam os Estados, eles devem assumir poderes de controlo. Desde logo porque os Estados não são totalmente ultrapassados. Existe de comum no fenómeno global o facto de, na generalidade das áreas de regulação, as novas autoridades transnacionais necessitarem dos Estados para a eficácia da sua atividade. Esta necessidade reflete-se, desde logo, na sua organização: a composição dos órgãos e comités técnicos da União necessita integrar especialistas das diversas administrações nacionais que seguirão normas comuns; os reguladores nacionais *agem de forma comum*, como executores “em rede” de decisões que têm *origem* internacional e *efeitos* nacionais e internacionais. Depois, a natureza do *DAG* torna-o difícil de sindicar em abstrato, sendo possível no momento da sua aplicação uma apreciação de qualquer natureza (da validade da norma, da legitimidade material e procedimental da sua aplicação, da natureza da relação com o regulador transnacional ou entre o regulador/aplicador e a pessoa individual ou coletiva interessada).

O regime jurídico pensou e criou mecanismos administrativos de controlo através de uma boa *governance*, mas hesitou num regime claro e forte de sindicabilidade dos atos das autoridades. Conforme escrevemos anteriormente, as técnicas de controlo para os novos fenómenos da administração independente devem iniciar-se no momento legislativo (da criação dos estatutos). As técnicas legisladas de *police-patrol oversights*, os *fire alarms* ou o *deckstacking*, mantêm-se tão essenciais quanto os sistemas de controlo *a posteriori* (*vg* contencioso) dos atos dos reguladores¹¹⁴.

Uma possibilidade de verdadeiro controlo destas Autoridades (*accountability*) deve residir nos próprios Estados-membros, que podem e devem pedir esclarecimentos e eventual fundamentação de recomendações ou diretrizes (*guidances*). Outro controlo pode ser exercido através dos membros dos seus

113 Ferrarresse (2009: 146) defende que os juízes e tribunais, para além de espreitar para os outros como sempre fizeram, devem assumir o diálogo entre eles como legitimador, reforçando o *judicial law making*. A par das dificuldades inerentes às diferentes tradições jurídicas, existem perigos na desnacionalização da jurisprudência e intensificação da desterritorialização da norma, no aumento da dispersão das fontes, ou na judicialização o direito (*judicial law making*) e sua *governance* (um novo governo de juízes).

114 Acerca deste sistema de controlo *dos reguladores* e dos seus três elementos centrais mínimos (*detectors* para *information-gathering*, *effectors* para *behaviour modification*, e *standard-setting machinery*), Catarino, 2010: 335 ss.

reguladores nas autoridades comunitárias e pela intervenção no procedimento (*interno*), ou pela sindicabilidade das decisões individuais ou genéricas (*externo*). Com esta intervenção supre-se o *deficit* de legitimidade democrática destas estruturas e o *deficit* de democracia parlamentar que ainda acompanha o projeto europeu. Por outro lado, “compensam-se” os Estados pelo facto de o movimento actual se fazer à custa da perda dos seus poderes e não dos da Comissão¹¹⁵.

8. A LEGITIMAÇÃO DA AUTORIDADE – REFRAÇÃO DA “CIDADE DOS JUÍZES”?

As Autoridades nasceram sob um pecado original. Inexiste norma de habilitação nos Tratados que permita a *criação* ou a *delegação* nestas Autoridades administrativas comunitárias de poderes conferidos às instituições (a ilegitimidade constitucional foi suprida inicialmente pela utilização da teoria dos poderes implícitos vertida no ex-art. 308.º, atual 352.º TFUE). A delegação de competências nunca foi um conceito vertido nos três Tratados: os poderes atribuídos a cada Instituição foram-no em exclusivo, com a ressalva da implementação de medidas pelos Estados-membros e da CE mediante expressa delegação pelo Conselho. A distribuição de poderes pelas Instituições da União vertida nos Tratados apenas permite que esta dinâmica de descentralização seja prosseguida pelo Conselho, no processo co-legislativo, como “medida” de aproximação das legislações nacionais (ex-art. 98.º, actual 114.º TFUE). A adoção de tal “medida” tem de ser *necessária*, i.e., a atividade que se pretende desenvolver estará estritamente limitada e vinculada, no âmbito dos poderes delegados, aos *fins comunitários* a prosseguir (só através de meros poderes de execução delimitados se assegura o controlo e responsabilidade).

O TJUE aceita nestes termos as “medidas” de criação de corpos administrativos. O Tribunal decidiu ser possível a criação de órgãos com personalidade jurídica e poderes próprios logo em 1956, no *supra* citado caso *Meroni & Co*,

115 Grant & Kkrohane defendem mecanismos especiais para controlo da atividade supranacional: criação de formas verticais de hierarquia; supervisão pelos governos; controlo fiscal e orçamental; limitações legais; pressão da indústria e dos reguladores pela participação no processo; maior exposição reputacional (2005: 35-41). Neste sentido das críticas à *headless fourth branch of government*, com um forte apelo à intervenção “legitimatória” do controlo democrático e do poder judicial, contra o renascimento do sistema transadministrativo típico do sistema de *Ministre-Juge*, Catarino, 2010: 825, e todo o Cap. VI da obra). Defendendo precisamente que os desenvolvimentos constantes e a complexificação dos processos de Direito Administrativo global, apenas vêm “rearmar” a tecnocracia frente ao controlo por juízes que o não compreendem ou desconhecem, Shapiro, 2005: 341-356.

*Industrie Metallurgiche SpA vs Alta Autoridade do Tratado CECA*¹¹⁶. Num *economic trading off*, desenhou uma linha conciliadora: decidiu que os poderes delegados através de direito derivado não podem traduzir um *discretionary power implying a wide margin of discretion which may, according to the use of it, make possible the execution of actual economic policy*. De contrário, estar-se-ia a atribuir mais competências que as resultantes do articulado do Tratado para as instituições da União, dificultando a sindicabilidade contenciosa da atividade.

No caso *ENISA (European Network and Information Security Agency)*, e seguindo a jurisprudência restritiva do caso *Meroni*¹¹⁷, precisou que tais “medidas relativas à aproximação das disposições legislativas” devem ser as necessárias e adequadas a um fim comunitário determinado – no caso, o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno (liberdade de circulação de capitais, de estabelecimento e de prestação de serviços)¹¹⁸. Atento o *princípio da subsidiariedade* (arts. 4.º e 5.º TUE), é condição que tal objetivo não possa ser prosseguido através de outras medidas ou meios expressos no Tratado¹¹⁹ e a delegação implica apenas os poderes de execução para harmonização *efetiva*

116 No caso *Tralli vs BCE*, de 26Mai2005, Proc. C-301/02, o Tribunal de Justiça deu claros sinais de que esta doutrina restritiva de delegação de poderes ainda se aplica. No caso *MERONI*, decorrente do dissídio entre a indústria italiana do aço, chamada a pagar uma contribuição a uma das duas agências de direito belga (privadas) criadas pela Alta Autoridade (*Office commun des Consommateurs de Ferraille* e a *Caisse de Péréquation des Ferrailles Importés*), o argumento da manutenção do equilíbrio de poderes (*balancing powers*) frente à discricionariedade conferida pela Decisão 14/55 foi decisivo (facto a que alguns AA recorrem para tentar afastar esta jurisprudência e fundar poderes regulamentares das *agencies* (vd Yatanagas, 2001: Título B, “Regulation and institutional balance”).

117 Decisão *UK vs Conselho e Parlamento Europeu*, de 2Mai2006, Proc. C-217/04. O TJCE afirmou que “a letra do artigo 95.º CE de modo nenhum permite concluir que as medidas tomadas pelo legislador comunitário com fundamento nessa disposição se devem limitar, quanto aos seus destinatários, apenas aos Estados-Membros. Com efeito, pode revelar-se necessário prever, segundo uma apreciação efetuada pelo referido legislador, a criação de um organismo comunitário encarregue de contribuir para a realização de um processo de harmonização em situações nas quais, para facilitar a transposição e a aplicação uniformes de atos baseados na referida disposição, seja adequado adotar medidas não vinculativas de acompanhamento e enquadramento. No entanto, as missões confiadas a um organismo dessa natureza devem estar estreitamente ligadas às matérias objeto dos actos de aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros (...)”

118 Ac. *RFA vs Conselho e Parlamento Europeu*, de 12Dez2006, proc. C-380/03. O Tribunal decidiu que “o artigo 95.º CE habilita o legislador comunitário a intervir, tomando as medidas adequadas, com observância, por um lado, do n.º 3 do mesmo artigo e, por outro, dos princípios jurídicos mencionados no Tratado CE ou desenvolvidos pela jurisprudência, nomeadamente o princípio da proporcionalidade”.

119 Chiti, 2000: 309-343; *idem*, 2009: 1395-1442.

das condições tendentes ao desenvolvimento e afastamento de obstáculos ao mercado interno¹²⁰.

Finalmente, as suas atribuições e competências vinculadas devem estar em íntima relação com tais objetivos¹²¹ – p.e. afastar obstáculos decorrentes de regulação nacional conflituante ou a falta de cooperação entre supervisores.

A jurisprudência deste *leading case* e de posteriores decisões fruto da *supra* citada “cidade dos direitos e dos juizes” não deixou de moldar o novo sistema de regulação financeira da União. O art. 10.º do Regulamento define as normas da ESMA como tendo “um carácter técnico”, não podendo implicar “escolhas políticas” – afasta a discricionariedade, mas não a dificuldade de distinção entre decisão técnica e decisão de prossecução de uma determinada política regulatória (*policy*).

A Autoridade em análise dispõe de uma natureza, atribuições e poderes que suplantam em muito o figurino tradicional. A origem destes novos entes comunitários remonta aos anos setenta com as denominadas “agências de primeira geração”, caracterizadas por prosseguirem atribuições de comunicação e diálogo social (Cedefop ou Eurofound¹²²). A descentralização e desconcentração na União sofrem um acréscimo no final dos anos 80 e princípio dos anos 90 e com o movimento de integração do Mercado Interno nascem novas “constelações orgânicas”.

120 Ac. *CE vs Conselho e França*, de 18Nov1999, Proc. C-209/97 (caso CIS), onde se decidiu no parágrafo 35 que “(...) Nos termos de jurisprudência constante, o recurso ao artigo 100.º-A não se justifica quando a ato a adotar só acessoriamente harmoniza as condições do mercado na Comunidade (v., nomeadamente, acórdãos de 4 de Outubro de 1991, *Parlamento vs Conselho*, C-70/88, Colet., p. I-4529, n.º 17, e de 17 de Março de 1993, *Comissão vs Conselho*, C-155/91, Colet., p. I-939, n.º 19).”

121 No sentido de que o anterior artigo 95.º do Tratado visa conferir ao legislador comunitário, “em função do contexto geral e das circunstâncias específicas da matéria a harmonizar, margem de apreciação quanto à técnica de aproximação mais adequada para alcançar o resultado pretendido”, podendo ser utilizado como base jurídica quando resulte de um ato jurídico, suficientemente densificado, que o seu objeto visa melhoria do funcionamento do mercado interno, o Acórdão proferido no caso *Reino Unido vs PE e Conselho*, de 6Dez2005, Proc. C-66/04. No mesmo sentido, o caso *Reino Unido vs PE e Conselho*, de 2Mai2006, Proc. 217/04: estando em causa a criação pelo Regulamento 460/2004, do PE e Conselho, da Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação que adota medidas de harmonização (técnicas ou jurídicas) de acompanhamento, não vinculativas, o TJUE verifica se estes requisitos se verificam, bem como se as competências, missão e objetivos conferidos a um organismo “dessa natureza” estão intimamente ligadas (acompanham) o fim e a legislação comunitária específica, *vg* diretivas-quadro, e os atos e normas que acompanham a harmonização em toda a comunidade pelas autoridades nacionais.

122 O *European Centre for the Development of Vocational Training* ou a *European Foundation for the Improvement of Living and Work Conditions* de 1975 tinham em vista um mero diálogo social. Uma forma de aceitação foi a sua implantação por diversos Estados da União – Majone, 1994: 87; *idem*, 1996.

As “agências de segunda geração” caracterizam-se pelas funções técnicas e científicas de apoio à CE e ao Conselho em novos sectores de ponta. A experiência norte-americana de regulação administrativa dos mercados num regime liberal foi cuidadosamente estudada e defendida por muitos paladinos do federalismo e do “panadministrativismo”, naquilo que denominámos por “*Network Regulation* e Resposta Pavloviana”¹²³.

As “agências de terceira geração” criadas no séc. XXI visam um diálogo direto com as Instituições europeias e os Estados, e podem deter poderes de licenciamento, de autorização, de criação normativa e mesmo de sanção. A ideologia que as suporta resulta na mudança do modelo de *government* para a *governance*: mais democracia administrativa e menos hierarquia (modelos *bottom-up*); politeísmo do Direito (fim do monoteísmo das fontes legislativas estaduais); miscigenação de funções que nos Estados se encontravam bem definidas (legislar, executar, julgar e punir); racionalidades jurídicas, morais e éticas parciais, típicas de sectores económicos determinados e em redes de poder flexíveis e socializantes (próximas da indústria e sociedade civil).

Daí os mecanismos necessários de controlo, de revogação e de veto das suas decisões pelas instâncias comunitárias colegisladoras (mecanismos aplicáveis não só às normas mas também às delegações legislativas e executivas, arts. 290.º e 291.º TFUE e arts. 10.º a 15.º do Regulamento). Estas novas Autoridades tomam decisões individuais vinculativas para além daquelas que necessitam de *endorsement* à Comissão (*vg* as que dirimem conflitos entre reguladores ou aquelas que se dirigem a particulares perante o incumprimento das suas decisões). Por isso também o Tribunal teve de criar jurisprudência que permitisse que tais atos fossem diretamente sindicáveis – cfr. citado caso *Sogelma vs EAR*¹²⁴.

Os contra-argumentos de quem pretende afastar a jurisprudência *Meroni* são tipicamente dois, e decorrem do circunstancialismo do caso concreto: a doutrina adotada desde aí apenas se aplica a Tratados-regra, como a CECA, e não a Tratados-quadro como a CEE; o escopo da decisão impede a delegação em pessoas coletivas de direito privado e não de direito público. Subs-

123 Catarino, 2010: 49, 82, 251-65, 304 e bibliografia aí citada.

124 Incluindo “*measures intended to produce legal effects vis-à-vis third parties which are adopted by bodies established on the basis of secondary legislation*”, Ac. *Sogelma vs EAR (Società generale lavori manutenzione appalti Srl vs European Agency for Reconstruction)*, de 2008, no sentido do Ac. *Les Verts vs Parlamento Europeu*, de 23Abr1986, proc. 294/83. Em sentido contrário, Ac. *DIR International Film e outros vs Comissão*, de 19Fev1998, procs. T-369/94 e T-85/95.

tancialmente, não vemos motivo para se proceder à alteração desta doutrina constitucional que desde há 50 anos tem vindo a ser seguida. Assim: (i) as medidas a tomar e as delegações de poderes devem ser as *necessárias* às atribuições conferidas (princípio da competência, da legalidade e da necessidade¹²⁵); (ii) estas devem estar em conformidade com o âmbito dos tratados e com os objetivos nele fixados (princípio da subsidiariedade); (iii) as competências delegadas devem ser *expressas* e não exceder as competências próprias (“*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”), (iv) o exercício de poderes delegados deve estar sujeito aos mesmos requisitos e condições a que estaria submetido o delegante; (v) as competências delegadas devem ser *de execução* (afastando-se a discricionariedade e a total transferência de responsabilidade, atento o princípio da *exclusividade* das Instituições da União).

Pretender afastar a doutrina vertida no caso *Meroni* implicaria uma profunda *deslegalização*, um curto-circuito (*bypass*) ao procedimento de codecisão e uma alteração do equilíbrio institucional de poderes na União¹²⁶. É importante manter o *balancing powers* instituído na década de 50 pelos *framing fathers*: a Comissão Europeia deve manter o poder de execução e da agenda política não só porque permite uma forte *accountability*, mas porque a esta cabe gerir as possíveis tensões entre a União e os Estados (como sucedeu no âmbito da integração decorrente do acordo de Schengen – caso *Frontex*)¹²⁷.

Ao contrário do que sucede com os EUA, o federalismo “derivado” ou “de executivo” em que se consubstanciaria a União levanta profundas tensões em termos de Estado-Nação (tensões que não são mais do que o resultado dos ensinamentos de Bodin a nível de organização e consciência nacional, das guerras “para-globais” que desde o séc. XVII assolaram o interior do espaço europeu e de um *volkgeist* ancestral em termos de cultura, teologia,

125 Esta condição é de preenchimento extremamente simples, e no caso X contra o BCE, embora a matéria fosse diferente (respeitava a funcionários), o TPI decidiu: “102. *As is apparent from the relevant case-law, a delegation of implementing powers is lawful under Community law, provided that it is not formally prohibited by any legislative provision*” (Case 9/56 *Meroni v High Authority* [1957-1958] ECR 133, at 151) –Ac. X vs BCE, de 18Out2001, proc. T-333/99.

126 Ac. *Frères Roquette, SA vs Conselho*, 29Out1980, Proc. 138/79; *PE vs Conselho*, 4Out1991, proc. 70/88.

127 Caso *Frontex* (*European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union*), Ac. *UK e outros vs Conselho*, de 18Dez2007, Proc. 77/05. O organismo criado pelo Regulamento 2007/2004 detinha vastos poderes de iniciativa e proposta de *soft law* e de cooperação e coordenação entre Estados, *vg* a nível operacional de supervisão de atividades no espaço na União, guardando e tratando informação relativa a movimentos transfronteiriços e de vigilância de fronteiras, o que levou Estados que tinham optado pelo mecanismo de *opt out* a reagir contra a sua legalidade.

política¹²⁸). O princípio da subsidiariedade baseado no princípio da atribuição constitucional de poderes pelos Estados à União (especialidade da atribuição e especificação da competência em razão da matéria, da proporcionalidade e legalidade) e mecanismos como os processos legislativos de co-decisão entre instituições intergovernamentais e instituições supranacionais, da exigência de maiorias qualificadas no processo quasi-legislativo, da distribuição orgânica entre poderes judiciais, executivo e legislativo – estes últimos mais difusos), tentam obviar a tais tensões afastando o caminho federalizante¹²⁹.

O princípio da subsidiariedade que deve reger a União é tanto político quanto técnico¹³⁰. Ao contrário da realidade norte-americana estas autoridades independentes não são uma “longa manus” do poder legislativo de que dependem e perante quem respondem, e a inexistência de uma clara hierarquia e classificação de normas torna muito difícil distinguir entre legiferação e criação de “normas administrativas” (o que acentua o *deficit* democrático e consequente legitimidade da atividade). Este princípio, que os detratores da jurisprudência *Meroni* querem realmente afastar, leva-os a afirmar que a “agenci-ficação”, enquanto refração do movimento global ligada ao cumprimento de objetivos específicos, técnicos, científicos, é uma parentela do sucedido com a criação destas autoridades nos EUA¹³¹. Mas a tal movimento, tal como ao

128 O novo sistema tem sido objeto de escrutínio político, pela *British House of Commons* em 2008, pela *Assemblée Nationale* francesa em 2006, mas dos respectivos Relatórios salientamos a apreciação muito viva do *Bundestag* quanto aos princípios da legalidade e da subsidiariedade, salientando a necessidade de um maior controlo pelo Parlamento europeu (distinguindo entre *regulatory* e *executive agencies*) – a *Bundesrat* iria mais longe com argumentos de proporcionalidade, desburocratização, necessidade (prévia análise custo-benefício) e desregulamentação, pedindo uma moratória na criação de mais corpos administrativos (BR-Drs 228/08 (B), 2008). Vd decisão *Bundesverfassungsgericht* de 30Jun2009, BvE 2/08 *et. al.*, disponível em tradução inglesa em <http://www.bverfg.de>.

129 Na realidade, os poderes que são atribuídos à União são-no para domínios específicos (na área da concorrência, ou da fiscalidade, ou do ambiente), a exercer por instituições e procedimentos específicos (dando competência a uma determinada instituição e fixando um processo decisório). A teoria dos poderes implícitos ou a utilização do art. 114.º quanto à criação de fenómenos de para-delegação (*vg* em *agencies*) têm tentado de alguma forma compensar estas limitações a uma integração.

130 Podendo os Estados delegar os seus poderes na ESMA em casos particulares, os princípios jurídicos da subsidiariedade e da atribuição são colocados em causa – *vd* o *Relatório da Comissão sobre a Subsidiariedade e a Proporcionalidade*, de 2011.

131 As realidades constitucionais nos EUA e na UE são totalmente distintas e é errada a tentativa de transplante para a UE do movimento e dos princípios que enformaram a criação das *agencies*, bem como o problema da delegação de competências regulatórias-legislativas e a *non-delegation doctrine* (artigos I a III da Constituição Federal). Uma visão deste movimento de nascimento e principais problemas sobre a sua legitimidade, controlo e natureza até hoje, Catarino, 2010: 82, 99-101, 839.

pós-modernismo e à atual sociedade de massas, subjaz verdadeiramente a substituição da axiologia jurídica pela mera eficiência e eficácia económica¹³².

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA DE MELO

2000 “Princípios e objectivos da regulação financeira”, Seminário proferido sobre o futuro do sistema financeiro pelo CEDIPRE, em Lisboa, *website* <http://www.cedipre.fd.uc.pt>.

BECK, Ulrich

2003 *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca post-nazionale*, Bolonha: Il Mulino.

BIGNAMI, Francesca

1999 “The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology”, *Harvard International Law Review*, n.º 40.

BLACK, Julia

2010 “The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation”, *LSE Legal Studies Working Paper No. 17/2010*.

CAFAGI *et al.*

2005 *Corporate Governance, Networks e Innovazione*, Milão: CEDAM.

CALVETE, Victor

2011 “Entidades Administrativas Independentes: Smoke & Mirrors”, *Revista de Concorrência e Regulação* n.º 7/8, pp. 63-113.

CARDOSO, Lucas

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

CASINI, Lorenzo

2005 *Diritto Amministrativo Globale*, in <http://www.IRPA.eu/GAL>.

CASSESE, Sabino

2005 “Administrative Law without the State: The Challenge of Global regulation”, 37, *NTUJILP*, pp. 37-76.

2005a “Il diritto amministrativo globale: un'introduzione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 331-393.

2006 *La Globalización jurídica*, Madrid: Marcial Pons-INAP.

132 Defendendo precisamente que os desenvolvimentos constantes e a complexificação dos processos de Direito Administrativo global, *vg* para um maior controlo democrático, apenas vêm “rearmar” a tecnocracia frente ao controlo por juízes que o não compreendem ou desconhecem, Shapiro, 2005: 341-356. Também o trabalho de Meesen, 2005.

CASTELLS, 2005

The Network Society, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

CATARINO, Luís Guilherme

2009 “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, AAVV, *Tra-*
tado de Direito Administrativo, vol. III, Coimbra: Almedina, pp. 373-524.

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Limites ao*
Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes, Coimbra: Almedina.

2011 “Informação: Utopia, Realidade e Intervenção Pública”, AAVV, *Direito dos*
Valores Mobiliários, vol. X, pp. 65-113.

CHITI, E.

2000 “The Emergence of a Community Administration: The Case of European
agencies”, in *Common Market Law Review*, n.º 37, pp. 309-343.

2009 “An Important Part of the EU’s Institutional Machinery: Features, Problems
and Perspectives of European Agencies”, *Common Market Law Review*, n.º 46,
pp. 1395-1442.

CRAIG, Paul

2006 *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press.

FERRAN, Elís & ALEXANDER, Kern

2010 “Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight Bodies
and the Special Case of the European Systemic Risk Board”, disponível em:
<http://ssrn.com/abstract=1676140>.

FERRARESE, Maria Rosaria

2009 “When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue
between Democracy and Constitutionalism”, *Global Jurist*, vol. 9, n.º 1, pp.
123-244.

GRANT & KKROHANE

2005 “Democracy and Disgust: Reflections on Public Choice”, *American Policy*
Science Review, 99, pp. 35-41.

GRILLER, S. & ORATOR, A.

2010 “Everything in Control? The Way Forward for European Agencies in the
Footsteps of the Meroni Doctrine”, *European Law Review*, n.º 35, pp. 3-11.

HOFFMAN, H.

2009 “Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon:
Typology Meets Reality”, *European Law Journal*, n.º 15, pp. 222-231.

HUEPKES *et al.*

2005 “The Accountability of Financial Sector Supervisors: Principles and Practice”,
IMF Working Paper 05/51, Washington.

RHODES, R.

1997 *Understanding Governance – Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability*, Filadélfia: Open Univ. Press.

KINGSBURY, Benedict

2005 “Foreword: Global Governance as Administracion”, *Law and Contemporary Probs.*, 68, pp. 3-4.

2009 “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of Internacjonal Law*, vol. 20, *ILLJ Working Paper 2009/1 (Global Administrative Law Series)*, disponível em: *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-29*.

KINGSBURY, Benedict & KRISCH, Nico

2006 “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, vol. 17, pp. 1-13

KINGSBURY, Benedict, STEWART, Richard & KRISH, Nico

2004 *The Emergence of Global Administrative Law*, Working Paper 2004/1, *Institut for International Law and Justice*, disponível em: <http://www.IRPA.eu/GAL>.

LEEUWEN, Docters van & DEMARIGNY, Fabrice

2004 “Europe’s securities regulators working together under the new EU regulatory framework”, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 12, n.º 3, pp. 206-215.

LINDSETH, Peter

1999 “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, *Columbia Law Review*, 99, pp. 628-738

MAJONE, Giandomenico

1994 “The Rise of Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, 17, pp. 87-112.

1996 *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris: Montchrestien.

MEERTEN, Hans van

2006 “The legislative acts in the European Constitution”, *European Law Review*, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1480656.

MEESEN, Karl

2005 *Economic Law in Globalizing Markets*, vol. 20 col. *Studies in Transnational Economic Law*, Colónia: Kluwer Law Internacional.

MÖLLERS, Thomas

2010 “Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière”, *European Business Organization Law Review*, n.º 11, pp. 379-407.

MOLONEY, Niamh

2011 “The European Securities Markets and Authority and Institutional Design for the EU Financial Market – A Tale of Two Competences: Part I Rule Making”, *European Business Organization Law Review*, vol. 12, n.º 1, pp. 41-87.

MORAIS, Blanco de

2001 “As Autoridades Administrativas Independes na Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, n.º 1, pp. 101-154.

MOREIRA, Vital (org.)

2004 *Estudos de Regulação Pública*, I, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.

OTERO, Paulo

1995 *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. II, Lisboa: Lex.

OTTOW A.T. & MEERTEN, Hans van

2009 “The Proposals for the European Supervisory Authorities: The Right (Legal) Way Forward?”, *Tijdschrift voor Financieel Recht*, Vol. 1, 2010, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1517371&download=yes.

RAITERI, Monica

2004 *Diritto, Regolazione, Controllo*, Milão: Giuffrè.

RHODES, R.

1997 *Understanding Governance – Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability*, Filadélfia: Open Univ. Press.

1994 “The Hollowing out of the State: the Changing Nature of the Public Service in Britain”, *The Political Quarterly*, 1994, 65 (2), pp. 151-189.

SAURER, Johannes

2009 “The accountability of Supranational Administration: the Case of European Union Agencies”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, pp. 455-483.

SENDEN

2004 *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Publishing.

SHAPIRO, Martin

2005 “Deliberative, Independent Technocracy V. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.? in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 341-56, disponível em: <http://law.duke.edu>.

TAVARES DA SILVA, Suzana

2010 *Um Novo Direito Administrativo*, Coimbra: IU.

2010a “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, in *Comunicaciones al IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, disponível em: <http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf>.

THATCHER, Mark

2007 “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance*, 18, pp. 347-366.

TRIDIMAS, Takis

2010 “Community Agencies, Competition Law, and ECSB Initiatives on Securities Clearing and Settlement”, *Oxford Journal*, pp. 216-306, disponível em: <http://www.oxfordjournals.org>.

WYMEERSCH, Eddy

2007 “The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors”, *European Law Review*, n.º 8, pp. 212-242.

YATANAGAS, Xénophon

2001 “Delegation of Regulatory Authority in the European Union: The Relevance of the American Model of Independent Agencies”, *Working Paper* do I. Jean Monnet Center, disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/010301-04.html> 10.

Documentos oficiais:

COMISSÃO EUROPEIA:

Public Consultation. Review of the Markets in Financial Instruments Directive (2010), disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Consultation on the modernisation of the Transparency Directive (2010), disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Relatório da Comissão sobre a Subsidiariedade e a Proporcionalidade, de 10Jun2011, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/lamfalussy/index_en.htm.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies, e o Impact Assessment in {COM(2008) 704}{SEC(2008) 2745} e “ECOFIN Roadmap”, disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/96375.pdf.

Comission Impact Assessment for the 2010 Credit Rating Proposal (SEC(2010)678).

O NOVO REGIME JURÍDICO DE RECUPERAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO: ASPETOS FUNDAMENTAIS

Luís Máximo dos Santos

ABSTRACT: The present article refers to the new Portuguese legal regime for banking recovery and resolution, introduced by the Decree-Law n.º 31-A/2012, 10th February. The article analyses, particularly, the role and the legal regime of the new Resolution Fund, which is one of the most important instruments to apply the resolution measures.

SUMÁRIO: Introdução. I. Aspectos fundamentais do novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito. 1. Considerações preliminares. 2. Os princípios gerais. 3. A intervenção corretiva. 4. A administração provisória. II. As medidas de resolução e o papel do Fundo de Resolução. 1. Enquadramento geral. 2. A tipologia de medidas de correção. 3. O papel e o regime jurídico do Fundo de Resolução. III. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, emitido ao abrigo da autorização legislativa constante da Lei n.º 58/2011, de 28 de novembro, veio introduzir profundas alterações em diversos domínios da regulação bancária em Portugal.

Com efeito, o diploma altera significativamente o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro¹, em especial quanto aos poderes

¹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 246/95, de 14 de setembro, 232/96, de 5 de dezembro, 222/99, de 22 de junho, 250/2000, de 13 de outubro, 285/2001, de 3 de novembro, 201/2002, de 26 de setembro, 319/2002, de 28 de dezembro, 252/2003, de 17 de outubro, 145/2006, de 31 de julho, 104/2007, de 3 de abril, 357-A/2007, de 31 de outubro, 1/2008, de 21 de Julho, e 211-A/2008, de 3 de novembro, pela Lei n.º 28/2009, de 19 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho, pela Lei n.º 94/2009, de 1 de setembro,

do Banco de Portugal para intervir em instituições sujeitas à sua supervisão que se encontrem em situações de desequilíbrio financeiro, cria o denominado Fundo de Resolução e procede, também, a modificações no regime aplicável ao Fundo de Garantia de Depósitos (FGD)².

Além disso, altera o regime jurídico do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (FGCAM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro³, o regime de liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e suas sucursais criadas em Estados-membros da União Europeia, que consta do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro⁴, e, ainda, a lei orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro⁵.

Trata-se, portanto, de um diploma que merece a maior atenção e muito estudo, tantas são – e nalguns casos tão profundas – as alterações introduzidas.

A publicação do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, insere-se no cumprimento dos compromissos assumidos pelo Governo de Portugal, através do Ministro de Estado e das Finanças⁶, perante a União Europeia (Comissão), o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) – a famosa *troika* – no quadro do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (doravante abreviadamente designado por Memorando de Entendimento, Memorando da *Troika* ou simplesmente Memorando), assinado em 17 de maio de 2011. Nesse mesmo dia foi assinado também o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras que enquadra o acordo estabelecido com o FMI, naturalmente em coerência com o teor do aludido Memorando de Entendimento⁷.

pelos Decretos-Leis n.ºs 317/2009, de 30 de outubro, 52/2010, de 26 de maio, e 71/2010, de 18 de junho, pela Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de dezembro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, e pelos Decretos-Leis n.ºs 88/2011, de 20 de julho, e 119/2011, de 26 de dezembro.

2 Conforme resumo do artigo 1.º, n.º 1, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro.

3 Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 126/2008, de 21 de julho, 211-A/2008, de 3 de novembro, e 162/2009, de 20 de julho.

4 Diploma que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2011/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril, relativa ao saneamento e à liquidação de instituições de crédito.

5 Alterada pelos Decretos-Leis n.º 118/2001, de 17 de abril, 50/2004, de 10 de março, e 39/2007, de 20 de fevereiro.

6 De salientar que o Governador do Banco de Portugal também assinou o documento.

7 Note-se que existe ainda, em anexo ao Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, um Memorando de Entendimento Técnico, que define determinados conceitos utilizados naquele.

Os documentos em questão definem um programa de ajustamento financeiro e económico a observar por Portugal, durante um período de 3 anos, como contrapartida da concessão de um empréstimo global de 78 mil milhões de euros, a suportar pelo Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, pelo Fundo Europeu de Estabilização Financeira e pelo FMI, em partes iguais de 26 mil milhões cada.

O Memorando de Entendimento está dividido em sete grandes temas: (i) política orçamental; (ii) regulação e supervisão do setor financeiro; (iii) medidas orçamentais estruturais; (iv) mercado de trabalho e educação; (v) mercado de bens e serviços; (vi) mercado de habitação e (vii) condições de enquadramento⁸.

Como já tivemos ocasião de escrever⁹, as medidas na área da regulação e supervisão do setor financeiro¹⁰ desempenham um papel primordial na estratégia de ajustamento económico e financeiro incorporada no Memorando, o que não tem, aliás, nada de surpreendente, pois o fator imediato que levou ao pedido de assistência financeira externa foi justamente a incapacidade de o sistema bancário obter financiamento no exterior, ficando assim impossibilitado de assegurar as necessidades de financiamento do Estado português, o qual também, por sua vez, não conseguia financiar-se no mercado internacional a taxas de juro sustentáveis.

Entre os objetivos genéricos do Memorando contam-se, precisamente, a preservação da estabilidade do sistema financeiro, a manutenção da liquidez e o apoio a uma desalvancagem equilibrada e ordenada do setor bancário e o *reforço do enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito*.

Este último objetivo está condensado nos pontos 2.13. e 2.14. do Memorando. O ponto 2.13. estabelece que, até ao final de Novembro de 2011, “as autoridades alterarão a legislação sobre instituições de crédito, em consulta com a Comissão, o BCE e o FMI, para, entre outras, impor obrigações de reporte prévio”, baseadas em requisitos claros e com penalização do seu incumprimento. Aí se diz também que “o Banco de Portugal será autorizado a aplicar medidas corretivas para promover a implementação de um plano de

8 Para uma apreciação de alguns dos principais aspetos do Memorando da *Troika*, cf. AAVV, 2011: 15-67.

9 Cf. Santos, 2011: 47

10 Apesar de se aludir ao “setor financeiro”, trata-se, no essencial, de medidas que visam apenas o setor bancário.

recuperação” e que “as instituições de crédito com riscos sistémicos terão de preparar planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação sujeitos a revisão periódica”.

O ponto 2.14., por seu turno, refere que “as alterações introduzirão um regime de reestruturação e saneamento das instituições de crédito em dificuldades que lhes permita, sob controlo oficial, manter o exercício da atividade, para promover a estabilidade financeira e a proteção dos depositantes. O regime estabelecerá requisitos claros para a sua aplicação e os instrumentos de reestruturação ao dispor das autoridades deverão incluir a recapitalização sem direitos de preferência dos acionistas, de acordo com o enquadramento europeu relevante, a transferência de ativos e passivos para outras instituições de crédito e um *bridge-bank*”.

Por sua vez, o ponto 2.15. estabelece a obrigação de, até ao final de 2011, as autoridades reforçarem a legislação que regula o FGD e o FGCAM, em consulta com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI, salientando que “a função destes fundos será reexaminada para reforçar a proteção dos depositantes garantidos” e que os mesmos deverão “manter a possibilidade de financiar o saneamento de instituições de crédito em dificuldades e, em particular, de transferir os depósitos garantidos para outra instituição de crédito, mas não para as recapitalizar”. Sublinha-se que tal assistência financeira “terá como limite o montante dos depósitos garantidos que teriam de ser reembolsados em situação de liquidação” e que a mesma só deverá ser permitida “no caso de não prejudicar a capacidade dos Fundos exercerem a sua função principal”¹¹.

Como primeira nota, cumpre assinalar que a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, constituiu um passo essencial para o pleno cumprimento destes três pontos do programa de ajustamento, faltando ainda, no entanto, alguns instrumentos legislativos e regulamentares que são essenciais para tornar operativas as alterações introduzidas. Saliente-se também que o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, foi publicado muito antes do termo da autorização legislativa, cujo prazo foi fixado em 180 dias pelo artigo 13.º da Lei n.º 58/2011, de 28 de novembro¹².

11 De notar que no documento *Portugal – Programa de Assistência Financeira EU/FMI 2011-2014*, editado pelo Banco de Portugal em 2011, o cumprimento dos pontos 2.13., 2.14. e 2.15. do Memorando da *Troika* aparece diretamente conexionado – e bem – com o objetivo geral do programa de ajustamento de prosseguir a *estabilidade financeira* (cf. pp. 17 e 20).

12 No que diz respeito ao FGD e ao FGCAM, importa salientar também que através do Decreto-Lei n.º 119/2011, de 26 de dezembro, foi estabelecido, *de forma permanente*, em 100.000 euros o limite legal da

A propósito do programa de ajustamento acordado com a *troika*, tem-se dito, com frequência, que o mesmo seria tão completo e exaustivo que o seu cumprimento deixaria pouca ou nenhuma margem para discussão ou decisões autónomas. Cremos que o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, constitui uma prova de que não é assim. De facto, os pontos do programa de ajustamento a que aquele decreto-lei visa dar cumprimento *estão definidos em termos muito genéricos*, deixando, por isso, ao legislador português múltiplas hipóteses de concretização dos mesmos, muito embora, por força das circunstâncias, a execução do programa tenha necessariamente subjacente um quadro de negociação permanente.

Deste modo, o cumprimento de alguns dos objetivos traçados no Memorando, pelo menos em determinados casos, pode ser alcançado através de diferentes caminhos e soluções, o que constitui um motivo adicional para que a preparação da legislação que o executa não seja excluída do debate público.

No frenesim legislativo que o cumprimento do Memorando necessariamente implica, devemos evitar o erro de produzir legislação “para *troika* ver”. De facto, nas matérias da regulação e supervisão bancária, mais do que cumprir prazos ou alcançar formalmente determinados objetivos explicitados no Memorando, o que importa saber é se produzimos uma legislação de qualidade, verdadeiramente operativa, suficientemente ponderada, suscetível de resistir ao teste do tempo e, sobretudo, ao teste da sua aplicação. Se predominar uma lógica de cumprir calendário, em detrimento da ponderação que uma legislação desta complexidade necessariamente exige, podemos estar a criar, no futuro, problemas maiores do que aqueles que agora pretendemos resolver.

Contudo, longe de uma análise global das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, o objeto deste artigo centra-se na apreciação dos aspetos fundamentais da nova disciplina, designadamente das medidas mais inovadoras, como é o caso da consagração das medidas de resolução e da criação do Fundo de Resolução.

garantia do reembolso de depósitos constituídos nas instituições de crédito neles participantes, no caso de se verificar uma situação de indisponibilidade de depósitos. No auge da crise financeira resultante da falência do *Lehman Brothers*, e com o intuito de prevenir uma corrida aos bancos, esse limite havia já sido introduzido, *mas com carácter temporário* (até 31 de dezembro de 2011), pelo artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro. Carácter temporário que foi mantido pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho, que transpôs para o direito interno a Diretiva n.º 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, e que só foi eliminado, portanto, com o Decreto-Lei n.º 119/2011, de 26 de dezembro.

I. ASPETOS FUNDAMENTAIS DO NOVO REGIME DE RECUPERAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO EM DIFICULDADES

1. Considerações preliminares

Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012¹³, o regime do saneamento das instituições de crédito encontrava-se previsto no Título VIII do RGICSF, que integrava os artigos 139.º a 153.º¹⁴. Desde a sua entrada em vigor, em 1 de janeiro de 1993, sofrera apenas ligeiras alterações¹⁵. Ora, independentemente do Memorando, cremos que já há algum tempo que se justificava a revisão do regime relativo ao saneamento das instituições de crédito, pois as profundas alterações que entretanto se verificaram, a todos os níveis, na atividade bancária aconselhavam modificações. Por outro lado, a experiência da sua aplicação no caso do Banco Privado Português também permitiu colher ensinamentos suscetíveis de conduzir a aperfeiçoamentos legislativos. De todo o modo, importa sublinhar que o regime legal do saneamento tinha assinalável consistência e coerência interna e previa uma panóplia de instrumentos de intervenção que lhe davam flexibilidade e potencialidade para ser eficaz.

Não se caia, porém, na ilusão de pedir à legislação aquilo que ela não pode dar. Por mais perfeito que seja um regime jurídico, só por si nada pode fazer para salvar um banco se não for possível reunir as condições *económicas materiais*, seja no plano da obtenção de liquidez ou do reforço do capital, para fazer cessar o desequilíbrio financeiro.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 é muito importante para entender a disciplina jurídica que o mesmo consagra. Assim, partindo da constatação da insuficiência de mecanismos jurídicos e poderes de intervenção dos supervisores em instituições de crédito cuja situação financeira começa a exibir sinais de deterioração, assinala a necessidade de conferir às

13 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, não contém uma norma que expressamente fixe a data da sua entrada em vigor, o que é pouco habitual em diplomas desta importância. Consequentemente, entrou em vigor no quinto dia após a sua publicação, por força do disposto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro.

14 Tal regime era aplicável, com as necessárias adaptações, às sociedades financeiras, às empresas de investimento (com exceção das sociedades de consultoria para investimento e das sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral) e às sociedades gestoras de investimento mobiliário, por força do disposto, respetivamente, no artigo 198.º, n.º 1, no primeiro caso, e no artigo 199.º-B, n.º 1, nos restantes, ambos do RGICSF.

15 Sobre o regime do saneamento das instituições de crédito, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 953-956, e Athayde, Athayde & Athayde, 2009: 461-468.

autoridades de supervisão um alargado conjunto de poderes que privilegiem tipos de intervenção precoce, essencialmente de carácter preventivo, bem como instrumentos que permitam recuperar a instituição de crédito ou preparar a sua liquidação ordenada, de modo a salvaguardar o interesse essencial da estabilidade financeira.

Embora se invoquem os trabalhos em curso na Comissão Europeia visando a preparação de uma nova diretiva com o objetivo de harmonização no espaço comunitário de mecanismos aptos a recuperar instituições de crédito que se encontrem em graves dificuldades financeiras¹⁶, assume-se a opção de não esperar pela definição desse enquadramento comunitário, a exemplo do que sucedeu com alguns Estados-membros.

Compreende-se a opção tomada, tendo em conta a necessidade de cumprir o Memorando de Entendimento. Mas teria sido bom que a *troika* tivesse compreendido as vantagens que haveria em aguardar pela definição do mencionado enquadramento comunitário. De facto, quando este surgir novas alterações serão inevitáveis. Numa matéria tão importante, a estabilidade legislativa, que não é um valor de somenos, fica assim prejudicada. Convém que não se proceda com a legislação sobre regulação financeira como se tem procedido com a legislação fiscal, alvo de constantes alterações, sob pena de repercussões negativas no plano da sua eficácia.

O novo modelo de recuperação das instituições de crédito em dificuldades aposta – e bem – no reforço das medidas de carácter preventivo, como é notoriamente o caso da obrigatoriedade da elaboração por parte das instituições de planos de recuperação e de resolução a submeter ao Banco de Portugal, que os aprova e pode também solicitar a respetiva alteração. Conforme refere o preâmbulo, “esta obrigação visa assegurar uma adequada planificação prévia das medidas a tomar em caso de eventual necessidade de recuperação ou de resolução de uma instituição de crédito”, esperando-se que este instrumento dote “as instituições de crédito de maior e mais célere capacidade de reação em

16 Note-se a este respeito, com alguma estranheza, o facto de o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 30-A/2012 invocar sobre esta questão um mero *documento de trabalho* da Direção-Geral do Mercado Interno e Serviços da Comissão Europeia intitulado “*Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*” e não a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social, ao Comité das Regiões e ao Banco Central Europeu, de 20 de outubro de 2010, intitulada “*An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*” [COM (2010) 579 final], que está na sua origem. Esta matéria tem sido também discutida noutras instâncias, designadamente ao nível do G-20, aludindo o preâmbulo ao documento produzido pelo Conselho de Estabilidade Financeira, em outubro de 2011, intitulado “*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*”.

tempos de crise”, e permita ao Banco de Portugal “detetar constrangimentos de natureza legal, operacional ou de modelo de negócio, à adequada aplicação das medidas de resolução previstas, atuando, sendo o caso, em condições de melhor conhecimento da vida da instituição”.

Também no plano dos instrumentos preventivos, merece realce o facto de se ter ampliado o alcance do dever de comunicação ao Banco de Portugal de situações de dificuldade financeira que afetem as instituições, bem como do dever de participação de irregularidades.

Não se nega que o reforço da atuação preventiva pode trazer vantagens para uma supervisão financeira eficaz. A obrigatoriedade da apresentação de planos de recuperação e de resolução, por exemplo, terá, sem dúvida, utilidade, muito embora signifique uma sobrecarga, não negligenciável, de trabalho para as instituições. Mas convirá não depositar expectativas exageradas, pois, com frequência, as crises financeiras têm causas e efeitos que escapam à elaboração de planos de rotina.

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 conferem vastos poderes ao Banco de Portugal em múltiplos domínios. Não se pense, no entanto, que a eficácia da supervisão advirá, necessariamente, da pura e simples acumulação de poderes nos supervisores.

A este propósito convirá atentar nas conclusões do relatório final apresentado em 2011 pela Comissão Nacional sobre as Causas da Crise Financeira e Económica nos Estados Unidos (*Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*), que foi criada em 2009 pelo governo americano.

Trata-se de um relatório fundamental para compreender a crise, assente num trabalho notável, a vários títulos, e que constitui também um ótimo indicador da vitalidade da democracia americana, mas cuja análise transcende o objeto deste artigo.

Queremos tão só chamar a atenção para duas das suas conclusões. A primeira, sintomaticamente, é a de que a crise financeira *era evitável*. Se é verdade, sustenta a Comissão, que as crises inerentes aos ciclos da atividade económica não podem ser eliminadas, uma crise com a dimensão da que ocorreu não tinha necessariamente de existir. Entre outros factores, isso foi possível porque foram ignorados ou desvalorizados os diferentes sinais de alerta.

Por outro lado, quanto aos reguladores, a Comissão concluiu que o problema não residiu na falta de poderes para proteger o sistema financeiro. Pelo contrário, a Comissão considera que os reguladores tinham amplos poderes

em muitos domínios. O que aconteceu foi que pura e simplesmente não foram usados, como o Relatório demonstra com vários exemplos eloquentes.

Devemos, pois, ter consciência que, muitas vezes, a eficácia da ação dos reguladores, mais do que pelos poderes que legalmente lhe estão conferidos, se define pelo uso que deles se faz.

2. Os princípios gerais

O título VIII do RGICSF, composto pelos artigos 139.º a 153.ºA, passou a designar-se “Intervenção corretiva, administração provisória e resolução”, as três fases do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades¹⁷. A expressão “saneamento”, já com tradição entre nós, foi assim abandonada. Anote-se, quanto a questões terminológicas, que foi pena não se ter encontrado uma expressão alternativa a “resolução” ou “medidas de resolução” (expressão com um significado jurídico que não se adapta ao caso vertente), incorrendo-se numa tradução literal do termo inglês “resolution” ou “resolution measures”. Talvez, por exemplo, a expressão “reestruturação” ou “medidas de reestruturação” refletisse melhor o conceito em causa.

O título VIII é composto por cinco capítulos. O primeiro (artigos 139.º e 140.º¹⁸) versa os *princípios gerais* aplicáveis às três fases do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades, o segundo (artigos 141.º a 144.º) regula a *intervenção corretiva*, o terceiro (composto apenas pelo artigo 145.º) refere-se à *administração provisória*, o quarto (artigos 145.º-A

17 Nos termos do artigo 198.º, n.º 1, do RGICSF, “salvo o disposto em lei especial, é aplicável, com as necessárias adaptações, às sociedades financeiras e às sucursais estabelecidas em Portugal” o disposto nos capítulos I, II e IV do título VIII. Ou seja, o legislador excluiu da aplicação às sociedades financeiras a fase da administração provisória, mandando apenas aplicar os princípios gerais, as regras da intervenção corretiva e de resolução. Não é claro por que fica de fora, quanto às sociedades financeiras, a possibilidade de recurso à administração provisória e também não se percebe bem o motivo por que não há remissão para as disposições comuns contidas no capítulo V do título VIII. Esta remissão é válida também para as empresas de investimento, com exceção das sociedades de consultoria para investimento e das sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral, e para as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário (cf. artigo 199.º-B, n.º 1, do RGICSF). No entanto, quanto às empresas de investimento há que atentar no disposto no artigo 199.º-I, n.º 2, que estabelece que “sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 198.º, o capítulo III do título VIII é aplicável às empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A ou que estejam incluídas no mesmo perímetro de supervisão em base consolidada de uma instituição de crédito”. Refira-se, finalmente, que o artigo 153.º do RGICSF, sob a epígrafe “sucursais de instituições não comunitárias”, estatui que o disposto no capítulo VIII “é aplicável, com as devidas adaptações, às sucursais de instituições de crédito não compreendidas no artigo 48.º e às sucursais das instituições financeiras abrangidas pelo artigo 189.º que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A”, não estabelecendo qualquer restrição.

18 Sempre que mencionemos uma norma legal sem indicar o diploma em que consta é porque nos estamos a referir a uma norma do RGICSF.

a 145.º-O) prevê as *medidas de resolução* e o quinto (artigos 146.º a 153.º-A) intitula-se *disposições comuns*¹⁹.

Nos termos do artigo 139.º, n.º 1, as medidas previstas no título VIII podem ser adotadas pelo Banco de Portugal, a todo o tempo, “tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro”. A aplicação dessas medidas está sujeita aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro (cf. n.º 2 do citado artigo).

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, afirma-se que “os pressupostos de aplicação destas três fases de intervenção diferenciam-se em razão da gravidade do risco ou grau de incumprimento, por parte de uma instituição, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como da dimensão das respetivas consequências nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro”.

E bem assim que “a escolha da modalidade de intervenção e a adoção de uma ou mais das medidas concretas que as compõem ficará sujeita aos respetivos pressupostos de aplicação e aos princípios gerais da necessidade, adequação e proporcionalidade. Dentro destas balizas de atuação, caberá ao Banco de Portugal decidir em função do que melhor convier aos objetivos do reequilíbrio financeiro da instituição, da proteção dos depositantes, da estabilidade do sistema financeiro como um todo e da salvaguarda do erário público”.

19 A lógica deste último capítulo é a de agregar um conjunto de disposições de diferente natureza aplicáveis a todo o título VIII e, portanto, às três fases de intervenção que prevê. Sucede, porém, que o legislador não foi inteiramente coerente na expressão desse critério. Assim, o artigo 147.º estatui que “*Quando for adotada uma medida de resolução*, e enquanto ela durar, ficam suspensas, pelo prazo máximo de um ano, todas as execuções, incluindo as fiscais, contra a instituição, ou que abranjam os seus bens, sem exceção das que tenham por fim a cobrança de créditos com preferência ou privilégio, e são interrompidos os prazos de prescrição ou de caducidade oponíveis pela instituição” (itálico nosso), parecendo, portanto, que este preceito apenas se aplicaria no caso em que fossem adotadas medidas de resolução. Todavia, o n.º 13 do artigo 145.º estatui que “enquanto durar a administração provisória é também aplicável o disposto no artigo 147.º, com as necessárias adaptações”. Já quanto à fase da intervenção corretiva não existe nenhuma norma semelhante, pelo que nessa fase não se aplicará o regime do artigo 147.º. Refira-se ainda que o artigo 150.º estabelece que “o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 218.º do Código de Procedimento e Processo Tributário aplica-se, com as necessárias adaptações, *quando tenham lugar e enquanto decorram medidas de resolução*, competindo ao Banco de Portugal exercer a faculdade atribuída naquele artigo ao administrador judicial” (itálico nosso). Afigura-se-nos, pois, que não foi feliz a inserção sistemática destes artigos enquanto “disposições comuns”.

Apesar das aludidas três fases de intervenção, as medidas de recuperação de instituições em dificuldades não estão estruturadas rigidamente em torno das mesmas. Nem poderia ser de outro modo, sob pena de se comprometer a eficácia da atuação do Banco de Portugal, que deve por natureza ser flexível, adaptável às circunstâncias concretas de cada situação.

Por isso mesmo, o artigo 140.º do RGICSF estatui que na adoção das medidas o Banco de Portugal *não se encontra vinculado a observar qualquer relação de precedência, estando habilitado, de acordo com as exigências de cada situação e os princípios indicados no artigo 139.º, a combinar medidas de natureza diferente, sem prejuízo, em qualquer caso, da verificação dos respetivos pressupostos de aplicação.*

Assim, por exemplo, a nomeação de uma administração provisória não está dependente da prévia aplicação de medidas de intervenção corretiva e, por outro lado, não prejudica a aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção corretiva (cf. artigo 145.º, n.ºs 9 e 10).

Também a aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção corretiva e não prejudica a possibilidade de aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção corretiva (cf. artigo 145.º-C, n.ºs 4 e 5).

Um aspeto que importa também salientar é o facto de o legislador ter conferido “caráter urgente”, para efeito do Código do Procedimento Administrativo, às medidas adotadas pelo Banco de Portugal no âmbito das providências de recuperação de instituições em dificuldades. Com efeito, o artigo 146.º, n.º 1, estatui que “as decisões do Banco de Portugal adotadas ao abrigo do presente título são consideradas urgentes nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo, não havendo lugar a audiência prévia dos interessados (...)”. Todavia, se considerar que não existe o risco de que a execução ou a utilidade da decisão possa ficar comprometida, “o Banco de Portugal deve ouvir o órgão de administração da instituição e os acionistas que forem detentores de participações qualificadas, com dispensa de qualquer formalidade de notificação, sobre aspetos relevantes das decisões a adotar, no prazo, pela forma e através dos meios de comunicação que se mostrarem adequados à urgência da situação” (cf. n.º 2 do mesmo artigo).

Trata-se, quanto a nós, de uma boa solução legislativa, até porque a audiência dos interessados pode conduzir a efeitos perversos, suscetíveis de prejudicar

a eficácia de uma ação que, por norma, atendendo à delicadeza das matérias em causa, precisa de ser pronta e decisiva.

Como já sucedia antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, “não se aplica às instituições de crédito o regime geral relativo aos meios de recuperação de empresas e proteção de credores”, conforme dispõe o artigo 153.º-A, integrado no capítulo relativo às “disposições comuns”. Julgamos que tal preceito ficaria melhor inserido, do ponto de vista sistemático, no capítulo inicial, como antes acontecia (cf. o n.º 2 do antigo artigo 139.º).

Tratando-se de instituições de crédito que exerçam atividades de intermediação financeira, é dever do Banco de Portugal manter a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários informada das providências que tomar ao abrigo do título VIII do RGICSF ouvindo-a, sempre que possível, antes de decidir a aplicação das mesmas (cf. artigo 148.º).

Noutro plano, saliente-se que *antes* da decisão de aplicação de qualquer medida prevista no título VIII do RGICSF às filiais previstas no artigo 18.º (isto é, às filiais de instituições autorizadas no estrangeiro) *ou, não sendo possível, imediatamente depois*, o Banco de Portugal deve informar as autoridades competentes do país estrangeiro acerca das medidas adotadas (cf. artigo 151.º).

Finalmente, e como não poderia deixar de ser, atenta a sua diferente finalidade, sublinhe-se que a adoção de medidas ao abrigo do título VIII do RGICSF não obsta a que, em caso de infração, sejam aplicadas as sanções previstas na lei (cf. artigo 149.º).

3. A intervenção corretiva

Nos termos do artigo 141.º, n.º 1, do RGICSF, quando uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco de não cumprir, normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade, o Banco de Portugal pode determinar, no prazo que fixar, a aplicação de uma ou mais medidas corretivas.

Para efeitos da ponderação desse risco de incumprimento, o n.º 2 do mesmo artigo enuncia um conjunto, não taxativo, de circunstâncias²⁰, a saber: *(i)* risco de incumprimento dos níveis mínimos de adequação dos fundos próprios correspondentes ao rácio de solvabilidade e ao rácio *Core Tier 1*; *(ii)* dificuldades na situação de liquidez que possam pôr em risco o regular cumprimento das obrigações da instituição de crédito; *(iii)* o órgão de administração da institui-

²⁰ Circunstâncias essas cuja relevância o Banco de Portugal terá de apreciar à luz dos princípios gerais estabelecidos no artigo 139.º

ção de crédito ter deixado de oferecer garantias de gestão sã e prudente; *(iv)* a organização contabilística ou o sistema de controlo interno da instituição de crédito apresentarem insuficiências graves que não permitam avaliar devidamente a situação patrimonial da instituição.

O elenco de medidas de intervenção corretiva é muito vasto e diversificado quanto à sua tipologia. Com efeito, o artigo 141.º n.º 1, alínea *a)*, começa por remeter para as medidas corretivas previstas no artigo 116.º-C no âmbito dos poderes gerais de supervisão, ou seja:

- a)* Exigir que as instituições de crédito detenham fundos próprios superiores ao nível mínimo estabelecido;
- b)* Exigir o reforço das disposições, processos, mecanismos e estratégias criados para efeitos do governo da sociedade, controlo interno e auto-avaliação de riscos;
- c)* Exigir que as instituições de crédito apliquem uma política específica de constituição de provisões ou de tratamento de ativos em termos de requisitos de fundos próprios;
- d)* Restringir ou limitar as atividades, operações ou redes de balcões;
- e)* Exigir a redução do risco inerente às atividades, produtos e sistemas das instituições de crédito;
- f)* Exigir que as instituições de crédito limitem a remuneração variável em termos de percentagem dos lucros líquidos, quando essa remuneração não seja consentânea com a manutenção de uma base sólida de fundos próprios;
- g)* Exigir que as instituições de crédito utilizem os lucros líquidos para reforçar a base de fundos próprios.

A estas há que adicionar as seguintes:

- 1) Apresentação de um plano de reestruturação pela instituição em causa²¹;
- 2) Suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração ou de fiscalização da instituição, estando aqueles obrigados a fornecer todas as informações e a prestar a colaboração que lhes seja solicitada pelo Banco de Portugal;
- 3) Designação de uma comissão de fiscalização ou de um fiscal único²²;

21 A matéria referente ao plano de reestruturação está regulada no artigo 142.º do RGICSF.

22 Os contornos do exercício deste poder encontram-se regulados no artigo 143.º do RGICSF.

- 4) Restrições à concessão de crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de ativos, em especial no que respeite a operações realizadas com filiais, com entidade que seja a empresa-mãe da instituição ou com filiais desta, bem como com entidades sediadas em jurisdições *offshore*;
- 5) Restrições à receção de depósitos, em função das respetivas modalidades e da remuneração;
- 6) Imposição da constituição de provisões especiais;
- 7) Proibição ou limitação da distribuição de dividendos;
- 8) Sujeição de certas operações ou de certos atos à aprovação prévia do Banco de Portugal.
- 9) Imposição de reportes adicionais;
- 10) Apresentação de um plano de alteração das condições da dívida pela instituição em causa, para efeitos de negociação com os respetivos credores;
- 11) Realização de uma auditoria a toda ou a parte da atividade da instituição, por entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas da instituição;
- 12) Requerimento, a todo o tempo, da convocação da assembleia geral da instituição e a apresentação de propostas de deliberação.

Verificando-se que as medidas de intervenção corretiva aplicadas não permitiram recuperar a instituição de crédito, ou considerando-se que as mesmas seriam insuficientes, pode, alternativamente, o Banco de Portugal: *(i)* proceder à nomeação de uma administração provisória, nos termos do 145.º; *(ii)* aplicar uma medida de resolução, se tal for necessário para garantir o cumprimento das finalidades previstas no artigo 145.º-A e se estiverem reunidos os requisitos previstos no artigo 145.º-C, e *(iii)* revogar a autorização para o exercício da respetiva atividade, seguindo-se a liquidação da instituição.

Segundo o legislador, conforme assinala no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, “no que diz respeito à fase de intervenção corretiva, e dentro de uma preocupação de graduação e adaptação das medidas à maior ou menor gravidade das situações detetadas, o regime agora instituído preserva, no essencial, o conteúdo das medidas de saneamento anteriormente previstas no título VIII do RGICSF, antecipando contudo o momento em que podem ser aplicadas pelo Banco de Portugal”.

A ideia de que o regime da intervenção corretiva corresponde, no essencial, ao antigo regime do saneamento, aparentemente expressa nesta passagem do preâmbulo, não é, a nosso ver, inteiramente correta. Com efeito, o regime do saneamento, que não estava estruturado por “fases”, contemplava a possibilidade de nomeação de administradores provisórios (cf. o artigo 143.º do RGICSF na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 31-A/2012), podendo o Banco de Portugal, ao fazê-lo, “suspender, no todo ou em parte, o órgão de administração, o conselho geral e de supervisão e quaisquer outros órgãos com funções análogas” (cf. n.º 3 do mencionado artigo). Logo, as agora designadas medidas de intervenção corretiva ficam *aquém* das antigas “medidas de saneamento”, já que estas abarcavam, por exemplo, a possibilidade de nomeação de uma administração provisória, cujo regime consta do atual artigo 145.º do RGICSF, *mas fora do quadro da intervenção corretiva*.

As medidas de intervenção corretiva não contemplam a possibilidade de o Banco de Portugal dispensar a instituição, temporariamente, de cumprir pontualmente as suas obrigações. Tal medida está prevista, com a duração máxima de um ano, apenas nas situações de designação de uma administração provisória [cf. alínea *b*) do n.º 11 do artigo 145.º] ou de aplicação de uma medida de resolução, neste caso sem definição do período máximo de aplicação [cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 145.º-J]. Os termos genéricos da sua previsão conferem – e bem – ao Banco de Portugal grande latitude na definição dos seus exatos contornos.

A dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas é, evidentemente, uma medida bastante gravosa. Mas, em muitos casos, pode ser um instrumento fundamental para evitar uma corrida ao levantamento de depósitos e ao resgate antecipado de produtos que, inevitavelmente, conduziria ao *imediato* colapso da instituição, não deixando sequer tempo para tentar uma estratégia de recuperação. É verdade que no regime anterior essa medida surgia também como uma possibilidade associada à nomeação de administradores provisórios. Mas temos muitas dúvidas que, apesar de situadas no primeiro patamar da intervenção pública, a adoção de medidas de intervenção corretiva – que são o primeiro (e grave) sinal de que uma instituição está com problemas – possa prescindir da *possibilidade* de decretamento da suspensão temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, dada a importância crucial que tal medida pode ter para evitar um agravamento irreparável da situação da instituição.

4. A administração provisória

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/20112, “a fase de administração provisória corresponde a um nível mais intenso e mais visível de intervenção pública, visando a situações suscetíveis de colocar em risco sério o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição, ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro” e é “caraterizada pela possibilidade de o Banco de Portugal suspender o órgão de administração de uma instituição de crédito e nomear, na totalidade, os seus membros”. Na verdade, como já vimos, na fase de intervenção corretiva está prevista apenas *a suspensão ou substituição de um ou mais membros do órgão de administração* [cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 141.º] mas não se contempla a integral substituição da administração da instituição.

Os pressupostos de nomeação e o regime da administração provisória estão fixados, como já se referiu, no artigo 145.º. Assim, nos termos do aludido preceito, o Banco de Portugal pode determinar a suspensão do órgão de administração de uma instituição de crédito e nomear uma administração provisória, quando se verifique alguma das situações a seguir enunciadas, *que seja suscetível de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro*:

- a) Deteção de uma violação grave ou reiterada de normas legais ou regulamentares que disciplinem a atividade da instituição;
- b) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da existência de graves irregularidades na gestão da instituição;
- c) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da incapacidade dos acionistas ou dos membros do órgão de administração da instituição para assegurarem uma gestão sã e prudente ou para recuperarem financeiramente a instituição;
- d) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da existência de outras irregularidades que coloquem em sério risco os interesses dos depositantes e dos credores.

Para que o Banco de Portugal determine a suspensão do órgão de administração de uma instituição de crédito e nomeie uma administração provisória não basta, portanto, a mera verificação de uma das situações mencionadas nas alíneas *supra*. É preciso que essas situações *sejam suscetíveis de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro*.

Os membros da administração provisória são remunerados pela instituição e, para além dos poderes e deveres conferidos pela lei e pelos estatutos, têm ainda os seguintes:

- a) Vetar as deliberações dos restantes órgãos sociais da instituição;
- b) Revogar decisões anteriormente adotadas pelo órgão de administração da instituição;
- c) Convocar a assembleia geral da instituição e determinar a ordem do dia;
- d) Promover uma avaliação detalhada da situação patrimonial e financeira da instituição, de acordo com os pressupostos definidos pelo Banco de Portugal;
- e) Apresentar ao Banco de Portugal propostas para a recuperação financeira da instituição;
- f) Diligenciar no sentido da imediata correção de eventuais irregularidades anteriormente cometidas pelos órgãos sociais da instituição ou por algum dos seus membros;
- g) Adotar medidas que entendam convenientes no interesse dos depositantes e da instituição;
- h) Promover o acordo entre acionistas e credores da instituição relativamente a medidas que permitam a recuperação financeira da instituição, nomeadamente a renegociação das condições da dívida, a conversão de dívida em capital social, a redução do capital social para absorção de prejuízos, o aumento do capital social ou a alienação de parte da atividade a outra instituição autorizada para o seu exercício;
- i) Manter o Banco de Portugal informado sobre a sua atividade e sobre a gestão da instituição, nomeadamente através da elaboração de relatórios com a periodicidade definida por este;
- j) Observar as orientações genéricas e os objetivos estratégicos definidos pelo Banco de Portugal com vista ao desempenho das suas funções;
- k) Prestar todas as informações e a colaboração requerida pelo Banco de Portugal sobre quaisquer assuntos relacionados com a sua atividade e com a instituição.

O poder que mais avulta é o de vetar as deliberações dos restantes órgãos sociais da instituição, o qual não constitui novidade face ao regime anterior [cf. artigo 143.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3].

Como não poderia deixar de ser, por uma questão de coerência face às funções que exerce de controlo da idoneidade, designadamente, dos titulares

de cargos de administração em instituições de crédito, o Banco de Portugal, na designação dos membros da administração provisória, tem em conta critérios de idoneidade e experiência no exercício de funções no setor financeiro.

Por outro lado, o Banco de Portugal pode sujeitar à sua *aprovação prévia* certos atos a praticar pelos membros da administração provisória. Os membros da administração provisória exercem as suas funções pelo prazo que o Banco de Portugal determinar, no máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos, prazo máximo que corresponde ao da lei anterior.

A remuneração dos membros da administração provisória é fixada pelo Banco de Portugal, o qual pode, a qualquer momento, substituir os membros da administração provisória ou pôr termo às suas funções, se considerar existir motivo atendível.

Os membros da administração provisória são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

Além da dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas (a que já nos referimos), com a designação de uma administração provisória pode o Banco de Portugal igualmente nomear uma comissão de fiscalização ou um fiscal único, aplicando-se o disposto no artigo 143.º.

Sobre os membros do órgão de administração suspensos impende o dever de fornecer de imediato todas as informações e prestar a colaboração que lhes seja requerida pelo Banco de Portugal ou pelos novos membros do órgão de administração.

Finalmente, saliente-se que no âmbito de procedimentos cautelares que tenham por objeto a suspensão de deliberações tomadas pelos membros da administração provisória, presume-se, para todos os efeitos legais, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação. Trata-se de uma disposição que contribui para reforçar significativamente a eficácia da ação da administração provisória e, através dela, da ação do Banco de Portugal.

II. AS MEDIDAS DE RESOLUÇÃO E O PAPEL DO FUNDO DE RESOLUÇÃO

1. Enquadramento geral

A consagração legal das denominadas “medidas de resolução”, expressão terminológica que, conforme já referimos, se nos afigura pouco feliz, é, sem dúvida,

a inovação mais importante do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades.

Nos termos do artigo 145.º-A, as medidas de resolução são suscetíveis de ser aplicadas pelo Banco de Portugal às instituições de crédito sediadas em Portugal, com o objetivo de prosseguir qualquer das seguintes finalidades:

- a) Assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais;
- b) Acautelar o risco sistémico;
- c) Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público;
- d) Salvaguardar a confiança dos depositantes.

O legislador não nos fornece critérios para que possamos avaliar em que medida uma instituição de crédito, só por si, é indispensável para “assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais” (através de uma passagem do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 parece resultar que se estará a pensar, por exemplo, “na continuidade de funcionamento dos sistemas de pagamentos”) ou em que medida isso se autonomiza do acautelamento do risco sistémico, cuja proteção, aliás, como a crise financeira iniciada em 2007 demonstrou em inúmeras ocasiões, nos mais diversos países, se faz muitas vezes inevitavelmente à custa do erário público e, por consequência, dos contribuintes. Compreende-se a boa intenção, mas alguns destes objetivos podem, na prática, conflitar entre si.

Sob a epígrafe “princípio orientador da aplicação de medidas de resolução”, o artigo 145.º-B estatui, no seu n.º 1, que “na aplicação de medidas de resolução, procura assegurar-se que os acionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respetiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores”, norma que nos deixa algumas dúvidas quanto ao seu real alcance, pois o que estatui é o que, em situações deste tipo, normalmente tenderá a acontecer²³.

Quando uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução, se tal for indispensável para a prossecução de qualquer das finalidades previstas no artigo 145.º-A:

²³ Dessa assunção prioritária dos prejuízos excluem-se os credores titulares de depósitos garantidos pelo FGD (cf. n.º 2 do artigo 145.º-B).

- a) Alienação parcial ou total da atividade a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa;
- b) Transferência, parcial ou total, da atividade a um ou mais bancos de transição.

Em conexão com a consagração destas medidas, o legislador criou um novo fundo: o Fundo de Resolução, regulado no título VIII-A do RGICSF, compreendendo os artigos 153.º-B a 153.º-U.

2. A tipologia de medidas de resolução

2.1. A fase dita de resolução compreende, pois, a possibilidade de aplicação de dois tipos de medidas: (i) a alienação total ou parcial da atividade de uma instituição de crédito a outra ou outras instituições a operar no mercado e (ii) a transferência de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais ou ativos sob gestão para um banco de transição criado para o efeito.

Estas medidas estão reservadas para a eventualidade de uma instituição de crédito se encontrar em risco sério de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e não ser previsível que a mesma consiga, num prazo apropriado, executar as ações necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais.

O n.º 3 do artigo 145.º-C estatui que se considera, para efeito do desencadeamento de uma medida de resolução, que uma instituição de crédito está em risco sério de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade quando, entre outros factos atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das finalidades enunciadas no artigo 145.º-A, se verifique alguma das seguintes situações:

- a) A instituição de crédito tiver tido prejuízos ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo possa vir a ter prejuízos suscetíveis de consumir o respetivo capital social;
- b) Os ativos da instituição de crédito se tornem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respetivas obrigações;
- c) A instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar.

Quando o Banco de Portugal decidir aplicar uma medida de resolução ficam suspensos os membros dos órgãos de administração e de fiscalização da instituição de crédito em causa e, caso o Banco de Portugal o decida, o revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas a quem compete emitir a certificação legal de contas e que não integre o respetivo órgão de fiscalização. Trata-se, portanto, de um efeito que decorre *imperativamente* da adoção de uma medida de resolução, não estando na disponibilidade do Banco de Portugal.

A designação dos novos órgãos sociais cabe ao Banco de Portugal, nos termos previstos nos artigos 145.º-D e 145.º-E. Para além dos poderes e deveres que lhes são conferidos pela lei e pelos estatutos, os membros do órgão de administração têm, ainda, os seguintes:

- a) Os poderes e deveres previstos no n.º 2 do artigo 145.º;
- b) O poder de executar as decisões adotadas pelo Banco de Portugal ao abrigo dos artigos 145.º-F a 145.º-I, sem necessidade de obter o prévio consentimento dos acionistas da instituição de crédito.

2.2. A medida de resolução consistente na alienação, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito a uma ou mais instituições autorizadas a desenvolver a atividade em causa está regulada no artigo 145.º-F.

Para esse efeito, o Banco de Portugal convida os potenciais adquirentes a apresentarem propostas de aquisição, procurando assegurar, em termos adequados à celeridade imposta pelas circunstâncias, a transparência do processo e o tratamento equitativo dos interessados. Na seleção da instituição adquirente, o Banco de Portugal tem em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A.

Com vista à alienação, os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão selecionados pelo Banco de Portugal devem ser objeto de uma avaliação, reportada ao momento da alienação, realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito, utilizando uma metodologia de valorização baseada em condições de mercado e, subsidiariamente, no justo valor, a qual deve ter em conta o valor incorpóreo, positivo ou negativo, que da alienação resulte para a instituição adquirente.

O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, e pode convidar o FGD ou,

no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o FGCAM a cooperar no processo de alienação de depósitos garantidos, de acordo com o disposto, respetivamente, no artigo 167.º-A do RGICSF e no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro.

Quando o valor dos passivos alienados for superior ao valor dos ativos, os montantes dos apoios financeiros prestados para efeitos de compensar essa diferença constituem créditos do Fundo de Resolução, do FGD ou do FGCAM sobre a instituição de crédito alienante. Caso seja positivo, o produto da alienação reverte para a instituição de crédito alienante.

Após a alienação, deve ser garantida a continuidade das operações relacionadas com os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a alienar, nomeadamente:

- a) A instituição adquirente deve ser considerada, para todos os efeitos legais e contratuais, como sucessora nos direitos e obrigações transferidos da instituição de crédito alienante;
- b) A instituição de crédito alienante, bem como qualquer sociedade inserida no mesmo grupo e que lhe preste serviços no âmbito da atividade alienada, deve disponibilizar todas as informações solicitadas pela instituição adquirente, garantir a esta o acesso a sistemas de informação relacionados com a atividade alienada e, mediante remuneração acordada entre as partes, continuar a prestar os serviços que a instituição adquirente considere necessários para efeitos do regular desenvolvimento da atividade alienada.

A decisão que determine a alienação produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação. E não depende do prévio consentimento dos acionistas da instituição de crédito nem das partes em contratos relacionados com os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a alienar, não podendo constituir fundamento para o exercício de qualquer direito de vencimento antecipado estipulado nos contratos em causa.

Note-se também que, caso a contrapartida fixada no momento da alienação dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos não corresponda comprovadamente ao seu justo valor, a instituição adquirente pode, após autorização do Banco de Portugal, devolver esses ativos,

passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, procedendo-se ao correspondente acerto daquela contrapartida.

Em alternativa à devolução, pode o Banco de Portugal propor à instituição adquirente o pagamento do valor correspondente à diferença existente entre a contrapartida estipulada para a alienação e o justo valor dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão. Esse pagamento pode ser efetuado através da transferência para a instituição adquirente de novos ativos da instituição de crédito alienante ou de verbas provenientes do Fundo de Resolução, do FGD ou do FGCAM.

Se da alienação decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência, sem prejuízo das medidas que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade.

2.3. A segunda medida de resolução consiste na transferência, parcial ou total, da atividade de uma instituição de crédito para bancos de transição. Com o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 ficou assim consagrado no ordenamento jurídico português um quadro legal para o recurso a este tipo de instituições, utilizadas em vários países para lidar com crises bancárias, sob a designação de “bridge banks”.

Nos termos do artigo 145.º-G “o Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objetivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa”. Com a mesma finalidade, o Banco de Portugal pode ainda determinar a transferência, parcial ou total, dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de duas ou mais instituições de crédito incluídas no mesmo grupo para um ou mais bancos de transição.

O banco de transição é uma instituição de crédito com a natureza jurídica de banco, cujo capital social é totalmente detido pelo Fundo de Resolução. O seu capital social é realizado pelo Fundo de Resolução com recurso aos seus fundos. É constituído por deliberação do Banco de Portugal, que aprova os respetivos estatutos, não estando sujeito, por expressa exclusão da lei, a um processo de autorização (cf. artigo 145.º-G, n.º 5).

Após a deliberação do Banco de Portugal pela qual se constitui, o banco de transição fica autorizado a exercer as atividades previstas no n.º 1 do artigo 4.º do RGICSF, ou seja, todas as atividades permitidas aos bancos.

O banco de transição tem capital social não inferior ao mínimo previsto em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ouvido o Banco de Portugal, e cumpre as normas aplicáveis aos bancos.

Contudo, o banco de transição pode iniciar a sua atividade sem prévio cumprimento dos requisitos legais relacionados com o registo comercial e demais procedimentos formais previstos por lei, sem prejuízo do posterior cumprimento dos mesmos no mais breve prazo possível. Esta dispensa, ainda que temporária, do cumprimento da lei, afigura-se-nos algo excessiva, do ponto de vista dos princípios, e de duvidosa utilidade, do ponto de vista dos interesses.

Compete ao Banco de Portugal definir, por aviso, as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição. Por seu turno, o n.º 10 do artigo 145.º-G estatui que “o Código das Sociedades Comerciais é aplicável aos bancos de transição com as adaptações necessárias aos objetivos e à natureza destas instituições”, o que faz prefigurar muito e difícil trabalho para o intérprete.

Mas uma das disposições que nos causa mais estranheza neste novo regime é a que se contém no n.º 11 do artigo 145.º-G. Aí se diz que “compete ao Banco de Portugal, sob proposta da comissão diretiva do Fundo de Resolução, nomear os membros dos órgãos de administração e de fiscalização do banco de transição, *que devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição*” (itálico nosso).

Em primeiro lugar, cabe salientar que a comissão diretiva do Fundo de Resolução, entidade titular do capital do banco de transição, tem o direito de propor os membros dos órgãos de administração e de fiscalização daquele mas é o Banco de Portugal que tem o poder de os nomear, solução que se compreende, visto que o banco de transição é constituído por deliberação do Banco de Portugal, funcionando o Fundo de Resolução como um mero instrumento. Mas o que verdadeiramente surpreende é o inciso do preceito que estatui que esses membros devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição.

Através deste dever de obediência, estabelecido em termos tão genéricos e radicais, retira-se qualquer margem de autonomia à administração do banco

de transição face ao Banco de Portugal. Mais: tomada à letra, a redação da norma parece abarcar no dever de obediência o próprio órgão de fiscalização, interpretação que, evidentemente, tem de ser afastada.

Com esta norma, a responsabilidade própria da administração do banco de transição fica enfraquecida, o que não é um bom princípio.

De algum modo, o Banco de Portugal fica a gerir, por interposta administração, um banco que opera no mercado, e que pode ter uma duração de 5 anos. Mesmo atendendo à especialidade da situação e aos objetivos que estão em causa, é difícil aceitar que uma entidade que tem a função de regular e supervisionar o setor bancário seja ela própria responsável pela gestão de um banco.

Note-se, aliás, que embora, à partida, o banco de transição tenha uma duração limitada a dois anos, ela é prorrogável por períodos de um ano com base em fundadas razões de interesse público, nomeadamente se permanecerem riscos para a estabilidade financeira ou estiverem pendentes negociações com vista à alienação dos respetivos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob a sua gestão, *podendo atingir a duração máxima de cinco anos*.

O banco de transição deve obedecer, no desenvolvimento da sua atividade, a critérios de gestão que assegurem a manutenção de baixos níveis de risco.

A transferência, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos é comunicada à Autoridade da Concorrência, bem como a eventual prorrogação do prazo da sua duração, mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.

O artigo 145.º-H, que regula a matéria do património e financiamento do banco de transição, estatui que o Banco de Portugal seleciona os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição. O seu n.º 2 elenca várias limitações à transferência para o banco de transição de obrigações contraídas pela instituição de crédito originária.

Os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão selecionados para o banco de transição devem ser objeto de uma avaliação, reportada ao momento da transferência, realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito.

O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a conceder pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, para a criação e o desen-

volvimento da atividade do banco de transição, nomeadamente através da concessão de empréstimos ao banco de transição para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento de capital do banco de transição.

Tal como sucedia na medida de resolução consistente na alienação da atividade, o Banco de Portugal pode convidar o FGD ou, no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o FGCAM a cooperar no processo de transferência de depósitos garantidos para um banco de transição, de acordo com o disposto no artigo 167.º-A ou no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro, respetivamente.

O artigo 145.º-I regula a matéria da alienação do património do banco de transição. Como notas fundamentais, saliente-se que, sem prejuízo dos atos de disposição que caibam nos poderes de gestão da administração do banco de transição, o Banco de Portugal, quando considerar que se encontram reunidas as condições necessárias para alienar, parcial ou totalmente, os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão que tenham sido transferidos para o banco de transição, convida, assegurando a transparência do processo, outras instituições autorizadas a desenvolver a atividade em causa a apresentarem propostas de aquisição.

Na seleção da instituição adquirente, o Banco de Portugal tem em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A.

Nos termos do artigo 145.º-I, o produto da alienação deve ser prioritariamente afeto, em termos proporcionais, à devolução (*i*) ao Fundo de Resolução, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 6²⁴ do artigo 145.º-H, e (*ii*) ao FGD e ao FGCAM, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 7²⁵ do artigo 145.º-H.

Após a devolução desses montantes, o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação.

Uma vez alienada a totalidade dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o banco de transição e efetuada

24 A lei refere-se ao n.º 5 mas trata-se de uma manifesta gralha, pois é no n.º 6 do artigo 145.º-H que está previsto o apoio financeiro por parte do Fundo de Resolução.

25 Também aqui há uma gralha. A lei refere-se ao n.º 6 quando na realidade é ao n.º 7 que se quer referir, visto que é nesse preceito que está previsto o apoio do FGD e do FGCAM.

a afetação do produto da respetiva alienação, o banco de transição é dissolvido pelo Banco de Portugal.

Caso não seja possível alienar a totalidade dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o banco de transição, o Banco de Portugal pode decidir que este entre em liquidação, seguindo-se os termos aplicáveis à liquidação extrajudicial de instituições de crédito.

2.4. Cabe agora indagar o que sucede à instituição em dificuldades após a aplicação de uma medida de resolução. Nos termos do artigo 145.º-M se, após a aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal entender que se encontram asseguradas as finalidades previstas no artigo 145.º-A, e verificar que a instituição não cumpre os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, *pode revogar a autorização da instituição de crédito que tenha sido objeto da medida em causa*, seguindo-se o regime de liquidação previsto na lei aplicável. Este poder de revogar a autorização deve ser entendido, quanto a nós, como um poder-dever, pois se uma determinada instituição não consegue cumprir os requisitos para a manutenção da sua autorização, não se vê que haja outra solução que não seja a revogação da mesma.

Nada é dito quanto à possibilidade oposta, isto é, quanto à possibilidade de após a aplicação de medidas de resolução a instituição reunir condições para continuar a operar, talvez porque se tenha em vista que essa não será a situação mais comum.

No entanto, a aplicação de medidas de resolução não tem necessariamente que ser vista como a antecâmara da liquidação. Não é forçoso que assim seja. Podem existir situações em que a aplicação de medidas de resolução opere uma reestruturação que evite a liquidação da instituição.

Importa sublinhar também, noutro plano, que o artigo 145.º-N regula a questão dos meios contenciosos de reação contra as medidas de resolução em termos que protegem a eficácia da sua adoção e, nessa medida, protegem o interesse público, mas ao mesmo tempo não deixa de garantir, em caso de violação de lei, as compensações indemnizatórias devidas aos lesados. O pagamento das indemnizações é suportado pelo Fundo de Resolução, salvo nos casos em que o Banco de Portugal responda civilmente por facto ilícito.

Uma nota ainda para sublinhar que o legislador regulou expressamente, no artigo 145.º-L, a importante questão dos efeitos da aplicação de medidas de resolução relativamente às convenções de compensação e de novação.

3. O papel e o regime jurídico do Fundo de Resolução

O Fundo de Resolução criado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 é um instrumento fundamental para a aplicação das medidas de resolução e constitui uma das mais importantes novidades do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades.

O Fundo de Resolução é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira. Tem sede em Lisboa e funciona junto do Banco de Portugal, a quem compete assegurar os serviços técnicos e administrativos indispensáveis ao seu bom funcionamento. Rege-se pelo RGICSF, pelos seus regulamentos e, subsidiariamente, pela lei-quadro dos institutos públicos, tendo, portanto, a natureza de instituto público. Nos termos do artigo 153.º-U, o membro do Governo responsável pela área das finanças aprova, por portaria e sob proposta da comissão diretiva, ouvido o Banco de Portugal, os regulamentos necessários à atividade do Fundo de Resolução.

A sua conceção é, pois, claramente inspirada no FGD²⁶ e no FGCAM, fundos que também funcionam junto do Banco de Portugal e têm a natureza de institutos públicos.

O Fundo de Resolução tem por objeto *prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal* e desempenhar todas as demais funções que lhe sejam conferidas pela lei no âmbito da execução de tais medidas.

Na descrição que fizemos acima, já vimos os diferentes aspetos em que esse apoio se pode traduzir. Assim, o Fundo de Resolução pode ser chamado a prestar auxílio financeiro, em montante a definir pelo Banco de Portugal, para facilitar a alienação, parcial ou total, da atividade de uma instituição de crédito (cf. artigo 145.º-F, n.º 6).

Mas é no quadro da medida de resolução consistente na transferência, parcial ou total, da atividade da instituição para um banco de transição que a ação do Fundo de Resolução é mais importante.

Assim, o capital social do banco de transição é totalmente detido pelo Fundo de Resolução, que o realiza com base nos seus recursos (cf. artigo 145.º-G, n.ºs 3 e 4). É a comissão diretiva do Fundo de Resolução que propõe ao Banco de Portugal os membros a nomear para os órgãos de administração e de fiscalização do banco de transição.

26 Sobre o FGD, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 961-965, Athayde, Athayde & Athayde, 2009: 455-459, e Costa Pina, 2005: 290-294.

Caso seja necessário, o Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro *a conceder pelo Fundo de Resolução para a criação e o desenvolvimento da atividade do banco de transição*, nomeadamente através de empréstimos para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento do capital do banco de transição (cf. n.º 6 do artigo 145.º-H).

Participam obrigatoriamente no Fundo:

- a) As instituições de crédito com sede em Portugal;
- b) As empresas de investimento previstas no n.º 2 do artigo 199.º-I, ou seja, que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A²⁷;
- c) As sucursais de instituições de crédito não compreendidas no artigo 48.º, ou seja, autorizadas em Estados não membros da União Europeia;
- d) As sucursais das instituições financeiras abrangidas pelo artigo 189.º e que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A;
- e) As sociedades relevantes para sistemas de pagamentos sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

Ficam dispensadas de participar no Fundo de Resolução as caixas de crédito agrícola mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e que, portanto, participam no FGCAM.

O Fundo é gerido por uma comissão diretiva composta por três membros:

- a) Um membro do conselho de administração do Banco de Portugal, por este designado, que preside;
- b) Um membro designado pelo membro do Governo responsável pela área das finanças;
- c) Um membro designado por acordo entre o Banco de Portugal e o membro do Governo responsável pela área das finanças.

As deliberações da comissão diretiva são tomadas por maioria dos votos dos membros presentes nas reuniões, cabendo ao presidente voto de qualidade.

27 Isto é, a execução de ordens por conta de clientes e a negociação por conta própria, num caso e noutro, relativas a um ou mais instrumentos financeiros abarcados pelo disposto no artigo 199.º-A, 3.º. A razão da obrigatoriedade da participação radica na possibilidade de estas empresas de investimento, como já vimos (cf. nota n.º 17), serem passíveis de aplicação de medidas de resolução.

O Fundo obriga-se pela assinatura de dois membros da comissão diretiva. Os membros da comissão diretiva exercem as suas funções (sem direito a remuneração) por mandatos de três anos, renováveis até ao máximo de quatro mandatos, podendo acumular as suas funções com quaisquer outras, públicas ou privadas, desde que autorizados para o efeito no ato de nomeação.

O Fundo dispõe dos seguintes recursos:

- a)* Receitas provenientes da contribuição sobre o setor bancário;
- b)* Contribuições iniciais das instituições participantes;
- c)* Contribuições periódicas das instituições participantes;
- d)* Importâncias provenientes de empréstimos²⁸;
- e)* Rendimentos da aplicação de recursos;
- f)* Liberalidades;
- g)* Quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que por lei ou contrato lhe sejam atribuídos.

Como primeira nota, refira-se que a circunstância de se incluir entre as receitas do Fundo de Resolução as provenientes da contribuição sobre o setor bancário, criada, como contribuição extraordinária, pelo artigo 141.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011), e prorrogada pelo artigo 182.º, n.º 1, da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2012)²⁹, lança a dúvida sobre se essa contribuição não irá ganhar caráter duradouro, perdendo, portanto, a sua natureza extraordinária.

Note-se, noutro plano, que o n.º 2 do artigo 182.º da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de dezembro, deu nova redação à alínea *a)* do artigo 3.º do regime que criou a referida contribuição, preceito que define a incidência objetiva da contribuição.

Os sujeitos passivos da contribuição sobre o setor bancário são:

- a)* As instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em território português;
- b)* As filiais em Portugal de instituições de crédito que não tenham a sua sede principal e efetiva da administração em território português;

28 Que não podem ser concedidos pelo Banco de Portugal.

29 A contribuição sobre o setor bancário está regulamentada pela Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de março.

- c) As sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede principal e efetiva fora da União Europeia³⁰.

Quanto à incidência objetiva, a contribuição sobre o setor bancário incide sobre:

- a) O passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos deduzido dos fundos próprios de base (*Tier 1*) e complementares (*Tier 2*), dos depósitos abrangidos pelo FGD e pelo FGCAM³¹, e dos depósitos na Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo constituídos por caixas agrícolas pertencentes ao Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, ao abrigo do artigo 72.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola³²;
- b) O valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos.

A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea *a)* *supra* varia entre 0,01% e 0,05% em função do valor apurado. A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea *b)* *supra* varia entre 0,00010% e 0,00020% em função do valor apurado.

As instituições participantes entregam ao Fundo de Resolução uma *contribuição inicial* cujo valor é fixado em diploma próprio, sob proposta da comissão diretiva do Fundo, no prazo de 30 dias a contar do registo do início da sua atividade³³.

30 Para efeitos do disposto no artigo 2.º do regime da contribuição sobre o setor bancário, consideram-se instituições de crédito, filiais e sucursais as definidas, respetivamente, no artigo 2.º e nos n.ºs 1 e 5 do artigo 13.º do RGICSF (cf. n.º 2 desse mesmo artigo).

31 Note-se que os depósitos abrangidos pelo FGD e pelo FGCAM relevam apenas na medida do montante efetivamente coberto por esses fundos (cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea c), da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, na redação que lhe foi dada pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de março).

32 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 230/95, de 12 de setembro, 320/97, de 25 de novembro, 102/99, de 31 de março, 201/2002, de 26 de setembro, 76-A/2006, de 29 de março, e 142/2009, de 16 de junho.

33 Saliente-se, a este respeito, a norma transitória constante do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 que dispõe o seguinte: "As instituições participantes do Fundo de Resolução que já se encontrem autorizadas pelo Banco de Portugal na data da entrada em vigor do presente diploma entregam ao Fundo uma contribuição inicial cujo valor e prazo de pagamento é fixado no diploma a que se refere o n.º 1 do artigo 153.º-G do RGICSF".

Para além das contribuições iniciais, as instituições participantes estão também obrigadas a fazer *contribuições periódicas*. Assim, as instituições participantes entregam ao Fundo de Resolução, até ao último dia útil do mês de abril, uma contribuição anual cujo valor é fixado em diploma próprio.

Se as caixas de crédito agrícola mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo estão dispensadas de contribuir para o Fundo de Resolução (cf. artigo 153.º-D, n.º 2), o mesmo já não sucede, compreensivelmente, com a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, cuja contribuição anual deve ter por referência a situação financeira consolidada do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo.

Sob a epígrafe “recursos financeiros complementares do Fundo de Resolução”, o artigo 153.º-I prevê a possibilidade de realização de *contribuições especiais*. Se os recursos do Fundo se mostrarem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações, pode ser determinado por diploma próprio que as instituições participantes efetuem contribuições especiais, e definir os montantes, prestações, prazos e demais termos dessas contribuições. Note-se que, nos termos do mesmo diploma, uma instituição participante pode não ser obrigada a efetuar contribuições especiais, com fundamento na sua situação de solvabilidade (cf. artigo 153.º-I, n.º 2).

A estes recursos, poderão ainda acrescer, excecionalmente, contribuições adicionais do Estado para o Fundo, nomeadamente sob a forma de empréstimos ou prestação de garantias (cf. artigo 153.º-J). Além disso, por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças pode ser determinado que as instituições participantes disponibilizem garantias, pessoais ou reais, necessárias à viabilização de empréstimos a contrair pelo Fundo (cf. artigo 153.º-L).

O Fundo disponibiliza os recursos determinados pelo Banco de Portugal para efeitos da aplicação de medidas de resolução, ficando com um direito de crédito sobre a instituição participante que seja objeto da medida de resolução, no montante correspondente a esses recursos e beneficiando dos privilégios creditórios previstos no n.º 3 do artigo 166.º-A³⁴.

34 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 introduziu privilégios creditórios para os créditos por depósitos abrangidos pela garantia dos fundos de garantia de depósitos, bem como para os créditos titulados pelo FGD, pelo FGCAM ou pelo Fundo de Resolução decorrentes do eventual apoio financeiro que estas instituições venham a prestar no âmbito da aplicação de medidas de resolução, no quadro dos limites legais aplicáveis a cada uma delas (cf. artigo 166.º-A).

O Fundo aplica os recursos disponíveis em operações financeiras, mediante plano de aplicações acordado com o Banco de Portugal.

Quanto às despesas do Fundo de Resolução, o artigo 153.º-O estatui que constituem despesas do Fundo *(i)* os valores a pagar no âmbito do apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução pelo Banco de Portugal e *(ii)* os encargos administrativos e operacionais decorrentes da aplicação de medidas de resolução.

A fiscalização da ação do Fundo de Resolução compete ao Conselho de Auditoria do Banco de Portugal, que acompanha a sua atividade, zela pelo cumprimento das leis e regulamentos e emite parecer acerca das contas anuais.

Por último, refira-se que, até 31 de março de cada ano, o Fundo apresenta ao membro do Governo responsável pela área das finanças, para aprovação, relatório e contas referidos a 31 de dezembro do ano anterior, acompanhados do parecer do Conselho de Auditoria do Banco de Portugal.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicação do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, permitiu cumprir alguns compromissos constantes do Memorando de Entendimento assinado com a *troika*. Independentemente disso, existia uma real necessidade de alterar o regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades. Trata-se, como tivemos ocasião de dizer logo no início, de um diploma da maior importância, pois introduziu importantes modificações na regulação bancária em Portugal. Este novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades é, em larga medida, inovador, mas também complexo e recheado de consequências a diversos níveis.

Porém, só o decurso do tempo e, sobretudo, o decisivo teste da sua aplicação, permitirão concluir se os seus objetivos foram efetivamente alcançados.

Como vimos, os poderes do Banco de Portugal foram muito significativamente reforçados e a sua utilização é delimitada, na maior parte dos casos, por *critérios bastante gerais*, o que significa um enorme poder e uma não menor responsabilidade.

Ao longo deste artigo já expressámos algumas críticas e dúvidas quanto a determinadas soluções do legislador. A título de mero exemplo, sublinhe-se o facto de o Banco de Portugal se assumir, *de facto*, como o administrador do banco de transição, solução que, salvo melhor opinião, temos por indesejável, pois uma entidade reguladora não deve aparecer também como um *player*

no mercado, ainda que a título transitório (que mesmo assim pode ir até um período de 5 anos)³⁵.

Não excluimos, por outro lado, que nos casos em que haja lugar à aplicação de medidas de resolução e a instituição seja liquidada se venham a colocar problemas jurídicos complexos quanto à observância do princípio do igual tratamento dos credores. Diríamos mesmo que tudo o que se relaciona com a aplicação das medidas de resolução irá constituir um verdadeiro paraíso experimental para os juristas e daí que compreendamos perfeitamente as cautelas do legislador quanto aos efeitos da impugnação de determinados atos jurídicos, visando desse modo reforçar a eficácia da ação dos poderes públicos, neste caso personalizados no Banco de Portugal.

Há que aguardar também, como salientámos acima, pela definição do enquadramento comunitário que está em preparação sobre esta matéria e que, seguramente, constituirá um novo fator de reflexão sobre todas estas questões. Seja como for, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 são um marco na evolução em Portugal do regime de recuperação de instituições de crédito em situação de desequilíbrio financeiro.

BIBLIOGRAFIA

AAVV

2011 “O Memorando da *Troika* em Análise”, *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, ano IV, n.º 2, Verão, pp. 15-67.

ATHAYDE, Augusto de, ATHAYDE, Augusto Albuquerque de & ATHAYDE, Duarte de 2009 *Curso de Direito Bancário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA PINA, Carlos

2005 *Instituições e Mercados Financeiros*, Coimbra: Almedina.

35 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 revê também o regime de liquidação das instituições de crédito, introduzindo diversas alterações no Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro, matéria cuja análise escapa ao objeto deste artigo. Ainda assim, sempre diremos que, atentas as suas profundas especificidades face às empresas comuns, o regime legal especial deveria regular o *mais exhaustivamente possível* a liquidação de instituições de crédito, aplicando-se o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas subsidiariamente, *mas de forma muito mais pontual* e não, como sucede, quase como regra, com recurso à menção das “necessárias adaptações”, sempre geradora de alguma insegurança jurídica. Por outro lado, o facto de com o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 se ter “enxertado” num procedimento de liquidação que é judicial uma fase dita de “procedimento pré-judicial de liquidação”, de natureza administrativa, constitui, quanto a nós, um fator de incoerência e indesejável complexificação do sistema, que irá certamente levantar questões jurídicas muito difíceis, designadamente quanto ao tratamento dos credores, potenciando, pois, a conflitualidade jurídica.

FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION

2011 *Final Report of the National Commission on the Causes of The Financial and Economic Crisis in the United States, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.*

MENEZES CORDEIRO, António

2010 *Manual de Direito Bancário, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.*

SANTOS, Luís Máximo dos

2011 “Regulação e Supervisão do Sector Financeiro e Sistema Judicial”, *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, ano IV, n.º 2, Verão, pp. 47–57.

AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES DA CMVM NO ÂMBITO DA LUTA CONTRA A CRIMINALIDADE FINANCEIRA: NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR*

Ana Pascoal Curado

ABSTRACT: *One of the solutions found by modern states in relation to the struggle against financial crime has consisted in providing the financial regulators with the necessary abilities to trace it. In Portugal, a preliminary inquiry has been legally created to be conducted by the Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (the equivalent to the U. S. Securities and Exchange Commission). This paper intends to find out the legal nature of this proceedings and analyse the application of the nemo tenetur se ipsum accusare principle during its course.*

SUMÁRIO: Introdução. I. A necessidade de tutela sancionatória do mercado dos valores mobiliários – Um modelo assente no regime do ilícito de mera ordenação social. II. Direito Comparado. 1. No Direito italiano. 2. No Direito britânico. 3. No Direito norte-americano. 4. No Direito espanhol. III. As averiguações preliminares incluídas nos poderes de supervisão da CMVM. IV. Natureza jurídica das averiguações preliminares. 1. Notas introdutórias e colocação do problema. 2. Das investigações preliminares. 3. Conclusão sobre a natureza administrativa das averiguações preliminares. V. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e a sua eventual aplicação no contexto das averiguações preliminares. 1. Notas introdutórias sobre o princípio *nemo tenetur*. 2. Aplicação do princípio *nemo tenetur* ao processo de averiguações preliminares. a) O conflito entre o princípio *nemo tenetur* e os deveres de colaboração das entidades supervisionadas. b) O âmbito material de aplicação do princípio *nemo tenetur* em sede averiguações preliminares. Conclusões gerais.

INTRODUÇÃO

A criminalidade financeira constitui um fenómeno com contornos cada vez mais preocupantes. As consequências nefastas desta criminalidade chegam, as mais das vezes, a assumir dimensão internacional, pelo que urge incentivar

uma luta contra a mesma e uma procura de soluções que se coadunem com as características particulares destes crimes.

O combate a esta nova criminalidade tem constituído uma das preocupações dos Estados modernos e das autoridades reguladoras dos respetivos mercados, fomentando-se um envolvimento de várias entidades e a criação de novas formas de detetar os indícios desta que é uma criminalidade sofisticada, dotada de uma enorme complexidade e que conta com a colaboração de profissionais especializados, profundamente conhecedores dos intrincados mecanismos que caracterizam o funcionamento do mercado em causa.

O processo de averiguações preliminares da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante, “CMVM”) foi, precisamente, criado com o intuito de facilitar a obtenção de uma notícia de crime contra o mercado. A sua utilidade como meio para combater a criminalidade financeira torna-se manifesta quando nos lembramos dos especiais conhecimentos que a CMVM detém sobre o mercado em causa, bem como dos meios técnicos que a mesma possui, os quais levam a que a mesma tenha uma maior facilidade em encontrar os indícios da prática de crimes.

No entanto, quando confrontados com este processo de averiguações preliminares, surge a dúvida: será a sua natureza penal ou administrativa?

Este processo entronca ainda nos poderes de supervisão da autoridade reguladora?

Tendo as entidades supervisionadas um dever de cooperação com a CMVM, não poderão as mesmas, ao cumprir esse dever, estar a contribuir com grande parte das provas que irão ser usadas contra si num posterior processo penal? Até onde vai o dever de colaboração das empresas e onde se inicia o âmbito do seu direito à não autoincriminação?

Pretendemos responder às questões acima colocadas, bem como apresentar uma análise do Direito Comparado nesta matéria.

I. A NECESSIDADE DE TUTELA SANCIONATÓRIA DO MERCADO DOS VALORES MOBILIÁRIOS – UM MODELO ASSENTE NO REGIME DO ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

Na segunda parte do século XX, dado o “crescente gigantismo industrial e financeiro”¹ verificado, os Estados, ainda que vocacionados para uma atuação político-económica mínima, depararam-se com a necessidade de criação de

¹ Costa Pinto, 2000b: 92.

mecanismos de intervenção e tutela dos valores fundamentais do mercado. Com efeito, e no que respeita ao mercado dos valores mobiliários, as economias da sociedade pós-industrial têm revelado a existência de riscos para os investidores, para as empresas e até para os sistemas económicos,² merecendo os mesmos uma resposta dos Estados no sentido da proteção dos mercados e da promoção do seu funcionamento em condições de segurança e estabilidade. O mercado financeiro é hoje, reconhecidamente, uma “área de risco por excelência.”³

Sobretudo nas últimas décadas, fenómenos como a criminalidade financeira têm assumido contornos alarmantes, nomeadamente pelo facto de terem adquirido uma dimensão à escala global.

A criminalidade financeira tem importantes consequências na confiança dos investidores e no funcionamento do mercado dos valores mobiliários, razões pelas quais tem sido objeto da atenção de numerosos estudiosos, bem como do legislador, que tem procurado criar mecanismos que permitam uma resposta mais eficiente a este fenómeno. Na verdade, muitas são as peculiaridades deste tipo de criminalidade, caracterizado pela inexistência de uma “conflitualidade exposta entre agente do crime e vítima”, e pela reduzida visibilidade das condutas. Ademais, “muitas vezes, as próprias partes estabelecem relações de cumplicidade e de solidariedade contra a devassa e a intromissão das instâncias formais de controlo”.⁴

O merecimento de tutela sancionatória por parte dos valores de estabilidade, eficiência, profundidade e liquidez no âmbito do mercado dos valores mobiliários tem como fundamento, antes de mais, o reconhecimento, por parte da nossa Lei Fundamental, do importante papel do sistema financeiro (v. art. 101.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)) ao nível da proteção das poupanças dos cidadãos e da promoção do desenvolvimento económico e social do país.⁵ De facto, o sistema financeiro permite, entre outros aspetos, a “diversificação das fontes de financiamento das empresas, a aplicação das poupanças das famílias [e] a gestão de mecanismos de cobertura de risco de atividades e de investimentos”.⁶

2 *Ibidem*.

3 Sousa Mendes & Miranda, 2005: 192.

4 Fonseca, 2010: 97.

5 Paz Ferreira, 2005: 436.

6 Costa Pinto, 2000a: 17.

É, assim, este fundamento constitucional que legitima a atuação da CMVM, nomeadamente ao nível das averiguações preliminares.

Este artigo da nossa Lei Fundamental deixa, no entanto, ao legislador a difícil tarefa de conformar o equilíbrio entre os vários bens jurídicos e interesses em causa, estabelecendo as concretas formas de intervenção das autoridades administrativas em causa.⁷

Acrescente-se ainda que, nos termos do art. 81.º, alínea *f*), da CRP, estabelece-se o “funcionamento eficiente dos mercados” como uma das incumbências prioritárias do Estado, pelo que se torna evidente que este é um tema caro ao legislador constitucional pela sua importância, tanto na prossecução de interesses económicos dos particulares, como no desenvolvimento económico do país.

Aquando da reforma jurídico-económica do mercado dos valores mobiliários em Portugal de 1991 (através da publicação do Código do Mercado dos Valores Mobiliários, doravante designado por “CdMVM”⁸), foi criada uma “estrutura infracional dualista”⁹ que se baseava na distinção entre as infrações a “deveres cujo acatamento se revela necessário para garantir o funcionamento correto e adequado do mercado” (infrações punidas como contraordenações) e os comportamentos com um “nível de danosidade mais intenso e intolerável” por agredirem bens jurídicos essenciais à organização, estrutura e funcionamento deste setor do mercado dos valores mobiliários, os quais mereceriam a tutela do direito penal.^{10/11}

Contudo, o legislador tomou uma clara opção “pelo regime das contraordenações como modelo central de tutela dos mercados de valores mobiliários”,¹² classificando a grande maioria dos comportamentos ilícitos como contraordenações e reservando “a tutela penal para uma intervenção de *ultima ratio*”,

7 Catarino, 2010: 281.

8 O CdMVM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de abril, o qual, no seu preâmbulo, contém uma explicação pormenorizada das modificações subjacentes à reforma de 1991.

9 Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2009: 10.

10 É interessante notar que, diversamente do nosso sistema jurídico, que utiliza, também no âmbito dos crimes contra o mercado, a técnica legislativa tradicional de descrição exaustiva das condutas típicas que se incluem nesses ilícitos, o legislador britânico limita-se a esclarecer quais os princípios suscetíveis de violação, competindo posteriormente ao tribunal, analisar se o comportamento em causa viola o princípio em questão. Neste sentido, veja-se Gageiro, 2009: 49.

11 Com um interessante estudo dos processos penais em que se investigaram crimes contra o mercado dos valores mobiliários entre 1992 e 1998, veja-se Pedroso & Verdelho, 1998.

12 Costa Pinto, 1999a: 287.

assim se dando cumprimento ao princípio da subsidiariedade da tutela penal (art. 18.º, n.º 2, da CRP).¹³

O Código dos Valores Mobiliários, aprovado em 1999 (doravante, “CdVM”),¹⁴ manteve o essencial do modelo que vimos descrevendo, continuando a tipificar grande parte dos comportamentos proibidos como ilícitos contraordenacionais, e não como ilícitos criminais. Criou-se também o regime das averiguações preliminares como o conhecemos atualmente.¹⁵

Subjacente ao regime das averiguações preliminares constante do CdVM e previsto nos artigos 383.º a 387.º do mesmo encontra-se a ideia de encontrar respostas rápidas e adequadas ao fenómeno criminal do *white collar crime*.¹⁶ Na verdade, através deste processo, uma vez obtido o conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado (designadamente, abuso de informação privilegiada ou manipulação do mercado) por parte da CMVM, esta entidade desenvolve um conjunto de diligências no intuito de confirmar a existência de uma notícia de crime e, nesse caso, remeter os elementos ao Ministério Público para que o mesmo abra o competente processo penal.¹⁷

Como bem realça Luís Guilherme Catarino, “[o] sistema criminal estadual encontra-se pensado para a perseguição de atos passados e não para a monitorização de comportamentos continuados, que não têm lesados específicos e que não podem estar dependentes de queixa de uma vítima concreta”.¹⁸

13 Para uma explicação pormenorizada das razões subjacentes à opção por uma tutela baseada no ilícito de mera ordenação social, veja-se Costa Pinto, 1999a: 287 ss.

14 O CdVM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99 de 13 de novembro e contém atualmente as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 61/2002, de 20 de março, 38/2003, de 8 de março, 107/2003, de 4 de junho, 183/2003, de 19 de agosto, 66/2004, de 24 de março, 52/2006 de 15 de março (retificado pela Declaração de Retificação n.º 21/2006 de 30 de março), 219/2006, de 2 de novembro, 357-A/2007, de 31 de outubro, 211-A/2008, de 3 de novembro, Lei n.º 28/2009, de 19 de junho, Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de maio, Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de maio, Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de junho, Lei n.º 46/2011, de 24 de junho e Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de junho.

15 Para uma análise da evolução histórica do processo de averiguações preliminares, veja-se a nossa Dissertação de Mestrado, intitulada “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: regime jurídico e questões inerentes”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa a 16 de março de 2012, e que serviu de base ao presente artigo.

16 Fonseca, 2010: 115.

17 Para um estudo pormenorizado do regime jurídico das averiguações preliminares, veja-se a nossa Dissertação de Mestrado, intitulada “As averiguações preliminares da CMVM na luta contra a criminalidade financeira – regime jurídico e questões inerentes” (cfr. nota 15).

18 Catarino, 2010: 449.

No caso dos crimes contra o mercado, estamos perante atividades que necessitam de um controlo permanente e proativo e que justificam uma intrusão da CMVM na esfera privada das entidades supervisionadas, tendo em conta os interesses públicos em causa.¹⁹

Com efeito, a criminalidade financeira encontra-se estreitamente ligada a associações criminosas complexas e dotadas de *know-how* e recursos que facilitam a “dissimulação dos seus membros e camuflagem dos meios envolvidos”.²⁰ Cumpre, portanto, reconhecer que qualquer tentativa no sentido de travar este fenómeno terá, obrigatoriamente, de passar pela obtenção de conhecimentos técnicos especializados acerca do mercado dos valores mobiliários por parte das autoridades judiciárias ou, diferentemente, por conceder às autoridades independentes que regulam e supervisionam o mercado um papel mais ativo na investigação destes ilícitos criminais e, assim, poder selecionar a matéria que consubstancia um comportamento violador daqueles e, portanto, merecedor de constituir objeto de um processo penal.

II. DIREITO COMPARADO

Para melhor compreensão do regime das averiguações preliminares, julgamos ser importante fazer um estudo das opções dos legisladores de vários ordenamentos jurídicos de referência no que respeita ao papel das respetivas autoridades de mercado no apuramento da prática de crimes contra o mercado dos valores mobiliários. Vejamos quais as opções dos legisladores dos ordenamentos jurídicos italiano, britânico, americano e espanhol nesta matéria.

1. No Direito italiano

Em Itália, a *Commissione Nazionale per la Società e la Borsa* (doravante, “CONSOB”) é a autoridade do mercado que regulamenta, supervisiona e sanciona.

Tal como sucede com a CMVM, também a maioria das prerrogativas da CONSOB estão relacionadas com ilícitos sem relevância criminal, no âmbito dos quais assume competências mais alargadas.

No que toca aos crimes de abuso de informação privilegiada e de manipulação de mercado, porém, encontra-se consagrada na legislação italiana uma solução *sui generis*²¹ de relacionamento entre o MP italiano e a CONSOB. Com

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Fonseca, 2010: 115.

²¹ *Ibidem*.

efeito, no *articolo 187-decies, comma 1* do *Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*²², o legislador italiano estabelece que, quando haja notícia da prática de um dos crimes acima indicados, o MP deve informar obrigatoriamente o presidente da CONSOB. Para Pedro Miguel Fonseca, encontramos, assim, perante uma “impossibilidade de investigação autónoma dos ilícitos em apreço, por parte daquela magistratura, não obstante o seu carácter de crimes públicos e, por isso, de conhecimento oficioso”.²³

O *articolo 187-decies, comma 2* do *Testo unico* vem esclarecer que, findo o *accertamento*, o presidente da CONSOB remete os autos ao MP, caso haja indícios que façam presumir a existência de um crime. Tendo em conta o teor desta norma, alguma doutrina italiana afirma que o MP acaba por controlar a atividade da CONSOB, existindo assim uma mera aparência de derrogação do princípio processual penal da oficialidade e conseguindo-se um “filtro entre a notícia de um eventual crime e a autoridade judiciária”.²⁴

O *Testo unico*, todavia, no seu *articolo 187-undecies*, concede ainda à CONSOB, enquanto autoridade do mercado, direitos e faculdades semelhantes às do assistente, conforme configurados pelo legislador português no Código de Processo Penal. Resulta do *articolo 187-undecies* que a CONSOB tem a capacidade de exercício de direitos e as faculdades atribuídas pelo Código de Processo Penal italiano aos entes e às associações representativas de interesses dos lesados pela prática de determinado crime.²⁵

Como podemos observar, o sistema italiano concede importantes poderes à autoridade do mercado, que assume um papel importante quanto aos crimes contra o mercado dos valores mobiliários, revelando-se “dona e senhora” da investigação dos mesmos e estando responsável por uma análise da qual dependerá o ulterior inquérito a realizar pelo MP.

22 Fonseca, 2010: 105.

23 *Ibidem*.

24 Mucciarelli, cit. por Fonseca, 2010: 106.

25 Refiram-se, neste particular, os poderes de apresentar petições aos autos; de indicar elementos de prova e de avançar no sentido de uma acusação particular subsidiária; de oposição ao despacho de arquivamento do MP, entre outros (Fonseca, 2010: 107, referindo-se ao comentário de Polverosi ao *articolo 187* do *Testo unico*).

2. No Direito britânico

No Direito britânico, muita tem sido a preocupação com a necessidade de uma postura mais ativa por parte da *Financial Services Authority* (doravante, “FSA”) no que toca à investigação de ilícitos criminais no âmbito do mercado dos valores mobiliários.

Este ordenamento jurídico foi um pouco mais além do que se encontra consagrado entre nós. A lei britânica não se limitou a prever a existência de um processo de averiguações preliminares como aquele que se encontra configurado na nossa lei: diversamente, dotou a FSA com os poderes necessários para a investigação de ilícitos criminais, estabelecendo mesmo a redução do crime financeiro como um dos “*regulatory objectives*” daquela autoridade de mercado. Finda a investigação, a FSA tem ainda poderes para aplicar sanções penais.

Ora, nos termos do *article 2* do *Financial Services and Markets Act 2000* (“FSMA”), a FSA deve atuar, “*so far as is reasonably possible [...], in a way (a) which is compatible with the regulatory objectives*”.

Acresce que, nos seus *articles 401* e *402*, o FSMA concede poderes à FSA para investigar um conjunto de ilícitos criminais.²⁶ A FSA tem ainda um conjunto de poderes para juntar informação e indicar investigadores (*articles 165* a *169* do FSMA) e pode, desde logo, requerer informações e documentos às pessoas e empresas envolvidas, bem como solicitar que as mesmas forneçam um relatório de um perito (“*skilled person*”).

26 Contudo, para que se inicie uma investigação deve estar reunido um conjunto de pressupostos desenvolvidos pela FSA e que se encontram representados sob a forma das seguintes perguntas: “*a) Has there been actual or potential consumer loss/detriment?; b) Is there evidence of financial crime or risk of financial crime?; c) Are there actions or potential breaches that could undermine public confidence in the orderliness of financial markets?; d) Are there issues that indicate a widespread problem or weakness at the firm/issuer?; e) Is there evidence that the firm/issuer/individual has profited from the action or potential breaches?; f) Has the firm/issuer/individual failed to bring the actions or potential breaches to the attention of the FSA?; g) Is the issue to be referred relevant to an FSA strategic priority?; h) If the issue does not fall within an FSA strategic priority, does the conduct in question make the conduct particularly egregious and presenting a serious risk to one of the FSA’s Objectives?; i) What was the reaction of the firm/issuer/individual to the breach?; j) Overall, is the use of the enforcement tool likely to further the FSA’s aims and Objectives?; k) Does the suspected misconduct involve an overseas jurisdiction? If so, would enforcement action materially further investor protection or market confidence in that jurisdiction?” (Perguntas disponíveis em <http://www.fsa.gov.uk/pages/Doing/Regulated/Law/criteria.shtml> [consultado em 2011-06-21]). No entanto, a FSA tem chamado a atenção para o facto de nem todos estes critérios serem necessariamente tidos em conta em todos os casos, podendo, ademais, ser necessário considerar diferentes critérios, em situações concretas que assim o justifiquem. Tudo dependerá, assim, da situação em causa e dos seus contornos específicos. Como refere Jamie Symington no seu discurso de 6 de novembro de 2008 intitulado “*The FSA and enforcing the market abuse regime*”, “[n]obody should read too much into a decision taken in one case as to what that might mean for another. The factors to be considered are very varied” (Symington, 2008).*

À luz do “*The Enforcement Guide*”,²⁷ elaborado pela própria FSA, e que constitui “*general guidance*” para a sua atuação (*article 158* do FSMA), a decisão da FSA de iniciar uma investigação de um ilícito criminal deve basear-se nos mesmos “*basic principles*” que regem a atuação dos *Crown Prosecutors* (entidade britânica com competências equivalentes às do MP português), devendo aferir da consistência das provas obtidas (“*evidential test*”) e da oportunidade de investigar a infração em causa (“*public interest test*”). Todas estas circunstâncias revelam a importância das competências de investigação criminal que lhe são atribuídas e a relevância que o objetivo de redução da criminalidade financeira assume para esta autoridade.²⁸

A importância deste objetivo da FSA leva Margaret Cole, diretora do *Department of Enforcement* daquela entidade, a afirmar: “*we are not only a regulator but also a prosecutor – a prosecutor with a specific remit*”.²⁹

Com efeito, o *Divisional Court* britânico teve já oportunidade de se pronunciar sobre as competências de investigação da FSA, num caso que opôs a FSA a Neel e Matthew Uberoi, e em que estes invocaram a ilegalidade da investigação da FSA por esta não ter obtido autorização por parte do *Secretary of State* ou do *Director of Public Prosecutions* para tal. Contudo, o juiz Purdy veio a decidir que a FSA não carecia de tal autorização, uma vez que o objetivo do Parlamento ao criar esta autoridade reguladora era conceder-lhe um papel central na regulação dos “*fiscal markets*”, incluindo os respetivos procedimentos criminais. Por conseguinte, considerou o juiz Purdy que o Parlamento pretendia que a FSA fosse um investigador independente (“*fully independent prosecutor*”) nesta matéria.³⁰

Contudo, a FSA não tem competências exclusivas para investigar os crimes contra o mercado dos valores mobiliários, nem tão-pouco se estabelece no regime britânico uma prejudicialidade como a italiana, onde o MP tem o dever de, numa primeira fase, remeter a notícia de crime à autoridade de mercado para que esta proceda à investigação competente e apure se existem ou não indícios da prática de crimes contra o mercado dos valores mobiliários.

27 Financial Services Authority, 2012: 69.

28 Procedendo a uma análise da adaptação do direito britânico à Directiva n.º 2003/6/CE, Sousa Mendes, 2009: 334-335.

29 Cole, 2009.

30 Cole, 2009.

Em suma, no que respeita ao sistema britânico, é importante reter que o objetivo de redução da criminalidade financeira é visto como uma das funções primordiais da FSA, que foi dotada de importantes poderes de investigação dos crimes contra o mercado dos valores mobiliários, podendo inclusivamente impor sanções penais pela prática dos mesmos. A FSA é assim considerada como a investigadora por excelência destes crimes.

3. No Direito norte-americano

No âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, desde cedo se revelou necessário um *enforcement* das leis dos valores mobiliários, no intuito de se aumentar a proteção dos investidores e da confiança por eles depositada no regular funcionamento dos mercados.

A *U.S. Securities and Exchange Commission* (“SEC”), autoridade responsável pelo controlo da aplicação das leis dos valores mobiliários nos Estados Unidos da América, pela promoção da estabilidade dos mercados e pela proteção dos investidores foi criada pela *Securities Act* de 1933 e pela *Securities Exchange Act* de 1934, depois do *crash* da Bolsa de Nova Iorque de 1929, que arrastou milhões para o desemprego, causando uma profunda crise sem precedentes.

Assim, há muito que se tornou uma preocupação da SEC proceder à investigação dos ilícitos do mercado dos valores mobiliários.

Contudo, a SEC apenas tem competências para punir os ilícitos civis, e não os criminais.³¹

Segundo António Gageiro, a investigação dos crimes contra o mercado dos valores mobiliários tem também, no sistema jurídico dos EUA, uma “fase administrativa à semelhança do que sucede em Portugal”³², a qual é levada a cabo pela SEC. Assim que se conclua pela existência de indícios da prática do crime, os elementos são apreciados pela Direção da SEC (“*board*”), que, caso os valide, ordena a remessa dos mesmos para a entidade competente para a investigação criminal (*Department of Justice* ou, a nível estadual, as autoridades judiciárias dos Estados federados).³³ Neste caso, os funcionários que procederam à investigação anterior “mudam de chapéu” e passam a ser auxiliares no processo penal em curso, podendo mesmo “elaborar representações da acusa-

31 Veja-se *Securities and Exchange Commission*, 2012: 106.

32 Gageiro, 2009: 70.

33 *Ibidem*.

ção na sala de audiências sob a direção do Ministério Público e podendo ser ouvidos como peritos ou testemunhas”.³⁴

Contudo, o *Enforcement Manual* da SEC, que foi elaborado para constituir uma referência na atuação da *Division of Enforcement* da SEC na investigação de potenciais violações das leis do mercado dos valores mobiliários, revela preocupação perante a possibilidade de as investigações de ilícitos civis e administrativos levadas a cabo pela SEC acabarem por servir os propósitos de investigações criminais a decorrer simultaneamente. Neste sentido, estabelece este manual que é importante que a investigação civil não tenha como propósito, nem seja iniciada para obter prova para uma investigação criminal.³⁵

No que respeita à colaboração da SEC com as autoridades judiciárias, o manual estabelece que, em geral, é permitida a partilha de informação com os investigadores criminais, no intuito de facilitar a sua investigação. Mais se acrescenta que, em certos casos, a autoridade judiciária poderá solicitar à SEC que se abstenha de tomar medidas que possam prejudicar a investigação criminal. O inverso poderá também suceder, ou seja, a SEC poderá também solicitar à autoridade judiciária que não adote medidas que possam pôr em causa as suas investigações.

4. No Direito espanhol

No ordenamento jurídico espanhol, a atual legislação não prevê qualquer figura semelhante às averiguações preliminares. Contudo, o *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal* (doravante, “PLOCP”) de 1992, mais precisamente no seu *art. 305*, previa um mecanismo que vinha instituir, na expressão da doutrina, uma “prejudicialidade” do procedimento da *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (doravante, “CNMV”) no que dizia respeito à análise do crime de informação privilegiada.

De facto, estabelecia o *art. 305* do PLOCP o seguinte: “não se procederá criminalmente contra a conduta descrita no n.º 1 deste artigo até que se tenha concluído o expediente sancionador, iniciado pelo organismo competente encarregado da supervisão do Mercado de Valores, o qual, nestes casos, abstendo-se de impor sanções, remeterá o processo ao Ministério Fiscal,

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ No entanto, e tal como se esclarece naquele manual, “[t]his does not prevent the staff from taking an action if the action will provide a benefit to both the SEC’s case and the parallel criminal matter. It does mean, however, that staff should not take an SEC civil investigative action for which the sole aim is to benefit the criminal matter”.

sem prejuízo das faculdades deste para instar a iniciação ou conclusão de tal expediente.”

Assim, propunha-se uma solução mediante a qual o juiz penal deveria esperar que a CNMV terminasse o “expediente administrativo, ao invés de solicitar da mesma a colaboração necessária para o esclarecimento dos factos.”³⁶

Esta solução justificou muitas críticas por parte da doutrina, nomeadamente por parte de Arroyo Zapatero,³⁷ uma vez que a mesma assentava, na sua opinião, na “sujeição da conduta do acusado a uma investigação administrativa prévia” que não permitia ao acusado gozar dos direitos de defesa penal reconhecidos ao arguido, assim se verificando uma maior insegurança jurídica, bem como uma possibilidade de abuso por parte da Administração, e uma inadmissível sujeição do poder judicial ao poder executivo.

Vários Autores se manifestaram, porém, no sentido de reconhecer vantagens nesta “prejudicialidade”³⁸: em primeiro lugar, uma instrução por especialistas no mercado de valores revelava-se útil, tendo em conta a “tecnicidade da matéria de facto”; por outro lado, uma intervenção judicial anterior à conclusão de uma investigação prévia realizada por especialistas da CNMV poderia alterar de imediato a cotação do valor em causa, tendo em conta as “características singularíssimas de funcionamento psicológico do mercado de valores”.

Por sua vez, J. C. Ferré Olivé³⁹ chamou a atenção para o facto de a participação da CNMV ter como fundamento a complexidade das normas em causa e o carácter intrincado das operações realizadas no mercado dos valores, parecendo assim aconselhável uma investigação prévia por parte da CNMV.

Apesar de haver uma certa aceitação relativamente à participação da CNMV, o que não parecia ser de admitir para a doutrina espanhola era que a fase administrativa fosse concebida como uma condição *sine qua non* para que fosse instaurado o processo penal.

Esta solução acabou por não ser adotada pelo Código Penal atualmente em vigor no ordenamento jurídico espanhol.

Ainda assim, cumpre reconhecer que a discussão gerada em torno do art. 305.º do PLOCP focou importantes aspetos que devem ser ponderados

36 Fonseca, 2010: 109.

37 *Ibidem*.

38 Fonseca indica, como exemplos, Gomés Iniesta, Arroyo Zapatero e López Peregrín. Veja-se Fonseca, 2010: 110.

39 Referido por Fonseca, 2010: 110.

aquando de uma análise do regime das averiguações preliminares consagradas no CdVM português.

III. AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES INCLUÍDAS NOS PODERES DE SUPERVISÃO DA CMVM

A crise financeira de 1929 deu origem à primeira autoridade independente criada para supervisionar o mercado dos valores mobiliários, a SEC.

Por detrás da criação de autoridades independentes para supervisão e regulação do mercado esteve o intuito de proteção do investidor, dos seus interesses e da sua posição patrimonial,⁴⁰ no rescaldo de uma das mais profundas crises económicas conhecidas até aos nossos dias.

Como bem realça Paulo Câmara,⁴¹ os objetivos subjacentes à criação de uma entidade como a SEC permanecem atuais e constituem a base da supervisão do mercado dos valores mobiliários que hoje em dia se realiza em quase todo o mundo. Inspirados na criação da SEC, Estados de todo o mundo procederam à criação de autoridades independentes que supervisionassem e regulassem o mercado dos valores mobiliários, o que, em Portugal, ocorreu com a criação da CMVM, em 1991.⁴²

Note-se que, em última análise, os poderes que a CMVM detém relativamente ao mercado têm legitimidade constitucional (nomeadamente através do art. 101.º da CRP), conforme foi já referido, tendo cabido ao legislador ordinário proceder à conformação concreta destes poderes que têm, como intuito, “garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”.

Tendo em conta a necessidade de regulação e de supervisão deste mercado, bem como a necessidade de se manter uma “distância e separação em relação aos detentores do poder político”, criaram-se autoridades reguladoras e supervisoras independentes.⁴³

40 Figueiredo, 2005: 25.

41 Câmara, 2009: 249.

42 Cfr. Pina, 2012: 50. A Autora refere que a supervisão “enquanto atividade técnica especializada sobre os mercados de valores mobiliários, levada a cabo por entidade pública independente constitui uma manifestação da modernidade nos mercados objeto, sendo uma resposta do Estado aos desafios específicos que a atividade em causa comporta.”

43 Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007-2010: 1081.

A supervisão, uma das principais atribuições da CMVM, representa “o controlo, a vigilância, o acompanhamento ou a fiscalização da atividade dos agentes e dos mercados”,⁴⁴ e tem como objetivos “detetar e perseguir ilícitos e evitar e remediar perturbações no mercado.”⁴⁵

A supervisão, tal como a regulação, surgiu como uma resposta dos Estados aos riscos apresentados pelo funcionamento dos mercados, procurando-se garantir a eficiência dos mesmos com um objetivo último de proteção dos que nele atuam.

Os poderes de supervisão que a lei concede à CMVM para desempenho das suas competências são bastante variados, podendo corresponder a um controlo através dos registos (cfr. art. 365.º do CdVM), ao acompanhamento em tempo real da negociação (cfr. art. 362.º do CdVM), às inspeções de rotina (cfr. art. 364.º, n.º 1, alínea *a*) do CdVM),⁴⁶ etc.

A supervisão vai, assim, complementar a atividade de regulação, verificando se estão a ser cumpridas as normas aplicáveis, sejam elas normas legais ou regulamentares.

A supervisão é levada a cabo através do controlo prévio (exercido nomeadamente através da concessão de autorizações), da vigilância permanente (recolhendo informação e fazendo inspeções, por exemplo) e de “intervenções corretivas” (como injunções e ordens) que podem culminar no exercício de poderes sancionatórios por parte da autoridade de mercado.⁴⁷

Esta atividade da CMVM pode assim ser subdividida entre supervisão *a priori* e supervisão *a posteriori*.⁴⁸ No primeiro caso, a CMVM exerce a supervisão mediante a concessão de registos e de autorizações de que depende o exercício de atividades no âmbito do mercado dos valores mobiliários. Por outra parte, na supervisão *a posteriori*, a CMVM acompanha a atuação dos participantes do mercado, procurando aferir da existência de comportamentos ilegais, punindo-os quando assim se encontre previsto na lei (como sucede nos situações de contraordenação).

44 Definição de Costa Pinto, 2000b: 94.

45 Câmara, 2008: 44. No mesmo sentido, Câmara, 2009: 267.

46 Cfr. Costa Pinto, 2000b: 94. O Autor inclui também nos poderes de supervisão as averiguações preliminares, mas estudaremos essa matéria *infra*.

47 Catarino, 2010: 288.

48 Câmara, 2009: 268.

Distinção importante no âmbito da supervisão é também aquela que se deve fazer entre supervisão comportamental e supervisão prudencial. A primeira traduz-se na definição das normas de conduta dos operadores e na fiscalização do seu cumprimento, bem como no sancionamento do incumprimento das mesmas. Por sua vez, a supervisão prudencial tem em vista controlar os problemas de solvabilidade e liquidez de certas entidades consideradas fundamentais, prevenir o risco sistémico e garantir a idoneidade das pessoas com uma posição de especial importância no seio dessas entidades, estando, contudo, limitada às competências previstas no art. 363.º do CdVM.⁴⁹

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, a autoridade de supervisão do mercado dos valores mobiliários concentra ambas as funções.

Ora, em nosso entender, as averiguações preliminares tratam-se, ainda, de uma competência de supervisão da CMVM.⁵⁰ As averiguações preliminares consubstanciam, tipicamente, uma atividade de supervisão, enquadrando-se, ademais, nos conceitos de supervisão acima avançados. Na realidade, também no caso das averiguações preliminares a CMVM estará a agir no âmbito da sua função de “acompanhamento dos mercados”⁵¹ e de fiscalização do cumprimento das normas que conformam a atuação dos participantes do mercado, detetando os ilícitos por estes perpetrados, reconduzindo-se assim a sua atuação ao conceito de supervisão comportamental.

As averiguações preliminares consubstanciam, todavia, uma fase facultativa do procedimento de supervisão,⁵² dependente do conhecimento, pela CMVM, de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado dos valores mobiliários.

O que ora se defende não fica prejudicado pelo facto de, uma vez finalizadas as averiguações preliminares, não haver lugar ao sancionamento dos comportamentos criminais por parte da CMVM, mas antes a uma remessa dos elementos para o MP. Tal facto decorre tão-somente das normas constitucionais e legais aplicáveis em sede de processo criminal, que implicam que seja o MP a abrir inquérito quando tenha conhecimento de uma notícia de

49 Cfr. Pina, 2012: 51, que distingue os conceitos de “supervisão contínua”, “supervisão prudencial” e “supervisão de fiscalização”.

50 Também neste sentido, Costa Pinto, 2000a: 106; Costa Pinto, 2000b: 103; Santiago, 2001: 610 ss.; Fonseca, 2010: 113.

51 Costa Pinto, 2000a: 104.

52 Costa Pinto, 2000b: 105.

crime, pertencendo-lhe o monopólio nesta matéria. Os poderes de supervisão da CMVM cessam, portanto, nesse momento.

A supervisão realizada através do processo de averiguações preliminares consubstancia uma supervisão *a posteriori*, que funciona como um “filtro técnico especializado”,⁵³ utilizando a expressão de Frederico de Lacerda da Costa Pinto, permitindo que a posterior investigação criminal se foque no essencial, evitando também “que sejam remetidos para a investigação criminal elementos sem viabilidade técnica no âmbito dos crimes contra o mercado”.⁵⁴

Na verdade, com a adoção do modelo sancionatório bipartido já referido, foram criados três níveis de supervisão: um primeiro nível constituído pela atuação administrativa permanente de acompanhamento da atividade dos agentes e das operações no mercado; um segundo nível correspondente ao sancionamento imediato dos comportamentos ilegais, através da figura das contraordenações; e um terceiro nível que se relaciona com os casos mais graves de violação das regras de funcionamento do mercado dos valores mobiliários, que representam uma verdadeira negação funcional do mercado, violação essa que se identifica com as situações em que existem indícios da prática de um crime contra o mercado dos valores mobiliários e em que a CMVM poderá realizar as diligências necessárias para apurar a existência da notícia de crime.⁵⁵

As competências relativas ao processo de averiguações preliminares enquadram-se nos poderes de vigilância e controlo da CMVM e o ato em que as mesmas culminam traduz-se num juízo de “análise e parecer para terceiros”.⁵⁶

Na verdade, muito embora não seja como tal definido pela lei, pensamos que a decisão da CMVM que se traduz na existência da notícia de crime e na decisão de remessa dos elementos para o MP pode ser equiparada a um parecer, porquanto se trata de um ato opinativo.⁵⁷ Através da comunicação da notícia de crime ao MP, a CMVM formula uma opinião de que os indícios recolhidos da prática de certos crimes consubstanciam uma verdadeira notícia de crime. De seguida, cabe ao MP iniciar o competente processo criminal e realizar as devidas diligências.

53 Costa Pinto, 2000b: 103; Costa Pinto, 2000a: 106.

54 Costa Pinto, 2000a: 106.

55 Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2009: 12.

56 Nas palavras de Catarino, 2010: 447.

57 Para uma definição de “parecer”, veja-se Freitas do Amaral, 2003: 273 ss.

Os poderes da CMVM relacionados com as averiguações preliminares, apesar de enquadrados no Direito Administrativo, foram já qualificados como “parajudiciários”⁵⁸, pois permitem à autoridade de mercado, com um elevado grau de discricionariedade, conformar o futuro processo penal de investigação destes crimes.⁵⁹

Apesar de estes poderes irem além daquelas que são as competências tradicionalmente concedidas às autoridades administrativas, os mesmos justificam-se por várias razões, nomeadamente a especificidade dos crimes em causa e os especiais conhecimentos detidos nesta matéria pela CMVM e que permitem minorar “atrasos judiciais e enormes custos judiciários”⁶⁰ que adviriam de uma investigação deste tipo se a mesma fosse levada a cabo pelas autoridades judiciárias.

Assim sendo, quando falamos em averiguações preliminares estamos, ainda, a falar de supervisão levada a cabo pela CMVM. Note-se que o facto de se concluir que se trata de uma competência de supervisão não é despicienda, dado que implica que as prerrogativas de supervisão previstas no art. 361.º do CdVM sejam de aplicar nesta sede, o que, por si só, envolve implicações da maior relevância.

IV. NATUREZA JURÍDICA DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Notas introdutórias e colocação do problema

A doutrina tem-se dividido quanto à questão da natureza jurídica das averiguações preliminares.

Para Frederico de Lacerda da Costa Pinto, o processo em causa trata-se de um momento prévio ou preliminar à verdadeira investigação criminal, que é realizada posteriormente no inquérito pelas autoridades judiciárias e órgãos

58 Catarino, 2010: 452.

59 Estamos assim ainda no quadro de uma “administração de controlo” levada a cabo pela autoridade reguladora, pelo que Catarino (2010: 447) considera que os poderes relacionados com as averiguações preliminares estão no “extremo oposto” relativamente aos “atos de *verificação prévia* da atuação dos particulares” (itálico do Autor).

60 Apontados por Catarino, 2010: 452. Este Autor refere ainda a “inserção [da autoridade reguladora] numa rede mais vasta de reguladores para um mercado comum de serviços financeiros” e uma “supervisão unificada contínua que possibilita o conhecimento de factos e indícios criminais só possíveis mediante comunicações e entajada internacional”.

de polícia criminal (doravante, “OPC”).⁶¹ Desta forma, permite-se que a intervenção posterior destas entidades em sede de processo penal seja feita apenas sobre factos essenciais para a descoberta da verdade, o que consubstancia uma concretização processual do princípio da necessidade da intervenção penal (art. 18.º, n.º 2 da CRP).⁶²

Por sua vez, Pedro Miguel Fonseca considera que estamos talvez perante uma atuação “materialmente processual, de natureza investigatória e até, de certa forma, de natureza instrutória”,⁶³ enquanto Bruno Vinga Santiago afirma que não se trata de uma “atividade puramente administrativa nem assumidamente processual penal”, mas sim de uma “zona cinzenta, de contornos não totalmente definidos e que seria bom se recebessem um tratamento legal mais completo”.⁶⁴

Na verdade, com Bruno Vinga Santiago, cumpre reconhecer que, quando falamos em averiguações preliminares, não estamos perante verdadeiro direito processual penal, uma vez que a CMVM atua ao abrigo dos seus poderes de supervisão, tipicamente poderes de direito administrativo.⁶⁵

Além do mais, a CMVM atua ainda numa fase anterior ao processo penal, aferindo, tão-somente, se determinados indícios da prática de crimes contra o mercado podem vir a consubstanciar uma verdadeira notícia de crime.

De facto, à primeira vista, as competências da CMVM no quadro das averiguações preliminares situam-se numa zona de “transição de funções perante a tradicional separação de poderes do Estado”,⁶⁶ uma vez que a autoridade reguladora coopera com as autoridades judiciais, ao atuar no sentido de obter uma notícia de crime que depois possa ser remetida ao MP.

Contudo, julgamos insuficiente classificar a natureza jurídica das averiguações preliminares como correspondendo a uma “zona cinzenta”, parecendo-nos de todo o interesse aprofundar esta questão. Vejamos em que medida.

61 Costa Pinto, 1999b: 107. Note-se que esta opinião foi escrita ainda ao abrigo do regime legal anterior, mas tendo por base um estudo que permanece atual face ao teor do CdVM, pelo que se cita aqui.

62 Costa Pinto, 2000a: 106.

63 Fonseca, 2010: 123.

64 Santiago, 2001: 629.

65 Santiago, 2001: 630.

66 Catarino, 2010: 448.

2. Das investigações preliminares

O nosso Direito tem conhecido, em várias áreas de atividade, a possibilidade de realização de investigações preliminares em matéria penal, anteriores ao processo penal propriamente dito, e que podem ser realizadas por entidades policiais ou não policiais.⁶⁷

Assim ocorre, por exemplo, com a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro,⁶⁸ que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira e permite que sejam realizadas, pelo MP e pela Polícia Judiciária (doravante, “PJ”), ações de prevenção que incluem a possibilidade de realizar atos como recolha de informação e solicitação de inquéritos.

Da mesma forma, na atual Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo,⁶⁹ prevê-se que as entidades sujeitas a este regime efetuem verdadeiras averiguações para compreender a estrutura de propriedade e de controlo do cliente, devendo as mesmas ainda investigar a origem e o destino dos fundos.⁷⁰ Acontece que as entidades sujeitas a este regime são variadíssimas, incluindo entidades financeiras como instituições de crédito e sociedades de consultoria para investimento, mas também entidades não financeiras como notários e advogados (cfr. artigos 3.º e 4.º da mencionada Lei).

Assim sendo, é lícito defender que nem toda a investigação criminal acontece no seio do processo penal.⁷¹ Nos regimes que ora referimos, as especificidades técnicas das realidades em causa justificam a intervenção de entidades com maior proximidade ou conhecimentos técnicos, por forma a apurar aquilo que será verdadeiramente relevante em termos criminais. Caso se conclua pela existência de uma verdadeira notícia de crime, deve a mesma ser remetida ao MP para que este abra o competente inquérito, iniciando assim o processo penal, nos termos gerais.

67 Costa Pinto, 2000a: 30.

68 Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, pela Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro.

69 Aprovada pela Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e alterada pela Retificação n.º 41/2008, de 4 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro e pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

70 Costa Pinto dá ainda outros exemplos, que se prendem com os poderes da Inspeção Geral das Atividades Económicas, e ainda com os poderes da Administração Fiscal na investigação de crimes fiscais (Costa Pinto, 1999b: 35 ss).

71 Costa Pinto, 1999b: 38.

Nos termos do art. 3.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, assim que, no decurso de uma ação de prevenção, “surjam elementos que indiciem a prática de um crime, é instaurado o respetivo processo criminal”. O mesmo sucede no âmbito da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo. Caso as entidades sujeitas a este regime “saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo” (art. 16.º da Lei), devem comunicá-lo ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

Como vemos, as investigações preliminares que nos ocuparam nos precedentes parágrafos não consubstanciam um verdadeiro inquérito criminal, situando-se num momento anterior a esse, não se confundindo com aquele e sendo a sua necessidade justificada pelas razões acima adiantadas.

O mesmo sucede com as averiguações preliminares.

As averiguações preliminares acabam por funcionar como um pré-inquérito, na senda daquilo que vem sucedendo recentemente através da criação de figuras como as ações de prevenção criminal, que vêm introduzir alguma dificuldade na separação entre o que é Direito Administrativo e o que é Direito Processual Penal.

No entanto, os atos praticados no processo de averiguações preliminares não são ainda atos processuais, dado que têm lugar num momento anterior, sendo antes uma “realidade extraprocessual conexas com a processual”,⁷² conforme refere Germano Marques da Silva relativamente às medidas cautelares e de polícia, numa afirmação que nos parece traduzir também aquela que é a realidade no âmbito das averiguações preliminares.⁷³

72 Marques da Silva, 2000: 63.

73 Tão-pouco nos parece que a CMVM, ao atuar no âmbito do processo de averiguações preliminares, possa ser entendida como um órgão de polícia criminal, em virtude de não se enquadrar no conceito de entidade e agente policial previsto no art. 1.º, alínea c) do CPP e não existir uma lei expressa que atribua essa qualificação à mesma. Na verdade, a CMVM não é “organicamente nem materialmente uma entidade policial, mas sim uma autoridade administrativa” (Costa Pinto, 1999b: 114). Os poderes que detém em sede de averiguações preliminares decorrem, ainda, da sua qualidade de entidade dotada de *ius imperii* e mais não são do que uma explicitação, no que a este processo respeita, dos poderes que já constavam do art. 361.º, n.º 2 do CdVM, que contém as prerrogativas gerais de supervisão da CMVM.

3. Conclusão sobre a natureza administrativa das averiguações preliminares

Refere Bruno Vinga Santiago que as averiguações preliminares também não se tratam de um verdadeiro procedimento administrativo porque “nos termos do art. 1.º do CPA [Código do Procedimento Administrativo] não é da ‘formação de manifestação de vontade da Administração’ que se trata mas sim, do apuramento da existência da notícia de um crime”. Da mesma forma, argumenta o Autor que a comunicação da notícia de crime ao MP não é um verdadeiro ato administrativo, “mas sim o primeiro ato de inquérito”.⁷⁴

Contudo, não nos parece que tal opinião seja de acolher.

Efetivamente, apesar de ser verdade que o ato de comunicação da notícia de crime ao MP, ato em que culmina o processo de averiguações preliminares, não corresponde ao conceito geralmente aceite de ato administrativo, que, para Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, se pode definir como uma “medida ou prescrição unilateral da Administração que produz direta, individual e concretamente efeitos de direito administrativo vinculantes de terceiros”,⁷⁵ é preciso notar que, atualmente, a doutrina vem aceitando um conceito de ato administrativo mais alargado, que abarca diferentes atos sob a sua alçada.

De acordo com esta nova doutrina, arreigada nas diversas classificações de ato administrativo apresentadas pela doutrina alemã, os atos administrativos podem exteriorizar declarações de vontade (correspondendo então a decisões ou deliberações), mas podem também tratar-se de declarações intelectuais, que traduzem um juízo, um conhecimento, ou atividades meramente materiais, como sejam os atos materiais de exercício, de informação geral ou de execução.⁷⁶ Apenas o primeiro tipo de ato administrativo (ato decisório com efeitos externos) corresponde ao clássico conceito de ato administrativo.⁷⁷ No entanto, como é evidente, tal facto não retira a qualidade de ato administrativo a outras ações da CMVM, *vg* a comunicação dos elementos obtidos através do

74 Santiago, 2001: 629.

75 Esteves Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco Amorim, 1993-1995: 550. Para uma melhor densificação do conceito tradicional de ato administrativo, veja-se Esteves Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco Amorim, 1993-1995: 550 ss.

76 Catarino, 2010: 382, bem como Pereira da Silva, 1996: 445 ss., *passim*.

77 Este tipo de ato administrativo é também o mais importante no âmbito da atuação da CMVM, uma vez que se entende que esta autoridade reguladora pode impor às pessoas e entidades sujeitas à sua supervisão os comportamentos que esta considere como necessários à obtenção de um “equilíbrio” dos interesses particulares com os interesses públicos em causa neste setor. Catarino, 2010: 382.

processo de averiguações preliminares à autoridade judiciária. São também atos administrativos os atos desenvolvidos ao longo do processo de averiguações preliminares, esses já atos de execução de uma determinada competência que é atribuída por lei à CMVM.

Assim, como já referimos, o processo de averiguações preliminares não consubstancia verdadeiro direito processual penal. Poderá questionar-se, então, por que razão remete o CdVM para as normas do CPP que respeitam aos meios de obtenção de prova e às formalidades exigidas quanto a estes no seio do processo penal. Não estará o mesmo a reconhecer uma identidade de natureza entre o processo penal e o processo de averiguações preliminares?

Em nosso entender, a resposta a dar a esta questão é negativa. A remissão para as normas do CPP respeitantes aos meios de obtenção de prova visa tão-somente assegurar a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos envolvidos na investigação desenvolvida no processo de averiguações preliminares, convocando-se assim a aplicação de um regime mais protecionista.⁷⁸ Procura-se evitar uma investigação da CMVM que se revele invasiva da esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos em causa, garantindo-se a validade da prova no posterior processo penal.

Por outro lado, também a CMVM fica dependente da colaboração das autoridades judiciárias no que a estes atos respeita.

Note-se, todavia, que a solução em vigor vai ao encontro daqueles que são os ditames constitucionais em matéria de processo penal, designadamente no que se refere ao monopólio da ação penal, que, no nosso ordenamento jurídico, cabe ao MP.

De facto, a nossa Lei Fundamental não permitiu ir mais longe, nomeadamente concedendo uma verdadeira possibilidade de ser a autoridade reguladora a instruir o processo penal, e a aplicar posteriormente a competente sanção, como sucede no Direito britânico, conforme vimos já.

No entanto, formulou-se um regime que permite colocar a CMVM “ao serviço” da luta contra a criminalidade financeira, beneficiando de todas as suas capacidades de supervisão e sem, no entanto, apurar a responsabilidade

78 Cláudia Verdial Pina refere que a CMVM deve limitar-se a “recolher os indícios suficientes para imputar o ilícito a suspeito determinado e a afastar a hipótese, pelo menos numa primeira avaliação do ilícito, que este não se reconduz a contraordenação”, acrescentando ainda que “será de natural coerência sujeitar os atos mais solenes e gravosos da investigação criminal à tutela do Ministério Público e do Juiz de Instrução, reservando para a fase de inquérito as buscas domiciliárias, a intromissão no sigilo da correspondência e o interrogatório do arguido” (2012: 55).

criminal das pessoas envolvidas. A CMVM limita-se a constatar factos e a remetê-los para o MP.⁷⁹

O legislador português optou, também, por não estabelecer um regime jurídico tão ambicioso quanto o italiano no que se refere às averiguações preliminares, não prevendo, assim, a existência de uma fase obrigatória prejudicial ao processo penal, sujeita à direção da autoridade de mercado.

Na verdade, terão sido determinantes para o legislador português argumentos como o de se estar a criar uma condição de procedibilidade em crimes públicos, o de se estar a consagrar uma fase obrigatória mesmo que o caso não a justifique e a eventualidade de surgirem “animosidades” com o MP.⁸⁰

Na verdade, a invalidade da prova obtida ao abrigo deste processo poderá ser sindicada no posterior processo penal, bem como poderão os investigados ser ressarcidos dos danos que tiverem advindo do processo de averiguações preliminares, nos termos gerais.

Ainda no que respeita à natureza jurídica deste processo, parece-nos que o legislador não terá ignorado o facto de uma investigação levada a cabo ainda no âmbito da supervisão poder beneficiar dos deveres de cooperação das entidades supervisionadas, que estariam muito mais protegidas num processo penal, com o estatuto de arguidas. Sucede ainda que durante o processo de averiguações preliminares a CMVM não estará limitada pela invocação dos investigados do seu dever de segredo profissional, uma vez que as entidades têm, em processo de averiguações preliminares como na regular e normal supervisão da sua atividade, o dever de dar elementos e prestar informações à autoridade de mercado (esta última, limitada porém pelo princípio *nemo tenetur*, conforme se verá adiante).⁸¹

Esta solução tem ainda a vantagem de manter esta primeira investigação dos crimes financeiros no seio da CMVM, limitando-se o campo da devassa das matérias em causa. Esta questão assume especial relevância num mercado como o dos valores mobiliários, onde determinadas informações podem influenciar o

79 Precisamente por essa razão, estamos em crer que o MP não poderá avocar o processo de averiguações preliminares, porquanto este se trata, ainda, de um processo administrativo, com poderes administrativos que, em certos casos, recebem um regime processual penal por terem uma especial potencialidade de lesar os direitos dos investigados.

80 Apontando estes argumentos, Santiago, 2001: 618.

81 Cfr. os arts. 304.º, n.º 4 do CdVM e 135.º a 182.º do CPP com o art. 385.º do CdVM.

funcionamento do mesmo de forma drástica, tendo efeitos relevantes na vida das várias entidades que nele atuam.⁸²

V. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E A SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Notas introdutórias sobre o princípio *nemo tenetur*

O princípio *nemo tenetur* é um princípio estruturante do processo penal que tem dois corolários: o direito ao silêncio e o direito a não facultar provas autoincriminatórias.

Na verdade, este princípio, que consubstancia, para Paulo de Sousa Mendes, “um dos pilares do processo penal português”,⁸³ é típico dos processos penais de estrutura acusatória e reflete uma “reação a procedimentos inquisitórios que transformavam o arguido em instrumento da sua própria condenação”.⁸⁴

Apesar de este princípio não ter consagração expressa na CRP, é tido unanimemente pela doutrina como um princípio de natureza constitucional.^{85/86}

Ao abrigo deste princípio, para além do arguido, também o suspeito é titular do direito ao silêncio (59.º, n.º 2 do CPP).

Este direito, contudo, não é absoluto, conhecendo limitações no que toca à identificação pessoal do arguido e aos seus antecedentes criminais (art. 61.º, n.º 3, alínea *b*) do CPP). No primeiro interrogatório judicial, o arguido é obrigado a responder com verdade quanto a estas duas matérias (art. 141.º,

82 Note-se que, nos termos do CPP (art. 86.º, n.os 1 e 2), o processo penal é em princípio público. Sobre a forma como as informações podem influenciar a evolução das cotações dos instrumentos financeiros, veja-se Sousa Mendes & Miranda, 2005: 196 ss.

83 Sousa Mendes, 2010: 127.

84 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 37.

85 O fundamento constitucional do princípio pode ser material ou processual. Enquanto uns lhe atribuem um fundamento processual, dizendo que o mesmo se baseia nas garantias penais consagradas na CRP, nomeadamente no seu art. 32.º, n.º 2, outros preconizam uma fundamentação material mais profunda, alicerçada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. A doutrina portuguesa tem optado maioritariamente pela fundamentação processual do princípio, ligando o mesmo à própria estrutura acusatória do processo penal e às garantias de defesa, ou, mais particularmente, à presunção de inocência ou ao princípio do processo equitativo (veja-se Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 15). No sentido de que “[a] primeira razão do direito ao silêncio é [] a própria presunção de inocência do arguido.”, veja-se Palma, 2008-2009: 1. O Tribunal Constitucional, por sua vez, parece optar também por um fundamento processual, baseado nas garantias de defesa do arguido previstas no artigo 32.º, n.º 2 da CRP.

86 Já na lei ordinária, mais concretamente no CPP, várias são as manifestações deste princípio, mas apenas na sua vertente de direito ao silêncio (artigos 61.º, n.º 1, alínea *d*), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, alínea *a*) e 343.º, n.º 1 do CPP).

n.º 3 do CPP), e na fase do julgamento é obrigado a responder com verdade apenas acerca da sua identificação (art. 342.º do CPP).⁸⁷

Quanto ao âmbito de validade normativo do princípio⁸⁸, este pode aplicar-se a todo o direito sancionatório, adquirindo, apesar de tudo, maior relevância no Direito Penal e no Direito de Mera Ordenação Social.

Reportando-nos por ora ao âmbito de validade temporal, note-se que o princípio pode vigorar ainda antes da constituição de arguido, permanecendo em vigor até ao trânsito em julgado da sentença. Este princípio pode até consubstanciar, ele próprio, um fator de constituição de arguido caso sejam feitas perguntas ou pedidos cuja resposta possa implicar a sua autoincriminação (veja-se, a este respeito, em sede de processo penal, o disposto no art. 59.º, n.º 2 do CPP).

Quanto ao âmbito de validade material do princípio, a discussão cabal do mesmo em toda a sua dimensão ultrapassaria o escopo do presente trabalho,⁸⁹ cabendo, neste ponto, sublinhar que o seu núcleo clássico corresponde ao direito ao silêncio. No entanto, é comumente entendido que este princípio inclui qualquer “contributo involuntário (baseado em violência, coação ou engano) do suspeito para alimentar uma pretensão punitiva contra si próprio”,⁹⁰ impedindo-se assim a degradação da pessoa em mero objeto de prova contra si própria.⁹¹

Tendo em conta o fundamento constitucional deste princípio, qualquer restrição ao mesmo deverá constar de lei prévia e expressa (exigência de leg-

87 O Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a norma que obrigava o arguido a responder com verdade às questões acerca dos seus antecedentes criminais em sede de julgamento, considerando que essa norma violava, entre outros, o princípio da presunção de inocência (Acórdão do Tribunal Constitucional, de 5 de dezembro de 1995, processo 695/95, de 5 de dezembro). Para Silva Dias & Costa Ramos, este argumento deveria valer também para o primeiro interrogatório do arguido, uma vez que o juiz do julgamento terá “acesso fácil” às declarações ali feitas pelo arguido, e além disso as mesmas são feitas perante o juiz de instrução, que pode aplicar-lhe uma medida de coação (Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 20).

88 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 22 ss.

89 Para uma discussão aprofundada do âmbito de validade material do princípio, nomeadamente no que respeita a temas como a extração coativa da saliva, siga-se Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23 ss.

90 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 34.

91 Na opinião de Cláudia Verdial Pina, “[p]ara que o visado possa invocar o direito à não autoincriminação deve o pedido formulado pela autoridade conter um elemento coativo para a obtenção de certas informações, não ocorrendo em situações de colaboração voluntária, ou seja, sempre que o pedido não imponha nenhuma sanção para o seu incumprimento.” (2012: 59).

idade) e respeitar o princípio da proporcionalidade previsto pelo art. 18.º, n.º 2 da CRP.⁹²

2. Aplicação do princípio *nemo tenetur* ao processo de averiguações preliminares

Cabe, de seguida, procurar dar resposta à questão de saber se o princípio em análise se aplica ao processo de averiguações preliminares. Pode o cidadão investigado no âmbito de um processo de averiguações preliminares recusar prestar informações ou fornecer documentos pedidos pela CMVM com fundamento neste princípio?⁹³

*a) O conflito entre o princípio *nemo tenetur* e os deveres de colaboração das entidades supervisionadas*

Como vimos, os poderes que a CMVM detém no âmbito das averiguações preliminares inserem-se, ainda, nas suas competências de supervisão. Ora, facto é que a lei reconhece à CMVM o poder de solicitar informações e pedir documentos, sendo que, a essas prerrogativas, corresponde o dever de as entidades em causa prestarem os elementos pedidos. Poderão, assim, as pessoas em causa recusar-se a fornecer os elementos em causa à CMVM ao abrigo do princípio *nemo tenetur*, ou prevalece a sua obrigação legal de o fazer?⁹⁴

O princípio *nemo tenetur*, como se disse acima, não é um princípio absoluto, admitindo restrições, desde que estas sejam realizadas no respeito dos requisitos previstos no art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Com Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade⁹⁵, estamos em crer que os deveres de colaboração correlativos à supervisão representam, em si só, uma restrição ao direito ao silêncio e ao direito à não autoincrimina-

92 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 45.

93 A jurisprudência comunitária tem vindo a desenvolver-se no sentido de considerar que as empresas são obrigadas a colaborar com a Comissão, entregando-lhe documentos relevantes para produção de prova no âmbito de processos em que estão implicados, com exceção dos casos em que as empresas sejam obrigadas a admitir que cometeram uma infração. Nestas situações, por respeito pelo *nemo tenetur*, a empresa em causa pode não entregar os documentos em causa ou não prestar as informações solicitadas. Chamando a atenção para este posicionamento da jurisprudência comunitária, Martinho, 2010: 164.

94 Para um estudo aprofundado da vigência do *nemo tenetur* nos processos de contraordenação no âmbito dos valores mobiliários, siga-se Silva Dias, 2010, bem como Bolina, 2010: 410.

95 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 47 e 48.

ção, admissível nos termos do art. 18.º, n.º 2 da mesma, i.e., ao princípio da proporcionalidade.⁹⁶

Na verdade, quando falamos no mercado dos valores mobiliários, falamos de um setor da atividade económica que não é absolutamente livre em termos de atuação dos seus intervenientes. As entidades que nele pretendem atuar sujeitam-se a “restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de proteção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular”.⁹⁷

A supervisão exercida é fulcral para que os investidores mantenham a sua confiança no regular funcionamento do mercado, e aí invistam as suas poupanças. Desta forma, podemos dizer que a supervisão, por garantir o cumprimento das normas em vigor relativamente ao mercado dos valores mobiliários, acaba por beneficiar as próprias entidades sujeitas à supervisão da CMVM, que assim podem prosseguir a sua atuação nesse mercado e obter as fontes de financiamento que procuram.

Assim se compreende que se possa exigir a essas entidades “a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos.”^{98/99}

Acresce ainda que uma supervisão eficiente e completa seria difícil de conceber sem a cooperação das entidades supervisionadas, pelo que a previsão de deveres de cooperação nestes termos não contende com o princípio

96 Veja-se, a este propósito, Pina, 2012: 61. A Autora afirma que, tendo em conta que a violação dos deveres de colaboração se encontra cominada com a prática do crime de desobediência qualificada ou de contraordenação muito grave, existe de facto “um elemento de tensão com o direito a não autoincriminação, pois a colaboração dos supervisionados encontra-se correlacionada com um elemento de coação.” Acrescenta no entanto a Autora que o direito ao silêncio não é absoluto, admitindo “compressão que não elimine o seu núcleo essencial”.

97 Sousa Mendes, 2010: 138

98 Sousa Mendes, 2010: 138. Apesar de o Autor tecer estas considerações a propósito dos poderes da Autoridade da Concorrência (e não da CMVM), as mesmas podem ser transpostas para esta sede por manterem aqui a sua inteira validade.

99 Como exemplo de outro âmbito onde ocorre uma semelhante “autolimitação” temos a condução de veículos. Trata-se de uma atividade não livre e regulada: quando tomamos a decisão de conduzir um veículo, aceitamos cumprir certas regras e assumimos determinadas responsabilidades. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve já ocasião de se pronunciar sobre esta temática, no caso *O'Halloran and Francis vs. The United Kingdom*, perante uma situação em que um cidadão se recusou a informar quem conduzia o seu veículo no momento em que foi cometida uma infração com o mesmo (Acórdão de 29 de Junho de 2007, processos 15809/02 e 25624/02, referido por Martinho, 2010: 171). O Tribunal considerou que a informação deveria ter sido prestada, por a “especial natureza do regime regulatório” implicar uma “interpretação mais limitada do direito ao silêncio e à não autoincriminação.”

nemo tenetur.¹⁰⁰ A colaboração das entidades supervisionadas revela-se assim imprescindível para que a CMVM possa desempenhar corretamente as suas atribuições de regulação e supervisão do mercado e, assim, “garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças” (art. 101.º da CRP). Neste sentido, os seus deveres de colaboração assumem uma “indiscutível raiz constitucional”.¹⁰¹

Mais: uma vez estando inseridos no âmbito de um processo de averiguações preliminares da prática de um crime, os seus deveres assumem ainda a natureza de “*dever de cooperação para a boa administração da justiça e para a descoberta da verdade*, à semelhança do que sucede com os deveres consagrados, entre outras instâncias, a nível processual civil (artigo 519.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – CPC) e penal (por ex., artigos 131.º, n.º 1, 153.º, n.º 1 e 172.º do Código de Processo Penal – CPP).”¹⁰² [*sic*]

b) O âmbito material de aplicação do princípio nemo tenetur em sede averiguações preliminares

Aqui chegados, cumpre analisar quais os deveres de cooperação que os suspeitos poderão escusar-se a satisfazer perante a CMVM com fundamento no princípio *nemo tenetur*.

Para Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, o princípio *nemo tenetur* deve ser reconhecido aqui em toda a sua plenitude, abarcando não só as declarações dos suspeitos, mas também as entregas de elementos por parte dos mesmos.¹⁰³ Estes Autores adotam assim a “tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração”.¹⁰⁴ Segundo os Autores, a CMVM deverá, ao pedir documentos ou informações aos suspeitos, comunicar-lhes que passam a ser arguidos, aplicando para tal o art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP.

Contudo, entendemos que semelhante solução não é de aceitar por várias razões.

Em primeiro lugar, a mesma implica uma total inutilização dos deveres de cooperação dos investigados e a função de supervisão da CMVM, à qual as

100 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 52.

101 Anastácio, 2010: 204.

102 *Ibidem*.

103 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76.

104 Como lhe chama Bolina, 2010: 410.

entidades supervisionadas se sujeitam voluntariamente em contrapartida da possibilidade de atuação no mercado dos valores mobiliários.

Se por um lado se pode argumentar que o facto de estarmos perante a investigação de ilícitos criminais, e não de meras contraordenações, deveria convocar um regime mais protecionista relativamente aos cidadãos investigados, também é verdade que estão em causa comportamentos que representam uma agressão mais grave às regras de funcionamento do mercado, e que portanto justificam que a CMVM não possa ver as suas diligências totalmente frustradas perante um suspeito que se “escuda” atrás do princípio *nemo tenetur*, em contradição com as obrigações a que se comprometeu para que pudesse atuar neste mercado.

Se, ao abrigo das habituais competências de supervisão da CMVM, a mesma pode solicitar os referidos elementos às entidades supervisionadas, e estas encontram-se adstritas à prestação de toda a colaboração da CMVM nos termos do n.º 3 do art. 359.º do CdVM, por maioria de razão, tais obrigações deverão manter-se em sede de averiguações preliminares, atendendo à importância dos bens jurídicos em causa e das agressões aos mesmos que os ilícitos investigados através desse processo representam.

O mesmo se diga relativamente a elementos pedidos pela CMVM anteriormente à existência de um processo de averiguações preliminares e que venham, depois, a ser usados como prova neste âmbito.

Como bem defende Helena Magalhães Bolina (ainda que no âmbito do processo contraordenacional do CdVM), caso se entendesse que não podiam ser usados como prova em processo de contraordenação documentos entregues pela entidade supervisionada antes da existência de um processo e ao abrigo dos normais poderes de supervisão da CMVM, chegaríamos a conclusões contraditórias.¹⁰⁵ Negar que tais elementos pudessem ser utilizados em sede de averiguações preliminares equivaleria, muitas vezes, a negar a própria existência deste processo, dado que será natural que a CMVM adquira conhecimento da existência de indícios da prática de crimes contra o mercado precisamente atentas as suas competências de supervisão.¹⁰⁶

105 Bolina, 2010: 417.

106 Também neste sentido, ainda que no âmbito dos processos contra-ordenacionais, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, processo 2140/08-9, 9.ª Secção, onde o Tribunal considerou que o poder de instruir processos sancionatórios consubstancia ainda um poder de supervisão da CMVM, e que o dever de colaboração correlativo desta supervisão se mantém em vigor durante pelo que as provas recolhidas em sede de supervisão são válidas. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2009, processo 5523/07.8TFLSB.L1, 3.ª Secção. Também o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já se pronunciou sobre esta matéria,

Admitir que essas prerrogativas da CMVM deixassem de existir a partir do momento em que ocorresse a abertura do processo de averiguações preliminares poderia ter o efeito nefasto de incentivar a CMVM a proceder à recolha de todos os elementos necessários anteriormente à abertura formal de um processo de averiguações preliminares, para que depois não corresse o risco de o cidadão investigado negar qualquer colaboração.

Acresce que considerar que os elementos obtidos anteriormente à abertura de um processo de averiguações preliminares não pudessem ser utilizados, sendo portanto inválidos, inquinaria de invalidade todas as provas obtidas na sequência dos primeiros elementos fornecidos pela entidade investigada. Se os mesmos tivessem de ser desconsiderados, não poderia haver lugar a investigação ao abrigo das averiguações preliminares, tornando este processo mera “letra morta” e sem qualquer possibilidade de aplicação prática.

O mesmo se diga quanto a informações meramente factuais, que deverão ser fornecidas pela entidade, como defende a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), ainda que no âmbito do direito da concorrência.¹⁰⁷

Relembre-se que este processo foi criado no âmbito e com o intuito de aprofundar a tutela do sistema financeiro, também ela com dignidade constitucional (conforme já ficou visto) e cujo âmbito seria grandemente prejudicado através de uma solução como esta.

Por outro lado, a solução apontada pelos Autores Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos de a CMVM promover a constituição de arguido por parte do suspeito investigado através do processo de averiguações preliminares é em si mesma impossível de aplicar, uma vez que a CMVM não pode fazê-lo. Na verdade, essa figura não existe no processo de averiguações preliminares. Acresce que a autoridade de mercado não tem competências para o fazer, e que, nesta fase, ainda nem sequer se encontra em curso um processo penal.

nomeadamente no seu Acórdão de 18 de outubro de 1989, *Orkem vs. Commission*, processo 374/87. Nesta decisão, que respeitou a uma questão de Direito da Concorrência, o Tribunal sublinha a obrigação de serem fornecidos pelas empresas à Comissão todos os elementos que estejam na sua posse, ainda que os mesmos possam vir a ser utilizados para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial.

107 Neste sentido, veja-se o Acórdão do TEDH, de 8 de Abril de 2004, *Weh vs. Austria*, processo 38544/97. Este aresto debruça-se sobre uma situação em que um cidadão foi punido por não ter informado de forma cabal a identidade da pessoa que conduzia o seu veículo no momento em que fora registada uma infração. O Tribunal defendeu que os esclarecimentos meramente factuais não são autoincriminatórios, para além de ter sublinhado que as informações solicitadas não poderiam ter sido obtidas de outra forma.

Daqui resulta a impossibilidade prática de proceder à constituição de arguido em sede de averiguações preliminares.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto,¹⁰⁸ por sua vez, defende que o âmbito do princípio *nemo tenetur* em sede de processo contraordenacional da CMVM incluirá somente “o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder”.

De facto, este Autor justifica o direito ao silêncio através dos direitos de defesa, mas não consubstancia o dever de entrega de elementos à CMVM como uma restrição a esse direito, atendendo à previsão constitucional da garantia de funcionamento eficiente dos mercados como incumbência do Estado e à necessidade de proteção das condições de funcionamento do sistema financeiro. Nesta sequência, alega ainda o Autor que a entrega de elementos por parte das entidades supervisionadas constitui um dever fundamental para o exercício da supervisão por parte da CMVM, o qual é aceite pelas entidades em “contrapartida do privilégio de acesso ao mercado”.¹⁰⁹

Apesar de ser nossa opinião que estamos perante uma verdadeira restrição ao direito ao silêncio pelas razões acima referidas, tendemos também a defender que o direito ao silêncio no âmbito do processo de averiguações preliminares se deverá limitar à possibilidade de o cidadão investigado se poder recusar a prestar informações que se traduzam numa verdadeira confissão,¹¹⁰ numa declaração de autoincriminação, sob pena de se fazer “tábua rasa” dos deveres de colaboração a que o mesmo se sujeitou previamente.

Diferentemente, caso sejam pedidos elementos, os mesmos terão de ser entregues, por tal ato se enquadrar ainda nos deveres normais de cooperação a que estas entidades estão sujeitas e que possibilitam, em larga medida, o exercício da supervisão.

108 Costa Pinto, 2009: 95.

109 Costa Pinto, 2009: 97.

110 Conforme esclarece Anastácio, “[u]ma declaração “autoincriminatória” neste contexto é [...] aquela através da qual o declarante admite direta e expressamente a sua participação na infração, através da qual ‘confessa’ essa sua participação” (Anastácio, 2010: 223). Acrescenta ainda a Autora que “ir mais longe do que isto, considerando que é autoincriminatória qualquer declaração que possa ser usada como meio de prova, dessa forma contribuindo para a condenação do arguido, não nos parece compatível com o dever de colaboração que àquele cabe ao abrigo dos dispositivos legais já referidos.” (*ibidem*). Apesar de estas afirmações terem sido feitas quanto ao processo contra-ordenacional da Autoridade da Concorrência, nada nas averiguações preliminares e no CdVM faz com que as mesmas não possam ser aplicadas nesta sede.

Por outro lado, esta solução não viola o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, e que, nas palavras de Catarina Anastácio, determina que “ninguém pode ser coagido a emitir declarações autoincriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação numa infração, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um ato totalmente livre e consciente”.¹¹¹

Note-se que esta restrição ao princípio *nemo tenetur* respeita o princípio da proporcionalidade, sendo adequada – é um meio idóneo à prossecução do objetivo de proteção do interesse constitucional com que conflitua – e necessária – constitui o meio exigível, visto que a nossa lei não prevê qualquer forma alternativa de prosseguir o mesmo objetivo com a mesma eficácia. A restrição é ainda proporcional em sentido estrito, revelando-se como uma justa medida, que resulta da ponderação do peso relativo dos bens jurídicos constitucionais em confronto, porquanto se deixa incólume o núcleo essencial do direito restringido.

Para efetivar o direito à não autoincriminação na sua aceção mais restrita a aplicar nesta sede, consideramos que a CMVM deve, aquando do pedido de informações e/ou declarações, informar que se encontra em curso um processo de averiguações preliminares,¹¹² informação essa que terá como fundamento um princípio de lealdade processual que deverá ser exigido a esta autoridade de mercado pelas especiais funções que desempenha e pelos poderes que detém.^{113/114}

CONCLUSÕES GERAIS

O presente trabalho teve como objetivo proceder a um estudo do processo de averiguações preliminares da CMVM, nomeadamente apurando a natureza jurídica desse processo e aferindo se o mesmo se deveria incluir ainda nas competências de supervisão da CMVM.

¹¹¹ Anastácio, 2010: 217.

¹¹² Diferentemente, a CMVM não está obrigada a informar que está em curso um processo de averiguações preliminares quando faça meros pedidos de elementos. No sentido de que a utilização nestes termos dos poderes de supervisão não se trata de um meio enganoso de obtenção da prova, veja-se Pina, 2012: 64-65.

¹¹³ Sousa Mendes, 2010: 13. Mais uma vez se reforça que as considerações feitas pelo Autor a propósito dos poderes da Autoridade da Concorrência mantêm a sua validade neste âmbito, pelo que se adotam.

¹¹⁴ Relativamente à forma como o princípio deve ser aplicado às várias pessoas a quem a CMVM poderá fazer pedidos de informações e de elementos, veja-se o disposto na nossa Dissertação de Mestrado intitulada “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira – regime jurídico e questões inerentes” (cfr. nota 15).

De facto, podemos concluir o seguinte:

- As averiguações preliminares incluem-se no poder de supervisão da CMVM, mais propriamente naquele a que podemos chamar de “terceiro nível de supervisão”.
- As averiguações preliminares têm natureza administrativa, mas alguns dos seus atos merecem uma tutela do CPP porque se visou assegurar a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos envolvidos na investigação desenvolvida e até garantir a validade da prova, quando utilizada no processo penal.
- O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* vigora no âmbito das averiguações preliminares, devendo, no entanto, limitar-se às declarações autoincriminatórias, sob pena de total anulação dos deveres de cooperação das entidades supervisionadas.

BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Catarina

2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 199-235.

BOLINA, Helena

2010 “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado dos valores mobiliários”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 383-430.

CÂMARA, Paulo

2009 *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.

2008 “Supervisão e Regulação do Mercado de Valores Mobiliários” in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 39-64.

CATARINO, Luís Guilherme

2010 *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros – Fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina.

COLE, Margaret

2009 *Setting Out the FSA’s Strategy and Approach to Fighting Fraud*, disponível em http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/0910_mc.shtml [consultado em 21.03.11].

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2009 *Contra-ordenações e crimes no mercado dos valores mobiliários*, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Estudos/Em%20Arquivo/Documents/ContraOrdenacoeseCrimes199120091.pdf> [consultado em 01.02.11].

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda

1999a “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 285-321.

1999b *Os crimes contra os mercados de valores mobiliários: averiguações preliminares e investigação criminal (modelos de articulação entre a CMVM, as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal)*, texto não publicado.

2000a *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.

2000b “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, pp. 91-103.

2009 “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação”, in Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade & Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 61-125.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro & PACHECO AMORIM, J.
1997 *Código do Procedimento Administrativo: Comentado*, 2.ª ed., act. rev. e aum., Coimbra: Almedina.

FIGUEIREDO, André Lopes Teixeira de

2005 “A informação difundida no mercado de valores mobiliários e os poderes da CMVM – uma «nova dimensão do Direito Administrativo»?” in *Prémio CMVM 2005*, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/A%20CMVM/Premio/Documents/aad53b401ca74c9caa7eb1d17cccfaadTrabalhoCMVM.pdf> [consultado em 11.06.11].

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2007 *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade & Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-56.

2012 *The Enforcement Guide*, http://media.fsahandbook.info/Handbook/EG_20120206.pdf [consultado em 01.04.12].

FONSECA, Pedro Miguel

2010 “As averiguações preliminares – CMVM – conteúdo, função e limites”, in *Revista Polícia e Justiça*, n.º 4, pp. 91-127.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

2003 Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

GAGEIRO, António

2009 “Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do *enforcement*: E.U.A./R.U./Europa Continental”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 41-72.

GOMES CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital

2007-2010 *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora.

MARQUES DA SILVA, Germano

2000 *Curso de Processo Penal*, Vol. III, 2.ª ed. rev. e at., Lisboa: Verbo.

MARTINHO, Helena Gaspar

2010 “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência – uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 145-174.

PALMA, Maria Fernanda

2008-2009 “O direito à não auto-incriminação”, in Boletim Informativo do IDPCC da FDUL, n.º 1, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=d9%2BqYZXWhyU%3D&tabid=622> [consultado em 06.08.11].

PAZ FERREIRA, Eduardo

2005 *Lições de Direito da Economia*, reimp., Lisboa: AAFDL.

PEDROSO, Paula & VERDELHO, Pedro

1998 “Crimes no Mercado de Valores Mobiliários – As primeiras experiências”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 75, pp. 115-138.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias

1996 *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina.

PINA, Cláudia Verdial

2012 “Crime de manipulação do mercado: elementos típicos e recolha de prova”, in *Julgar*, n.º 17, pp. 35-66.

SANTIAGO, Bruno Vinga

2001 “O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 11, pp. 603-632.

SILVA DIAS, Augusto

2010 “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1 pp. 237-265.

SILVA DIAS, Augusto & COSTA RAMOS, Vânia

2009 *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Lisboa: Coimbra Editora.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION

2012 *Enforcement Manual*, disponível em <http://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf> [consultado em 15.08.11].

SOUSA MENDES, Paulo de

2009 “A adaptação do Direito português à Directiva sobre o abuso de mercado”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 325-354.

2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 121-144.

SOUSA MENDES, Paulo de & MIRANDA, António João

2005 “A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 167-208.

SYMINGTON, Jamie

2008 *The FSA and Enforcing the Market Abuse Regime*, disponível em http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2008/1106_js.shtml [consultado em 25.03.11].

VERDELHO, Pedro

1998 v. PEDROSO, Paula.

A COMUNICABILIDADE DA PROVA OBTIDA EM DIREITO PROCESSUAL PENAL PARA O PROCESSO CONTRAORDENACIONAL

Ricardo Oliveira Sousa

ABSTRACT: This article addresses the admissibility in administrative proceedings of evidence produced in criminal proceedings regarding the same facts, whereas such evidence would be legally inadmissible if they were to be produced exclusively for the purpose of the administrative proceedings. The author will demonstrate that in spite of the different legal framework applicable to each type of proceedings, it is admissible to use in administrative proceedings evidence produced in criminal proceedings, as long as such use does not represent an additional damage to the fundamental rights of any person.

SUMÁRIO: Introdução. I. Breve excursão sobre a natureza das proibições de prova. II. O regime das proibições de prova no direito processual penal e no direito de mera ordenação social. III. Identificação das situações de potencial conflito. IV. Fundamentos da admissibilidade em processo de contraordenação da prova produzida em processo de natureza penal.

INTRODUÇÃO

No nosso ordenamento jurídico coexistem múltiplos ramos do direito, de diversas naturezas, destinados a garantir a prossecução dos diferentes fins que incumbe ao Estado assegurar. Circunscrevendo-nos apenas aos ramos de natureza sancionatória, poderemos distinguir, ao lado do direito penal, pelo menos o direito de mera ordenação social, o direito disciplinar, o regime das responsabilidades financeiras sancionatórias e o regime das multas processuais no âmbito do processo civil.

Admitida que está na doutrina e jurisprudência portuguesas a possibilidade de coexistência de processos que visem sancionar (simultaneamente) crimes e contraordenações, colocar-se-á então a questão de saber em que medida

os elementos probatórios recolhidos no âmbito de um destes processos são suscetíveis de ser comunicados ao outro. Esta relação entre processos, aparentemente desprovida de conflitualidade à luz do princípio de liberdade de prova de que ambos comungam (*vd* art. 125.º do Código de Processo Penal – CPP), ganhará contornos mais controversos quando visto à luz do filtro do regime das proibições de prova. Isto porque, encontrando-se este instituto desenhado como mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos face ao exercício da ação investigatória do Estado, encontra-se estruturado numa lógica de ponderação entre os bens jurídicos em confronto e, nessa medida, ajustado a cada tipo processual consoante a importância dos bens jurídicos que cada um visa tutelar: quanto maior o relevo dos bens jurídicos tutelados, mais sacrifícios é permitido impor aos cidadãos no contexto do exercício dos respetivos poderes de investigação.

Contudo, ao consagrar legislativamente uma diversidade de diligências de prova admissíveis consoante o processo onde tenham lugar, o legislador estabeleceu um regime que causa algumas perplexidades: (i) ou admite a possibilidade de os processos comunicarem livremente entre si, assumindo assim o risco de determinada prova vir a ser adquirida num processo onde ela era inicialmente interdita; ou, ao invés, (ii) limita a comunicabilidade da prova recolhida em cada um dos processos, como forma de salvaguardar o juízo ponderativo que procurou realizar, sacrificando, nesse caso, a descoberta da verdade e criando simultaneamente um risco muito significativo de existência de discrepâncias intoleráveis em decisões proferidas sobre uma mesma realidade da vida.

Um exemplo permitirá ilustrar o que se deixou dito. Imagine-se que, num determinado processo de natureza penal, é apreendida determinada *correspondência* que, de forma inequívoca, permite demonstrar que um determinado arguido praticou um determinado crime (crime que constitui, simultaneamente, contraordenação). Neste caso, a impossibilidade de utilização deste elemento probatório no processo de contraordenação (por constituir prova obtida mediante intromissão na correspondência, proibida nos termos do disposto nos arts. 34.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa – CRP – e 42.º do Regime Geral das Contraordenações – RGCO) terá como consequência muito provável o risco de se obter uma condenação no processo crime e uma absolvição no processo contraordenacional, ainda que os factos a demonstrar sejam exatamente os mesmos. É este o problema que se pretende aqui analisar e solucionar: determinar e delimitar em que medida a prova (legitimamente) obtida em processo penal é suscetível de ser comunicada ao processo contraordenacional.

I. BREVE EXCURSO SOBRE A NATUREZA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Chegados a este ponto importará perguntar: para demonstração dos factos simultaneamente contraordenacional e criminalmente relevantes quais as disposições relativas a proibições de prova aplicáveis? As que respeitam à investigação criminal ou as que respeitam à investigação contraordenacional? Ou ambas?

A resposta a estas questões importa, naturalmente, uma aproximação prévia ao instituto das proibições de prova. As proibições de prova constituem verdadeiras limitações à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo em nome da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Embora não caiba no âmbito do presente artigo uma análise crítica e detalhada sobre os fundamentos das proibições de prova, cumpre ter presente que, ao invés do que sucede nos sistemas de *common law* – em que este instituto se encontra fundamentalmente dirigido ao controle formal dos poderes das autoridades –, as proibições de prova erigem-se nos sistemas continentais¹ – mormente no português – como verdadeiros “*instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal*”². Estão em causa, por um lado, “*o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal*”³ e, por outro, os respetivos contrapesos: (i) os direitos fundamentais dos cidadãos – arguidos ou não – que funcionarão como limite ou travão à investidura do Estado na sua esfera; e (ii) o perigo de destruição dos valores comunitários e pessoais que o próprio processo penal carrega consigo e que seria colocado em crise se o próprio objetivo de realização da justiça penal – como forma de realização do Estado de Direito – redundasse inevitavelmente no seu contrário: na compressão sistemática dos direitos dos seus cidadãos⁴.

1 Isto não obstante as proibições de *produção* de prova e, em especial, a proibição de certos métodos de obtenção de provas, se dirigirem *preferencialmente* aos órgãos de perseguição penal, “*a começar pelas autoridades judiciárias e a terminar nos órgãos de polícia criminal (OPC)*” (Sousa Mendes, 2004: 138). Contudo, à luz do nosso direito nem todas as regras de produção de prova são somente aplicáveis aos órgãos de perseguição penal (veja-se, a este respeito, o disposto no art. 167.º do CPP).

2 Cf. Costa Andrade, 2006: 196. No mesmo sentido “[a] *questão tem que ver com a hierarquia dos valores que o sistema jurídico adopta e em matéria de proibição de métodos de obtenção de prova o que a lei faz – e desde logo expressamente na Constituição – é reafirmar, em coerência com o art. 1.º da Constituição, que a dignidade da pessoa, de qualquer pessoa, está acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade.*” (Marques da Silva, 2006: 41).

3 Figueiredo Dias, 1983: 189-242.

4 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de julho de 2001, processo n.º 1796/01.

A configuração das proibições de prova como meios processuais de imposição da tutela do direito material não está desprovida de significado prático. Com efeito, ao atribuir ao instituto das proibições de prova um carácter eminentemente substantivo, i.e., consagrando o primado de determinados direitos fundamentais dos cidadãos sobre a atividade investigatória do Estado – afastando-o, portanto, do carácter adjetivo que aquele instituto possui no sistema anglo-saxónico –, o legislador português desloca o problema da avaliação da correção e conformidade formal da conduta investigatória ao direito positivo vigente (típica dos sistemas de *common law*) para a ponderação do dano que aquela concreta violação representa face à necessidade social de justiça penal, à luz do critério do interesse preponderante. Interesse preponderante que, nuns casos, será expressamente assumido pelo legislador (veja-se, por exemplo, o disposto nos arts. 143.º, n.º 4, 174.º, n.º 5 ou 177.º, n.º 2, todos do CPP), e, noutros, será relegado para aferição casuística pelo próprio intérprete (veja-se, por exemplo, o disposto no art. 135.º, n.º 3 do CPP).

Porém, independentemente da consagração (concreta ou abstrata) de critérios de ponderação de admissibilidade e extensão do exercício da ação investigatória, o legislador constitucional impôs ainda ao intérprete a necessidade de avaliar, à luz do princípio da proporcionalidade, da *necessidade, adequação e proporcionalidade* do exercício desse poder, sempre que ele possa representar uma restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Por outras palavras, a restrição dos direitos fundamentais pelo exercício da ação estadual de realização de justiça será, ou não, admissível, consoante respeite o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP)⁵.

A compreensão do regime das proibições de prova para os efeitos da presente análise obriga ainda a uma última nota adicional relativamente à diferenciação entre proibições de *produção* de prova e proibições de *valoração* de prova. Seguindo a terminologia adoptada por Sousa Mendes⁶, no contexto

5 Particularmente ilustrativo do reconhecimento desta obrigatoriedade é o entendimento celebrado no acórdão do Tribunal Constitucional a respeito da valoração do conteúdo de um diário pessoal licitamente apreendido no decurso de uma busca domiciliária, nos termos do qual não bastará atentar apenas no cumprimento formal das prescrições normativas impostas à obtenção de um determinado meio de prova, haverá também que atender aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, averiguando se a intrusão ou compressão de tais direitos (no caso de intromissão na vida privada) se apresenta, no caso concreto, necessária e não desproporcionada (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 5 de dezembro de 2003, processo 594/2003).

6 Sousa Mendes, 2004: 134. A estrutura classificativa não é totalmente sobreponível na doutrina porquanto diversos autores – seguidos pela generalidade da jurisprudência – parecem autonomizar a categoria dos procedimentos meramente violadores das formalidades relativas à obtenção de provas (ou meras regras de

do instituto das proibições de prova podemos distinguir entre proibições de *produção* de prova e proibições de *valoração* de prova. Dentro das proibições de *produção* de prova incluir-se-ão os (a) temas proibidos de prova; os (b) meios de prova proibidos; e os (c) métodos proibidos de obtenção de prova. Neste último caso⁷ deparamo-nos com procedimentos e mecanismos de aquisição de meios de prova que não são permitidos na medida em que violem ou extravasem os limites legais ou constitucionalmente impostos ao processo de recolha de prova. Dentro desta categoria poderemos ainda distinguir os (i) procedimentos contrários aos direitos de liberdade, aqui se incluindo todos aqueles que colidam com os direitos fundamentais dos cidadãos; dos (ii) procedimentos meramente violadores das formalidades relativas à obtenção de provas. Se, no primeiro caso, estaremos perante verdadeiras violações elevadas pela Constituição (art. 32.º da CRP) e pela lei (art. 126.º do CPP), à mais severa categoria de invalidade – nulidade reconduzível ao regime especial das proibições de prova –, no segundo caso estaremos perante meras violações de regras de prova que, das duas uma: (i) ou constituem meras nulidades dependentes de arguição, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 120.º do CPP, caso seja essa a sanção expressamente cominada pela sua violação (de que é exemplo o n.º 2 do art. 134.º do CPP), ou (ii) a lei nada estabelece, sendo então reconduzível a uma mera irregularidade (constituindo disso exemplo a violação de normas como o art. 341.º do CPP).

No que respeita às proibições de valoração de prova, podem as mesmas ser definidas como as proibições de utilização de determinados meios de prova (já obtidos, portanto) para efeitos de demonstração de determinados factos. Estas, por seu turno, podem ser subdivididas em proibições de valoração dependentes, de que é exemplo a prova obtida mediante tortura (art. 126.º do CPP), cuja proibição de valoração emerge do facto de essa prova ter sido *produzida* através de um método proibido; ou independentes, cuja impossibilidade de valoração

produção de prova, na terminologia mais comumente utilizada) face às proibições de produção de prova (neste sentido *vd* Costa Andrade, 2006: 83-86 e Marques da Silva, 2008: 142), posição que não merece o nosso acompanhamento porquanto, na realidade, estamos ainda a reportar-nos à forma como a prova é obtida e, nessa medida, cremos justificar-se a sua inclusão, ao lado das “provas contrárias aos direitos de liberdade”, dentro de uma categoria mais ampla de regras de proibição de prova.

7 Não serão aqui tidas em consideração nem as *proibições de temas de prova* nem as *proibições de meios de prova* uma vez que, não obedecendo a uma lógica de proporcionalidade como sucede com os métodos de obtenção de prova e com as limitações de valoração de prova, não se manifestam de forma diferente quando aplicadas aos diferentes ramos do direito. Assim, um tema proibido de prova sê-lo-á tanto no direito contraordenacional quanto no direito penal, o mesmo sucedendo, por exemplo, com a validade da prova testemunhal ou da prova documental.

em juízo não emerge de qualquer violação de produção de prova anterior mas em que, ainda assim, a lei limita ou circunscreve a possibilidade da sua valoração em juízo (de que é exemplo a proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos previsto no n.º 7 do art. 187.º do CPP)⁸.

II. O REGIME DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E NO DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

Assente que está a compreensão de que o instituto das proibições de prova se erige fundamentalmente em nome da pretensão da tutela material dos direitos dos cidadãos, será então de antever que o mesmo se manifeste de forma diferente consoante os direitos dos cidadãos tenham que ser sacrificados por força de imperativo de justiça penal ou de imperativo de justiça contraordenacional.

A Constituição da República Portuguesa concentra a regulação das proibições de prova no Capítulo I do Título II, preceitos que, por força do disposto no art. 18.º da CRP, gozam de aplicação direta, não carecendo da intermediação da legislação ordinária para obrigar entidades públicas e privadas. Do preceituado neste capítulo (em especial da conjugação do disposto nos arts. 32.º, n.º 8 e 34.º, ambos da CRP), tem a doutrina e a jurisprudência vindo a distinguir dois níveis de proteção: de um lado, um âmbito de proteção *absoluto*, no qual se incluirão “*todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa*” e, do outro, uma proteção *relativa* contra meios que representem uma *abusiva* violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações⁹.

Se as proibições absolutas estão intimamente relacionadas com os direitos que a Constituição consagra como invioláveis (art. 25.º da CRP)¹⁰, as proibições relativas estão intimamente relacionadas com os direitos que a Constituição

8 Atendo-nos muito brevemente à relação entre as primeiras e as segundas, poderíamos dizer que embora em regra as proibições de produção de prova determinem a proibição da sua valoração (proibições de valoração dependentes), nem sempre assim sucede. Assim, por exemplo, a violação de meras regras de produção de prova pode não determinar a impossibilidade da respetiva valoração (cf. o já mencionado art. 341.º do CPP) caso a respetiva irregularidade (ou nulidade, se estiver especialmente prevista) não seja invocada. Da mesma forma que podem existir situações em que a prova, ainda que lícitamente produzida, é insuscetível de ser valorada (cf. n.º 7 do art. 187.º do CPP).

9 Marques da Silva, 2008:139.

10 Em idêntico sentido, “*even in the most difficult circumstances, such as the fight against organized crime the protection of fundamental rights remains non-negotiable beyond the exceptions and derogations provided by the Convention itself*” (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 11 de julho de 2006, *Jalloh vs Alemanha*, processo n.º 54810/00).

expressa ou implicitamente reconhece⁽¹¹⁾, mas que admite que sejam limitados ou restringidos em determinadas circunstâncias. Nuns casos, sujeitá-los-á apenas ao princípio de proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP), noutros, exigirá requisitos adicionais, como o sejam as situações atinentes à restrição do (i) direito ao domicílio (art. 34.º n.ºs 1 a 3, da CRP), ou do (ii) sigilo da correspondência, telecomunicações e outros meios de comunicação (art. 34.º n.ºs 1 e 4, da CRP). Cominando com nulidade, em qualquer caso, *todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa* [proteção absoluta], *abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações* [proteção relativa] (art. 32.º, n.º 8 da CRP).

Importa, no entanto, evidenciar algumas particularidades deste regime. A primeira diz respeito à proteção conferida contra a *abusiva intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações*. Com efeito, além do já mencionado art. 32.º, n.º 8 da CRP, a proteção conferida pela Constituição contra este tipo de intromissão encontra-se regulada nos n.ºs 1 e 4 do art. 34.º da CRP, sendo, de acordo com este último número, “*proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”. Ora, além das situações em que existe consentimento do lesado¹² e da exigência de respeito pelo princípio da proporcionalidade, a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação apenas poderá ser realizada se: (i) existir reserva de lei (“*salvos os casos previstos na lei*”)¹³; e (ii) *em matéria de processo penal*.

Uma segunda nota relativamente ao domicílio. Com efeito, além do já mencionado art. 32.º, n.º 8 da CRP, a proteção conferida pela Constituição ao domicílio vem exaustivamente descrita nos n.ºs 1 a 3 do art. 34.º da CRP, dali

11 Como sejam o direito à reserva da vida privada, o direito à palavra, etc. (cfr. arts. 26.º e segs. da CRP). A doutrina e a jurisprudência têm ainda reconhecido dignidade constitucional a outras situações não expressamente previstas nestes preceitos, das quais salientaríamos: (i) a elevação do sigilo profissional à categoria de direitos fundamentais merecedores de tutela constitucional, pelo menos no que respeita ao segredo bancário (sobre esta matéria, cf. Palma, 2010: 189-199 e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 278/95, de 31 de maio de 1995, processo n.º 510/91, e n.º 42/2007, de 23 de Janeiro de 2007, processo n.º 950/2006); ou o (ii) reconhecimento de dimensão constitucional do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* enquanto expressão da dignidade da pessoa humana (neste sentido, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 11-61).

12 Sobre a aplicabilidade a estas situações da relevância do consentimento, ainda que omitido do texto constitucional, veja-se, por todos, Correia, 1999: 52-55.

13 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de março de 2010, processo n.º 886/07.8PSLSB. LI.S1. Na doutrina, Correia, 1999: 59.

sendo de relevar – para os efeitos que aqui nos trazem – duas circunstâncias. A primeira diz respeito ao facto de a proteção ao domicílio poder ser sacrificada perante os interesses da investigação se (i) existir consentimento do visado (art. 34.º, n.º 2 da CRP); ou, em alternativa, (ii) existir reserva de lei e for ordenada pela autoridade judicial competente^{14/15}.

Por seu turno, o legislador ordinário veio corporizar no CPP as orientações dadas pelo legislador constitucional, proibindo determinados métodos de prova e condicionando outros. Assim, consagrou como métodos absolutamente proibidos, sendo nulos e de nenhum efeito (n.ºs 1 e 2 do art. 126.º do CPP), as *“provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”* considerando-se como tal, entre outras, aquelas que, mesmo com consentimento do visado, sejam obtidas mediante qualquer das formas enunciadas no número dois daquele preceito. Distinguindo-as daquelas que são objeto de mero condicionamento, como sejam as restrições ao direito ao domicílio, a intromissão na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação. Assim, em proteção do domicílio, o legislador ordinário distinguiu expressamente entre as buscas domiciliárias e as demais buscas (arts. 174.º e 177.º do CPP) exigindo despacho de autoridade judiciária (art. 174.º, n.º 3) para estas últimas e autorização judicial para as primeiras. Da mesma forma, no que concerne à intromissão na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, o legislador ordinário distinguiu a apreensão de correspondência das demais apreensões (arts. 178.º e 179.º do CPP), apenas no primeiro caso exigindo intervenção judicial, e sujeitando a intromissão nas telecomunicações a autorização judicial (arts. 187.º e 188.º do CPP). Em qualquer dos casos, fixando legislativamente os respetivos pressupostos (cumprindo

14 Ainda que *“no âmbito das buscas domiciliárias, a “reserva de juiz”, prevista no n.º 2 do art. 34.º, deve ser lida cum grano salis à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e em conjunto com o n.º 3 do mesmo artigo, no sentido de permitir que, em determinadas situações, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal possam ordenar a realização de buscas domiciliárias.”* (Miranda & Medeiros, 2005: 769).

15 Relativamente ao domicílio cumpre ainda deixar uma nota que, não obstante a reduzida relevância dogmática do tema, tenderá a assumir um relevo significativo no contexto da questão que aqui nos traz: contrariamente à tendência que se verifica no contexto da jurisprudência do TEDH (cf., a título meramente exemplificativo, Acórdão Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 16 de julho de 2002, *Société Colas vs. França*, processo n.º 31971/97), a doutrina e jurisprudência portuguesas têm tendido a considerar o direito ao domicílio como objeto de proteção constitucional apenas quando se reportem a pessoas físicas mas já não de pessoas coletivas (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 593/08, de 10 de dezembro de 2008, processo n.º 397/08, e Acórdão n.º 596/08, de 10 de dezembro de 2008, processo n.º 1170/07; na doutrina, Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 540 e 546).

o requisito de reserva de lei que lhe havia sido imposto pela Constituição) e admitindo a relevância do consentimento (art. 126.º, n.º 3, *in fine*).

Por seu turno, no que respeita ao enquadramento contraordenacional, em complemento ao regime aplicável por força das disposições constitucionais e legais já mencionadas, consagra o art. 42.º do RGCO:

- A proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação;
- A proibição de utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional;
- A exigência de consentimento do visado quanto a provas que colidam com a reserva da vida privada; e
- Que os exames corporais e a prova de sangue só são admissíveis com consentimento do visado.

Cumpra, no entanto, realçar que o regime previsto no RGCO é frequentemente derogado por legislação especial atinente a diversos sectores específicos. Assim, por exemplo, (i) o segredo profissional (bancário) *é derogado relativamente ao* “(a) ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições; (b) À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições; (...); (e) À administração tributária, no âmbito das suas atribuições;”¹⁶, (ii) as buscas são admitidas em diversos regimes legais, em alguns casos mediante autorização de autoridade judiciária¹⁷, noutros por iniciativa exclusiva da própria autoridade administrativa¹⁸, sendo inclusivamente (iii) admitidas as buscas domiciliárias, obtida a necessária autorização judicial, em determinados regimes administrativos¹⁹.

Do que se deixou exposto, podemos agora traçar um quadro hierarquizado quanto às proibições de prova nos diversos ordenamentos. Assim, num *primeiro nível de proibições*, incluir-se-á qualquer método de obtenção de meio de prova que colida com a dignidade da pessoa humana ou com os princípios do Estado Democrático de Direito, as anteriormente identificadas *proibições*

16 Cf. art. 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF).

17 Cf. arts. 18.º, n.º 1, al. e) e 18.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

18 Cf. arts. 364.º do Código dos Valores Mobiliários (CdVM), 120.º, n.º 3 do RGICSF ou art. 18.º da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais (LQCA).

19 Cf. art. 215.º, n.º 2 do RGICSF.

absolutas, cuja produção será irrestritamente proibida à luz do ordenamento jurídico português.

Num *segundo nível de proibições*, incluir-se-á a proibição de utilização de métodos de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais dos cidadãos tutelados pela Constituição, mas cuja proteção admite derrogação à luz da ponderação do interesse preponderante e, em alguns casos, mediante o preenchimento de determinados pressupostos específicos (como sucederá com a proteção conferida à correspondência, meios de telecomunicações ou ao domicílio, por exemplo).

Por fim, num *terceiro nível de proibições*, deparamo-nos com a panóplia de métodos de obtenção de prova que o legislador ordinário, à luz da ponderação do interesse preponderante, por regra reservou ao processo penal mas pontualmente alargou a processos de natureza administrativa tendo em consideração a especial sensibilidade ou importância do sector em causa (aqueles que são admitidos no âmbito do CPP mas restringidos no âmbito do RGCO).

III. IDENTIFICAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE POTENCIAL CONFLITO

Assim desenhados os contornos das proibições de prova, cumpre agora identificar os potenciais pontos de colisão dentro da linha de raciocínio que vimos problematizando, isto é, com vista a determinar em que medida as diferentes configurações que o instituto das proibições de prova assume em cada um dos tipos processuais pode condicionar a possibilidade de comunicação de elementos de prova entre eles. Ressalve-se, porém, que a análise que aqui se pretende fazer se circunscreve às situações abstratamente consagradas na lei, isto é, não tomando em consideração a aplicação ao caso concreto do princípio da proporcionalidade, nas suas dimensões de necessidade, adequação e proporcionalidade a que já se aludiu anteriormente.

Clarificado este pressuposto, diríamos então que não se suscitarão quaisquer dúvidas quanto a todas as provas obtidas através de *métodos* de obtenção prova inscritos na primeira órbita de proteção porquanto quer a Constituição quer a lei ordinária proíbem, de forma absolutamente incondicionada, a possibilidade de valoração de provas obtidas por qualquer destas vias. Trata-se, nestes casos, de verdadeiras *proibições de produção de prova* cuja validade é inelutavelmente inquinada face à violação dos valores que representam.

Tudo o mais será controverso. Desde logo porque nas situações em que a Constituição prevê expressamente determinados condicionamentos à produção e/ou valoração de prova, como sucede quanto aos meios de prova obtidos

mediante intromissão das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, por exemplo, importará verificar se esses condicionamentos estão previstos apenas para o processo de produção de prova ou também para a sua valoração noutro processo que não o processo onde foram produzidos²⁰. Depois porque nas situações – que constituem a larga maioria – em que a Constituição não impõe concretas limitações ou condicionamentos à produção ou à valoração de meios de prova, relega-se para o legislador ordinário a tarefa de definir os respetivos pressupostos de admissibilidade no contexto de cada processo. Tratar-se-á, nestes casos, de aferir em que medida a lei ordinária, designadamente o art. 42.º do RGCO, permite a valoração num determinado processo de prova já *produzida* de acordo com as normas aplicáveis a outro processo.

Podemos, assim, subsumir os potenciais focos de conflito às seguintes hipóteses:

- a) É possível valorar num determinado processo de contraordenação provas obtidas em processo penal que se encontram interditas ao processo de contraordenação à luz do disposto no art. 42.º do RGCO?
- b) É possível aproveitar num determinado processo de contraordenação provas obtidas em processo penal mediante *ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*?

IV. FUNDAMENTOS DA ADMISSIBILIDADE EM PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO PENAL

A resposta à primeira questão, quando colocada relativamente a situações de concurso efetivo resolvidas à luz do art. 38.º do RGCO (portanto, sujeitas ao julgamento por uma só entidade) é, na realidade, um falso problema. Isto porque, a estas situações se refere o n.º 1 do art. 78.º do RGCO que dispõe que “[s]e o mesmo processo versar sobre crimes e contraordenações, havendo infracções que devam apenas considerar-se como contraordenações, aplicam-se, quanto a elas,

20 Uma palavra especial merece o problema do domicílio. Com efeito, neste caso, a Constituição não “reserva” este método “aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, mas exige tão-somente a intervenção de autoridade judicial que, de resto, tanto pode ser obtida num processo penal como num processo administrativo (cf. art. 215.º n.º 2, do RGICSF). Trata-se, assim, de uma verdadeira regra de produção de prova, cominada com a consequente proibição de valoração mas que, se devidamente *produzida*, poderá ser legitimamente valorada em qualquer processo de qualquer natureza. Isto, claro, se o art. 42.º do RGCO for derogado por regra especial porquanto, nos termos do n.º 2 daquele preceito, “[a]s provas que colidam com a reserva da vida privada (...) só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito”.

os artigos 42.º(...)”. Ora, daqui resulta que: (i) relativamente às infrações que constituam apenas contraordenação (e não crime)²¹, serão objeto das limitações a que se refere o art. 42.º do RGCO; e, (ii) *a contrario*, relativamente às infrações que constituam simultaneamente crimes e contraordenações, não será aplicável a mencionada limitação, o que significa que vigorarão, quanto a estas, apenas as limitações aplicáveis à produção ou valoração de prova emergentes da Constituição (aplicável directamente por força do disposto no art. 18.º da CRP) e do CPP (aplicável subsidiariamente por força do disposto no art. 41.º, n.º 1 do RGCO).

Esta solução, com a qual concordamos sem reservas, visa, em nossa opinião, salvaguardar a coerência do sistema impedindo que se criem incongruências intoleráveis na própria decisão como seria o caso se, por exemplo, o mesmo facto fosse dado como provado para a demonstração do crime e como não provado para a demonstração da contraordenação. Acresce que, nesta situação, a valoração do mencionado meio de prova é insuscetível de gerar qualquer dano adicional pois, por um lado, o dano gerado com a *produção de prova* já foi causado no contexto do processo criminal e, por outro, o dano a gerar pela via de valoração²² ir-se-á gerar de igual forma quando aquele meio de prova for reproduzido em audiência relativa ao julgamento do crime (isto é, na mesma audiência em que se apreciará também a contraordenação).

Contudo, a resposta dada pelo art. 78.º do RGCO, no sentido de ultrapassar as limitações inicialmente impostas ao processo de contraordenação pelo art. 42.º do RGCO não permite, pelo menos directamente, dar resposta ao problema relativamente a todas as relações geradas entre processos de natureza criminal e processos de natureza contraordenacional. Isto porque, no âmbito de diversos sectores de atividade o legislador entendeu ser de autonomizar o processo contraordenacional do processo criminal²³, originando assim diversas situações em que aqueles factos (naturalisticamente considerados) não são

21 O que poderá suceder, por exemplo, quando esteja em causa a apreciação de um crime e de uma contraordenação, no mesmo processo, mas emergentes de condutas autónomas ou praticadas por diferentes sujeitos.

22 Aquilo que Costa Andrade, acompanhando OTTO, refere quanto às “*gravações, fotografias, filmes, diários e segredos cuja valoração em processo penal reproduzirá normalmente a danosidade social e o atentado aos bens jurídicos tipicamente protegidos, já consumado com a respetiva produção sem ou contra a vontade de quem de direito*” (Costa Andrade, 2006:42).

23 Sem que se pretenda ser exaustivo, vd. arts. 208.º do RGICSF, 420.º do CdVM, 12.º do Regime das Contraordenações Aeronáuticas Civas ou 28.º da LQCA.

objeto de um único processo mas de dois processos distintos e, nessa medida, se suscita a dúvida sobre se é ou não de lhes aplicar o mesmo regime.

Em prol da aplicabilidade daquele preceito também aos processos autónomos parecem abonar dois argumentos. Por um lado, um argumento sistemático: o carácter subsidiário assumido pelo RGCO face aos regimes sancionatórios sectoriais e, nessa medida, na ausência de disposição expressa, o art. 78.º do RGCO seria aplicável também àqueles processos. Por outro, o facto de valer também aqui, *mutatis mutandis*, a justificação que preside à consagração desta derrogação no âmbito dos processos contraordenacionais e criminais julgados em concurso por uma única entidade: o risco de gerar uma discrepância na demonstração dos (mesmos) factos, consoante o processo em que fossem apreciados.

Contra esta posição poder-se-ia defender, no entanto, que, contrariamente ao que sucede quando existe conexão de processos, a mera valoração da prova proibida em sede contraordenacional – na medida em que iria constituir um segundo momento de reprodução, independente do que iria suceder no âmbito criminal – reproduziria o mal já infligido aquando da sua produção. Não cremos, porém, que este argumento seja decisivo. E isto porque, salvo nos meios de prova que colidam diretamente com a reserva da vida privada (a que aludiremos de seguida), não cremos que, atenta a natureza do processo contraordenacional²⁴, a simples reprodução da generalidade dos meios de prova possa causar, por si só, um dano ao titular do bem jurídico sacrificado para a obter. Assim, por exemplo, a valoração em sede de procedimento contraordenacional de relatório que ateste a quantidade de gramas de álcool no sangue, resultado de uma colheita de sangue coativamente imposta a um determinado cidadão no âmbito de um processo de natureza penal para demonstração de um crime de condução perigosa, ao abrigo do disposto no art. 172.º do CPP, não é suscetível de, só pela sua simples valoração, causar novo dano a quem a ela foi sujeito.

O que se deixou dito não dispensará, como já foi por diversas vezes sublinhado, uma ponderação casuística à luz do princípio da proporcionalidade, nos termos do disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP, que tenderá a calibrar os pratos da balança em relação à situação em concreto.

24 Que implica que, regra geral, não estejam em causa direitos eminentemente pessoais dos cidadãos e, mesmo quando estão em causa direitos eminentemente pessoais, dificilmente estes se situam na sua esfera de intimidade.

Contudo, além das situações em que o legislador ordinário consagra uma proibição de produção ou valoração de determinados meios de prova que o legislador Constitucional não proibiu, outras situações existem em que é o próprio legislador Constitucional que impõe limitações a essa produção ou valoração. Assim, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 34.º da CRP, é proibida “*toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

A interpretação do que o legislador constitucional tenha pretendido dizer com a parte final daquele preceito não é despicienda para os efeitos que aqui se discutem. Com efeito, se o legislador apenas tivesse pretendido condicionar a *produção* de meios de prova mediante a ingerência na *correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*, então estaríamos perante *proibições de produção* de prova que, por si só, não determinariam a impossibilidade da sua valoração posterior em sede de processo contraordenacional caso os mencionados meios de prova tivessem sido licitamente obtidos. Se, ao invés, o legislador constitucional tivesse pretendido proibir a valoração de todo e qualquer meio de prova com exceção dos que fossem utilizados no processo penal, então estaríamos perante verdadeiras proibições de valoração de prova que inquinariam inelutavelmente qualquer pretensão de valoração da prova fora daquele estrito âmbito.

Creemos não ser de sustentar esta segunda posição. Desde logo pelo seu argumento literal: se o legislador tivesse pretendido afirmar que aquela prova apenas seria suscetível de valoração em processo penal ter-se-ia exprimido de outro modo, designadamente não se referindo expressamente ao processo de “*ingerência nas*”, que obviamente sugere o *processo de produção*, não o de *valoração*. Aliás, já o art. 42.º do RGCO transmite idêntica e até reforçada percepção pois proíbe “*a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações*”, formulação que contrasta com a proibição de “*utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*” previsto no mesmo preceito. Depois porque, da mesma forma que acompanhamos os autores que sustentam que será de comunicar ao pedido de indemnização civil os elementos probatórios obtidos no respectivo processo penal²⁵, julgamos que idênticos motivos e fundamentos deverão valer quando esteja em causa a cumulação, no mesmo processo, de responsabilidade criminal e contraordenacional nos termos do

25 Miranda & Medeiros, 2005: 777.

disposto no art. 78.º do RGCO. Aliás, este artigo, aplicável às situações de concurso efetivo de crimes e contraordenações, não derroga (*a contrario*) o n.º 2 ou a parte final do n.º 1 do art. 42.º do RGCO; antes derroga o artigo 42.º RGCO como um todo, incluindo a proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações.

É verdade que o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de considerar inadmissível a obtenção de prova em compressão do direito à privacidade para efeitos de utilização em processos de natureza não penal²⁶, mas pronunciou-se somente sobre a *proibição de obtenção* de tal prova, não sobre a proibição de *valoração* de prova já validamente produzida. Por outro lado, também se poderia argumentar que não podem ser ignorados os sinais restritivos transmitidos pelo legislador quando proíbe a valoração dos conhecimentos fortuitos (portanto, conhecimentos obtidos com uma determinada finalidade mas que se pretende que sejam utilizados com outra), designadamente o regime estabelecido no n.º 7 do art. 187.º do CPP. Sucede, porém, que as restrições impostas aos *conhecimentos fortuitos* visam impedir a utilização daqueles elementos probatórios *noutro* processo, o que pressupõe que estejamos perante factos novos e distintos dos que estão em investigação no processo onde teve origem. É que, como salienta Costa Andrade, uma coisa são conhecimentos fortuitos e outra os chamados conhecimentos de investigação, pertencendo a estes últimos, entre outros, “*os factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação (...)*”²⁷, como sucederá nas hipóteses (de concurso ideal) que aqui abordamos. Nestas situações, em que meramente se pretende que a prova obtida seja utilizada para demonstração dos *mesmos* factos, não nos parece que subsistam fundamentos para impedir a sua valoração.

Mas o que se deixou dito não significa admitir, sem mais, a comunicabilidade da prova obtida quando esteja em causa o aproveitamento de prova obtida mediante *ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação* do processo de criminal para o processo de contraordenação. Desde logo porque contrariamente ao que *tendencialmente* sucederá no contexto dos demais meios de prova, a reprodução em juízo de uma determinada

26 No caso tratava-se de um processo de natureza laboral (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 241/02, de 29 de maio de 2002, processo n.º 444/01).

27 Cf. Costa Andrade, 2006: 306. No mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de outubro de 2002, processo n.º 02P2133.

correspondência ou transcrição de telecomunicação pode representar, por si só, uma reprodução da danosidade já infligida aquando da obtenção desse elemento de prova, facto que, nas situações de autonomia dos processos, pode efetivamente significar uma repressão adicional dos direitos do cidadão. Depois porque perante a pretensão de *valorar* meios de prova que podem restringir (novamente) o direito à intimidade e reserva da vida privada dos cidadãos, cumprirá ter presente que, se se tratar da aferição da responsabilidade contraordenacional em processo autónomo, se estará a restringir aquele direito exclusivamente em nome da tutela de um bem jurídico ao qual não é sequer reconhecida dignidade para ser penalmente tutelado.

CONCLUSÃO

A responsabilidade penal pode coexistir com a responsabilidade contraordenacional com vista à apreciação dos mesmos factos naturalísticos. À luz do princípio de liberdade de prova consagrado no art. 125.º do CPP, são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei; porém, em nome da tutela dos direitos dos cidadãos face à repressão inerente à atividade investigatória das autoridades, são erigidas proibições de prova que representam restrições legalmente impostas à descoberta da verdade, que se regem por princípios de materialidade (visam fundamentalmente a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos) e de proporcionalidade (estando tanto mais autorizadas quanto maior for a dignidade dos bens jurídicos a tutelar).

Em nome destes princípios, o legislador constitucional erigiu um conjunto de restrições à liberdade de *produção* de prova no exercício da atividade investigatória, proibindo em absoluto, nuns casos, determinados métodos de obtenção de prova e, noutros, sujeitando outros métodos de obtenção de prova a determinadas finalidades ou condicionalidades.

Em cumprimento da orientação constitucional que lhe foi imposta, o legislador ordinário, por seu turno, proibiu a *produção e valoração* de determinados meios de prova no âmbito do processo penal, indo significativamente mais longe no estabelecimento dessas proibições no âmbito do processo contraordenacional do que o fez no âmbito do processo penal, o que bem se compreende à luz da relevância significativamente menor dos bens jurídicos a tutelar no âmbito do direito de mera ordenação social.

Sucede, porém, que não obstante as diferentes configurações que o instituto das proibições de prova assume consoante o processo a que diz respeito, ele não deve impedir a *valoração* em processo de contraordenação dos meios de prova

produzidos no processo penal, quando estejam em causa julgamentos sobre os mesmos factos. Fundamentalmente por dois motivos: por um lado porque, regra geral, será a *produção* dos meios de prova – e já não a sua *avaliação* – que representa a compressão dos direitos fundamentais dos cidadãos; e, por outro, porque mesmo quando o legislador ordinário foi mais longe do que o legislador constitucional, impondo verdadeiras proibições de avaliação de prova no âmbito do direito de mera ordenação social (veja-se, por exemplo, o segredo profissional no âmbito do art. 42.º do RGCO), foi o próprio legislador que sacrificou essa proibição de avaliação em nome da necessidade de coerência e uniformidade das decisões judiciais quando esteja em causa uma situação de concurso de infrações.

O que se deixou dito não prescinde, porém, da necessidade de lançar mão do princípio da proporcionalidade, no sentido de avaliar se a *avaliação* desses meios de prova (produzidos no processo penal em conformidade com as disposições legais vigentes) importa, ou não, novo sacrifício dos direitos dos cidadãos. Sendo certo que, se tal corresponde a uma imposição constitucional aplicável a todas as restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, decorrente da atividade de investigação do Estado, ela será particularmente evidente e relevante quando estejamos perante a avaliação de provas obtidas mediante *ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação* num processo autónomo porquanto a sua reprodução tenderá a constituir, por si só, uma (nova) forma de dano infligido ao visado titular do correspondente direito à reserva da vida privada.

BIBLIOGRAFIA

- COSTA ANDRADE, Manuel da
2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES CANOTILHO, J. J. & VITAL MOREIRA
2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, João Conde
1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência, e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da C.R.P.)?” *in Revista do Ministério Público*, n.º 79, pp. 45-68.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
1983 “Para uma reforma global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e algumas orientações fundamentais”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 189-242.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da
2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-61.
- SOUSA MENDES, Paulo de
2004 “As proibições de Prova em Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui de
2005 *Constituição da República Portuguesa anotada*, t. I, 2.^a ed., Coimbra: WoltersKluwer – Coimbra Editora.
- PALMA, Maria Fernanda
2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, *2.º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL)*, Coimbra: Almedina, pp. 189-199.
- MARQUES DA SILVA, Germano
2006 “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, pp. 37-53.
- 2008 *Curso de Processo Penal*, II, 4.^a ed., Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.

SCALPING: ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA OU MANIPULAÇÃO DE MERCADO?*

Miguel Brito Bastos

ABSTRACT: *This article analyses whether the practice referred to as “scalping” is deemed a criminal offense under Portuguese law. The problem is posed by summarizing some landmark decisions of North American and German case law. It is further argued that this behavior does not constitute an offense of insider trading and that it does not subsume under the Article 379 CVM, even if the Market Abuse Directive treats scalping as a form of market manipulation, as the only segment of Article 379 CVM whose possible literal meaning could include scalping (that which deems unlawful “other fraudulent practices”) is contrary to the nullum crimen sine lege certa principle and therefore unconstitutional.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Casuística. 2. Colocação do problema. 3. O *scalping* como abuso de informação privilegiada. 3.1. A extensão do conceito de “informação” do art. 378.º, n.º 3, CVM: juízos de valor, prognósticos e intenções. 3.2. O âmbito de proteção do crime de informação privilegiada: delimitação de esferas de responsabilidade e a necessária “exterioridade” (*Drittbezug*) das circunstâncias. 4. O *scalping* como manipulação de mercado. 4.1. Divulgação de informações falsas por declaração tácita de inexistência de conflito de interesses. 4.2. A não divulgação da situação de conflito de interesses: manipulação de mercado por omissão impura? 4.3. O *scalping* como “outra prática fraudulenta”: limites da interpretação conforme ao direito da União Europeia em direito penal e a inconstitucionalidade do art. 379.º, n.º 1, 3.ª parte, CVM. Conclusão: a não punibilidade do *scalping* na ordem jurídica portuguesa.

INTRODUÇÃO

Numa primeira noção, o conceito de *scalping* pode ser recortado como referindo o comportamento do agente que, após a aquisição de determinados

* O presente texto corresponde, com alterações de pormenor, ao relatório entregue no âmbito do II Curso de Pós-Graduação em Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2008/2009. Apenas foram considerados elementos bibliográficos e jurisprudenciais até Setembro de 2009.

valores mobiliários, recomenda a terceiros a aquisição do mesmo, alienando seguidamente os valores previamente adquiridos, destarte obtendo um lucro correspondente a uma subida das cotações derivada da sua própria recomendação. Pressuposto é aqui que o agente tenha capacidade de influenciar as cotações, seja pela função que ocupa no mercado, seja pela sua reputação¹. O enquadramento jurídico-penal deste comportamento tem suscitado acesas controvérsias, em especial na literatura referente aos ordenamentos jurídicos nos quais os tribunais foram já chamados a pronunciar-se sobre a questão. A discussão centra-se na qualificação deste comportamento como *insider trading* ou como manipulação de mercado, variando as propostas de solução entre os pólos correspondentes à defesa veemente da atipicidade penal do *scalping* e à afirmação de que através deste comportamento concorrem ambas as normas incriminadoras². Esta acentuada disparidade entre as propostas quanto ao enquadramento jurídico-penal do comportamento descrito explica-se por o mesmo convocar um conjunto de questões problemáticas na dogmática do abuso de informação privilegiada e da manipulação de mercado³. A análise do enquadramento jurídico-penal do *scalping*, mais do que um interesse prático imediato⁴, tem, desta forma, o interesse de contribuir para a clarificação de aspetos localizados da dogmática geral do abuso de informação privilegiada e da manipulação de mercado.

Importa notar que o problema descrito assume uma nova configuração após a Diretiva n.º 2003/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003, relativa ao abuso de mercado. Este diploma qualifica, de forma algo vaga, como manipulação de mercado uma classe relevante de casos reconduzíveis à noção de *scalping*⁵. Em virtude da inaplicabilidade direta das Diretivas, este dado não resolve definitivamente a questão sobre o enquadramento jurídico-penal do comportamento acima descrito. Uma resposta ao problema apenas poderá apoiar-se na transposição da Diretiva, designadamente

1 Nos casos paradigmáticos referidos como *scalping*, os agentes são analistas financeiros, jornalistas económicos ou sujeitos com funções semelhantes (Lenenbach, 2003: 243, Rudow, 2006: 2).

2 Volk, 1999a: 66 ss., Volk, 1999b: 787 ss. e Schröder, 2004: n.ºs 124 ss.

3 Salientam-no Scheider & Burgard, 1999: 381.

4 É certo que se trata de um comportamento de rara ocorrência, o qual, ao que tenho conhecimento, nunca se colocou perante a CMVM ou tribunais portugueses.

5 Cfr. *infra* 4.

nos artigos 378.º e 379.º CVM, e esta transposição, adiante-se, depara-se com problemas de conformidade constitucional.

1. CASUÍSTICA

Foi no ordenamento jurídico norteamericano que primeiro surgiu o debate sobre a justificação da cominação de sanções aos *scalpers*. O *leading case* a este respeito é, ainda hoje, o caso *SEC v. Capital Gains Research Bureau, Inc.*⁶, no qual o *Supreme Court* foi chamado a pronunciar-se sobre se a conduta de um analista financeiro que compra para si determinadas ações pouco tempo antes de as recomendar para investimento e, imediatamente após essa recomendação, vende as ações previamente adquiridas, sem informar os clientes de que é titular de ações recomendadas e obtendo lucros gerados pela subida das cotações devido aos efeitos da sua recomendação, se caracteriza “*as a fraud or deceit upon any client or prospective client*”, nos termos do *Investment Advisers Act* de 1940⁷. Aí, o réu havia, em seis diferentes ocasiões entre 15 de março de 1960 e 7 de novembro do mesmo ano, adquirido ações antes de as indicar nas recomendações de investimento a longo prazo enviadas aos seus (cerca de 5.000) clientes. Em cada uma dessas ocasiões, a recomendação teria gerado um acréscimo da liquidez e da cotação das ações nos dias subseqüentes e em todas as seis ocasiões o réu alienou as ações previamente adquiridas, beneficiando do aumento das cotações provocado pelas suas recomendações, obtendo lucros num total de cerca de 20.000 dólares. Os seus clientes nunca foram informados destas transações. Contrariamente ao que havia decidido o *District Court* e o *Court*

6 *S.E.C. v. CAPITAL GAINS BUREAU*, 375 U.S. 180 (1963). Sobre esta decisão, cfr. a síntese de Hazen: 2002, 840-841.

7 Cujá Secção 206 estabelece que: “*It shall be unlawful for any investment adviser, by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly – (1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client; (2) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client; (3) acting as principal for his own account, knowingly to sell any security to or purchase any security from a client, or acting as broker for a person other than such client, knowingly to effect any sale or purchase of any security for the account of such client, without disclosing to such client in writing before the completion of such transaction the capacity in which he is acting and obtaining the consent of the client to such transaction. The prohibitions of this paragraph (3) shall not apply to any transaction with a customer of a broker or dealer if such broker or dealer is not acting as an investment adviser in relation to such transaction; (4) to engage in any act, practice, or course of business which is fraudulent, deceptive, or manipulative. The Commission shall, for the purposes of this paragraph (4) by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts, practices, and courses of business as are fraudulent, deceptive, or manipulative.*”

*of Appeal*⁸, o Supremo Tribunal norteamericano decidiu que os factos descritos preenchem a Secção 206, par. 1, do *Investment Advisors Act*, entendendo que a palavra “fraud” tem aí um significado mais amplo do que o seu sentido técnico comum⁹. Existindo um conflito de interesses e sendo este conflito omitido aos destinatários da recomendação – omissão essa que impediria os destinatários de avaliar a sobreposição de motivações do analista – a intenção do legislador de manter um clima de *fair dealing* e, assim, preservar a confiança no mercado de valores mobiliários, implicaria a irrelevância do carácter “desonesto” da recomendação, bem como do facto de a recomendação ter sido motivada pelo propósito de obter vantagens pecuniárias. Em suma, foi decidido que “*it is the practice itself, however, with its potential for abuse, which ‘operates as a fraud or deceit’ within the meaning of the Act when relevant information is suppressed*”. Esta decisão não foi, porém, incontestada. Em voto de vencido, o juiz Harlan defende que a Secção 206, par. 1, do *Investment Advisors Act* utiliza os conceitos de *fraud* e de *deceit* nos sentidos tradicionais da *common law*, pelo que, apesar de a informação aos clientes da situação de conflito de interesses ser salutar, a sua omissão não constitui como ilícito o comportamento dos analistas, o qual apenas se verificaria caso as recomendações em questão fossem erróneas ou se visassem prejudicar os clientes¹⁰.

O segundo *landmark* da jurisprudência norteamericana a propósito do *scalping* encontra-se na decisão do caso *Zweig v. Hearst Corp.*, julgado pelo *Ninth Circuit* do *Court of Appeals* em 1979¹¹. A situação apreciada pelo tribunal pode ser sintetizada da seguinte forma: Alex Campbell, jornalista no *Los Angeles Herald-Examiner* – jornal detido pela *Hearst Corporation* – assinava quatro ou cinco vezes por semana uma coluna financeira onde escrevia sobre pequenas sociedades da Califórnia do Sul. Frequentemente, comprava ações das sociedades sobre as quais tencionava escrever favoravelmente nas suas

8 Na opinião dos tribunais inferiores, para que houvesse *fraud* no sentido em que entendiam que a palavra devia ser lida no contexto do *Investment Advisors Act*, seria necessário que se demonstrasse a intenção de prejudicar os clientes ou que estes tivessem efetivamente perdido dinheiro, o que não havia ficado provado.

9 Segundo o tribunal, “*fraud has a broader meaning in equity [than at law] and intention to defraud or to misrepresent is not a necessary element [...]. Indeed, in the sense of a court of equity [fraud] properly includes all acts, omissions and concealments which involve a breach of legal or equitable duty, trust, or confidence, justly reposed, and are injurious to another, or by which an undue and unconscientious advantage is taken of another*”.

10 Manne, 1966: 113 ss.

11 Richard L. Zweig and Muriel Bruno v. the Hearst Corporation, a Corporation, Alex N. Campbell, H.W. Jamieson, E.L. Oesterle, 594 F.2d 1261 (9th Cir. 1979).

próximas colunas, sendo que, depois da respectiva publicação, a qual influenciava positivamente as cotações dessas ações, as vendia, dessa forma obtendo consideráveis lucros¹². Em finais de maio ou inícios de junho de 1969, Campbell entrevistou os administradores de uma sociedade denominada ASI. Estes não lhe deram informação completa e precisa sobre a sociedade, tendo omitido qualquer menção aos problemas pelos quais a sociedade passava. Por sua vez, o jornalista não procedeu a qualquer investigação independente antes de publicar a sua coluna. Dois dias antes dessa publicação, que retrataria a ASI de um modo excessivamente abonatório, Campbell adquiriu 5.000 ações da sociedade por 2 dólares cada, tendo vendido no dia em que a coluna foi publicada 2000 dessas ações a 5 dólares cada – recuperando a totalidade do dinheiro investido e mantendo ainda 3.000 ações na sua carteira. A drástica subida da cotação das ações deveu-se à coluna que o réu havia escrito e o *Court of Appeals* considerou como uma inferência razoável que o réu sabia que a sua publicação teria este efeito. A questão da ilicitude da conduta do jornalista não se põe aqui, naturalmente, perante o *Investment Advisors Act* de 1940, ao qual o autor não estava sujeito. O preceito no qual os autores fundamentam a sua pretensão – à qual o tribunal deu seguimento – é a regra 10b-5 do *Securities Exchange Act* de 1934¹³. O tribunal entendeu que “à regra 10b-5 não deve ser atribuída uma extensão que exija a cada repórter ou colunista financeiro a revelação do seu portfólio a todos os seus leitores, mas a mesma proíbe as atividades daquele que usa a sua coluna como parte de um esquema para manipular o mercado e enganar o público investidor”. Assim, o réu foi considerado responsável pelos danos causados aos leitores que leram a sua coluna e compraram ações a um preço artificialmente

12 Num período de dois anos, o réu adquiriu ações de sociedades que viria a promover na sua coluna vinte e duas vezes, sendo que em vinte e uma dessas obteve lucros com a alienação das ações nos cinco dias posteriores a cada publicação das respetivas colunas.

13 Note-se, porém, que, como salienta Hazen, 2002: 841, o caso *Zweig* encontra-se numa relação de continuidade com o caso *Capital Gains Research Bureau*: aí, por várias vezes, e ainda que sem nunca referir a regra 10b-5, o tribunal descreve o *undisclosed scalping* como uma violação da proibição de atos que operem como fraude na compra ou venda de valores mobiliários (10b-5(c) do *Securities Exchange Act*) e da proibição de *material misstatements or omissions* na compra e venda de valores mobiliários (10b-5(b) do *Securities Exchange Act*). Segundo a regra em questão (epigrafada *Employment of Manipulative and Deceptive Practices*): “It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange, (a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security”.

alto e ainda pelos danos sofridos pelos acionistas de outra sociedade que não tinham lido a coluna, mas que viram diminuído o número de ações que receberam num processo de fusão com a ASI, em virtude do valor artificialmente elevado das ações desta última sociedade. A justificação desta imputação de danos alicerçou-se na comissão de uma *fraud on the market* pelo autor e no facto de os investidores “terem confiado num mercado livre e isento de manipulações, para cuja proteção o direito dos valores mobiliários federal foi concebido”.

Comparando os dois casos paradigmáticos sobre o *scalping* na jurisprudência norte-americana, são entre eles nítidas duas diferenças: a primeira diz respeito à posição dos respetivos agentes no mercado e à consequente dissimilitude dos diplomas aplicáveis. Se em *Capital Gains Research Bureau*, o agente é um analista financeiro, sujeito por isso ao *Investment Advisers Act* de 1940, o jornalista do caso *Zweig* está fora do âmbito de aplicação desse diploma. Aplica-se-lhe, porém, como foi visto, o 10b-5 do *Securities Exchange Act*. Por sua vez, este não exclui do seu âmbito de aplicação os analistas financeiros: também eles estão sujeitos às proscricções da regra 10b-5(b). Por outro lado, no caso *Zweig* ficou provado que a informação sobre o emitente visado na coluna escrita pelo réu era errónea – isto apesar de o tribunal ter considerado que o agente não tinha conhecimento dessa falsidade. Já no caso *Capital Gains Research Bureau*, não foi sequer alegada pela SEC a falsidade da informação ou a desonestidade da recomendação e o tribunal considerou a existência dos mesmos como irrelevante.

Também na jurisprudência alemã se encontra uma relevante casuística sobre o *scalping*, que desencadeou um volume considerável de estudos doutrinários sobre o problema do correspondente enquadramento penal. O início desta discussão foi desencadeado pelo chamado *Prior Fall*, no qual o réu – Egbert Prior – era um jornalista económico que apresentava um programa televisivo chamado *Prior-Börse*, no qual dava recomendações sobre investimento em valores mobiliários. Dada a sua popularidade e a sua reputação de “guru da bolsa”, as cotações das ações recomendadas no programa eram invariavelmente inflacionadas. De acordo com a acusação, Prior havia adquirido determinadas ações *com o fim de, após recomendar a sua aquisição* no seu reputado programa, *as alienar*, dessa forma obtendo mais-valias. O *LG Frankfurt* não condenou Prior, por não considerar provado para além de qualquer dúvida razoável que o réu havia adquirido as ações em questão já após ter decidido a sua posterior recomendação. Embora se trate de uma decisão de não condenação, trata-se de um acórdão de grande importância para o estudo desta matéria. Afinal,

ao considerar necessária a prova de que o réu adquiriu as ações já munido da intenção de posteriormente as recomendar, enquadrando a situação no §14 LG Frankfurt WpHG¹⁴: ou seja, entendeu que a situação, tal como descrita pela acusação, configuraria uma situação de abuso de informação privilegiada¹⁵.

A segunda referência da jurisprudência germânica a este propósito encontra-se no caso Opel, no qual se encontra a primeira condenação por *scalping* no ordenamento alemão e a primeira – e, até hoje, a única – decisão do *Bundesgerichtshof* sobre a qualificação penal do *scalping*. Acresce que a evolução deste processo reflete a evolução da doutrina maioritária sobre o problema aí decidido. Os factos dados como provados eram os seguintes: Sacha Opel trabalhava desde 1997 na revista *Der Aktionär*, na qual era o responsável pela análise e recomendação de ações cotadas no *Neuer Markt* – no qual eram exclusivamente transacionadas ações de jovens sociedades do mercado tecnológico. Para além disto, era editor de um folheto sobre a bolsa chamado *Neuer Markt Inside*, o qual incidia exclusivamente sobre ações cotadas nesse mercado e participava, também, num programa televisivo. Sacha Opel era considerado como o grande especialista alemão neste segmento de mercado, o que dotava os seus textos de grande influência tanto junto dos investidores institucionais como dos pequenos investidores. Além da sua atividade como jornalista, Opel era ainda consultor financeiro da *GFBK mbH*, sociedade gestora de vários fundos de investimento mobiliário com especial atividade no *Neuer Markt*, entre os quais se contavam o *DAC-Konstrast-Universal-Fond*, com um volume de investimentos na ordem dos 472.000.000 DM e o *H&A DAC Neuer-Markt-Fonds*, com um volume de investimento de cerca de 50.000.000 DM. Conjuntamente com K., Opel constituiu um fundo de investimento mobiliário. Subsequentemente, K. angariaria investidores para o fundo, enquanto Opel indicaria os valores mobiliários a adquirir pelo fundo e utilizaria a sua influência para provocar a subida das respetivas cotações. Por fim, esses valores mobiliários seriam vendidos pelo fundo. O esquema foi levado a cabo por várias vezes: o fundo adquiriria, sob indicação do réu, determinadas ações, e, logo de seguida – com intervalos tão curtos como sete minutos – Opel recomendaria a aquisição de grandes quantidades dessas ações aos investidores

14 LG Frankfurt 90.11.1999, 5/2 KLS 92 Js 23419.2/98.

15 A decisão foi ainda objeto de recurso da *Staatsanwaltschaft*, mas este foi considerado improcedente pelo *OLG Frankfurt*, por razões processuais que não cabe aqui abordar (cfr. *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. V. 15.3.2000, 1 Ws 22/00).

institucionais que aconselhava. Note-se que, dada a reputação do réu, estes últimos executavam as suas recomendações quase instantaneamente. Noutros casos, os meios utilizados para recomendar os valores mobiliários adquiridos seriam as suas colunas na imprensa especializada e declarações num programa televisivo em que participava. Perante esta factualidade, o *LG Stuttgart* considerou que Opel teria incorrido no delito de *insider trading*. Seguiu, assim, a qualificação já sustentada, dois anos, pelo *LG Frankfurt* no caso Prior: Opel tinha adquirido ações munido da *informação* de que, posteriormente, ia recomendar a aquisição desses mesmos títulos e de que isso geraria, dada a sua reputação, uma subida das cotações. Os réus interpuseram, porém, recurso desta decisão para o BGH, o qual inverteu a jurisprudência que qualificava o *scalping* como abuso de informação privilegiada. Sem prejuízo de adiante se voltar detidamente a estes aspetos, o BGH entendeu que ninguém pode ser seu próprio *insider* e, apelando à Diretiva sobre Abuso de Mercado (DAM), qualificou a conduta dos agentes como manipulação de mercado. A pedra de toque seria a seguinte: quando o *scalper* faz a recomendação, faz também necessária e tacitamente uma declaração de que o seu conselho não é viciado por qualquer conflito de interesses – informação essa que seria, no caso, falsa¹⁶.

2. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Como resulta da noção comum de *scalping*, até agora pressuposta, o *scalping* não é um comportamento instantâneo. Pelo contrário, compreende um encaideamento de três momentos distintos:

- (i) A aquisição de instrumentos financeiros;
- (ii) A recomendação de aquisição desses instrumentos financeiros;
- (iii) A alienação dos instrumentos financeiros.

Com a afirmação de que o *scalping* é composto por estes três momentos, está-se apenas a indicar a referência normal dessa expressão e não a delimitar pressupostos de punibilidade dessa conduta. Consoante o enquadramento jurídico-penal que se propuser para esta classe de comportamentos, alguns desses momentos serão desconsiderados para o efeito do preenchimento do tipo penal.

16 BGH, 6.11.2003, 1 StR 24/03.

3. O SCALPING COMO ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

A questão sobre a correção da qualificação do comportamento descrito como abuso de informação privilegiada centra-se no primeiro dos momentos acima descritos, dispensando em rigor a concretização dos restantes. Uma resposta afirmativa à mesma assenta na proposição segundo a qual, no momento da aquisição, o agente tem “conhecimento da [sua] decisão de recomendar a compra [do título adquirido]”¹⁷. Que essa intenção não é pública e que diz respeito a instrumentos financeiros é trivial. Também não parece discutível que, se o conhecimento de recomendações de compra de valores mobiliários é idóneo a influenciar de maneira sensível o preço dos valores no mercado, do mesmo modo o será o conhecimento de uma intenção de vir a recomendar essa compra¹⁸.

3.1. A extensão do conceito de “informação” do art. 378.º, n.º 3, CVM: juízos de valor, prognósticos e intenções

O nódulo problemático na qualificação do *scalping* como abuso de informação privilegiada prende-se porém com a delimitação dos “factos” cujo conhecimento é suscetível de qualificar um sujeito como *insider*. A discussão remonta ao acima mencionado caso Prior, onde, perante a anterior redação do § 13 WpHG¹⁹, segundo a qual “insider é quem [...] tenha conhecimento de factos não publicamente conhecidos, que digam respeito a um ou mais emitentes ou a valores mobiliários que sejam idóneos para, a serem publicamente conhecidos, influenciarem sensivelmente a cotação desses valores mobiliários”²⁰. Um entendimento lato da palavra “factos”, que chegou a ter acolhimento jurisprudencial na Alemanha²¹, foi sustentado através da importação das construções desenvolvidas a propósito dos §§ 186 e 263 StGB (os quais consagram, respetivamente, os crimes de difamação e burla, referindo-se ambos a “factos”) para a dogmática do *insider trading*²². Nesses contextos, tem-se atribuído à

17 Assmann & Cramer, 1999: n.º 34.

18 Schneider & Burgard, 1999: 381.

19 Prévía, saliente-se, à DAM, a qual desencadeou uma alteração do preceito (cfr. Pawlik, 2007a: n.ºs 4-5).

20 Cfr. a síntese de Schneider & Burgard, 1999: 369 ss.

21 ²² LG Stuttgart 30.8.2002, 6 KLS 150 Js 77452/00 (“Die Kammer ist der Ansicht, dass der Begriff der ‘Insidertatsache’ im WpHG dahingehend auszulegen ist, dass er auch Absichten (innere Tatsachen) umfasst”, citando em seu apoio o comentário de Assmann & Cramer ao § 13 WpHG).

22 Schneider & Burgard, 1999: 382.

palavra “factos” um significado correspondente a “quaisquer circunstâncias, passadas ou presentes, que sejam objetivamente determinadas e susceptíveis de prova”²³. Essa definição compreende tanto “factos objetivos”, como “factos subjetivos”²⁴, tendo, entre estes últimos, especial relevância – principalmente na burla – as intenções²⁵. Assim, também o conceito de “facto” contido no antigo §13 WpHG não se cingiria aos factos externos, abrangendo também todos os “eventos psíquicos”, desde que suscetíveis de prova. Designadamente, o conhecimento de intenções poderia qualificar-se como “informação privilegiada” (as intenções poderiam ser *Insidertatsachen*)²⁶, desde que estivessem verificados cumulativamente os requisitos da precisão, da não publicidade e da idoneidade para influenciar substancialmente os preços²⁷. Isto valeria tanto para as intenções de terceiros²⁸, como para as intenções do próprio agente²⁹. O conhecimento pelo *scalper* da sua própria intenção de vir a recomendar a aquisição de valores mobiliários da classe dos adquiridos seria um “facto” cujo conhecimento corresponderia a uma informação privilegiada – a aquisição dos valores mobiliários seria, conseqüentemente, um “abuso” da mesma.

A dissimilitude entre a redação do artigo 378.º CVM (que se refere à disponibilidade de informação privilegiada) e o antigo § 13 WpHG não prejudica a transposição desta argumentação para a interpretação do preceito português³⁰. Semanticamente, a palavra “informação” comporta o significado “conhecimento de factos”, pelo que as diferenças de redação não prejudicam que o problema seja colocado em moldes idênticos aos acima referidos quando esteja em causa a interpretação do artigo 378.º CVM. Porém, mesmo tendo como objeto de

23 Kindhäuser, 2002: 197, Mitsch, 2003: 419 ss., para a burla, e Regge, 2003: n.º 4 ss. e Kindhäuser, 2005: 150 ss. para a difamação (*Üble Nachrede*).

24 *Ibidem*.

25 Mitsch: 2003: 425.

26 Cahn, 1998: 14, Assmann & Cramer, 1999a: n.º 36 e Assmann & Cramer, 1999b: n.º 34.

27 Genericamente, Cahn, 1998: 11 ss.

28 Cujas relevância é genericamente reconhecida na análise dos casos de *front-running* (cfr. *infra* n. 45).

29 Assmann & Cramer, 1999a: n.º 36.

30 Da mesma forma que a mesma é defendida perante a versão do § 13 WpHG conformada pela transposição da DAM, na qual se deixou de falar de “factos” para se falar de informação privilegiada (*Insiderinformation*) e de “circunstâncias não publicamente conhecidas” (“*nicht öffentlich bekannte Umstände*”). Pelas mesmas razões expostas em texto improcede a crítica de Schröder, 2004: 736 ss. no sentido de que a dogmática centrada na extensão do significado da expressão “factos” no contexto do § 13 WpHG resultaria automaticamente ultrapassada após a transposição da DAM. Neste sentido, Lenenbach, 2003: 245.

análise a redação pré-DAM do § 13 WpHG, a consideração do conhecimento do facto “intenção de recomendar a aquisição de valores mobiliários” como constitutivo de qualidade de *insider* de um sujeito está longe de ser incontestada. A primeira, e também a mais difundida, crítica a esta proposta de delimitação da previsão normativa do § 13 WpHG proveio de Klaus Volk³¹. Volk começa por defender que as “simples opiniões” não são “factos” no sentido relevante para o artigo em questão, pois “nem toda a informação que agita a bolsa e inquieta os agentes do mercado pode ser inserida no âmbito de proteção do tipo de *insider*, mas apenas aquela que diga respeito a factos que sejam susceptíveis de confirmação”³². Aqui, o autor recorre também a um paralelo com a burla, onde não se considera que aquele que determina outrem à prática de ato patrimonialmente lesivo através da indução de uma crença acerca de factos não comprováveis o faça “por meio de erro ou engano”, dando, por outro lado, como pressuposto que as recomendações, os juízos de valor e as opiniões “não são suscetíveis de confirmação”³³. Aceitando-se essas premissas, seria uma exigência de coerência excluir o “conhecimento da intenção de recomendar” do conceito de informação privilegiada: “se a lei decidiu não tutelar a aptidão funcional da bolsa contra meras opiniões, não é legítimo interpretá-la como protegendo de intenções de exteriorizar meras opiniões”³⁴. Apenas a intenção de praticar factos ou de fazer afirmações referentes a factos *hoc sensu* deveria ser tida como facto interno para este efeito. A premissa de que as opiniões não são comprováveis não é, contudo, exata, pelo menos quando estas assentem num “núcleo factual” (*Tatsachenkern*) conhecido pelo declaratório das opiniões ou quando, por corresponderem à aplicação de parâmetros valorativos cuja expressão seja ainda que implicitamente imputável ao sujeito, permitam ao declaratório inferir afirmações factuais³⁵. Acresce que o traçado paralelo com a burla é improcedente num ponto: a comprovabilidade dos factos relativamente aos quais o agente *engana* o lesado exige-se porque a falsidade desses factos é elemento do tipo, assentando, portanto, numa discrepância entre a “verdade”

31 Volk, 1999a: 69.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 Essencialmente no mesmo sentido, Schneider & Burgard, 1999: 384.

e os factos em cuja crença o agente induz no lesado³⁶. Isto pressupõe que seja possível provar a “parcela de realidade em questão”³⁷. Ora o mesmo não se pode dizer do crime de abuso de informação privilegiada, onde, embora se exija a precisão, que afasta do tipo muitas das informações falsas, não exige a veracidade dos “factos”, *rectius*, da informação não pública³⁸.

3.2. O âmbito de proteção do crime de informação privilegiada: delimitação de esferas de responsabilidade e a necessária “exterioridade” (*Drittbezug*) das circunstâncias

A tese segundo a qual a aquisição de instrumentos financeiros por aquele que pretende, já no momento dessa aquisição, recomendar a terceiros a aquisição desses instrumentos financeiros se qualifica como crime de abuso de informação privilegiada esbarra, contudo, no princípio da necessidade penal (artigo 18.º, n.º 2, CRP). Na atribuição de significado aos enunciados correspondentes aos vários números do artigo 378.º CVM devem ser preteridos os potenciais resultados interpretativos dos quais resulte uma extensão do tipo penal que se mostre desadequada, desnecessária ou desequilibrada à proteção da “aptidão funcional do sistema financeiro”³⁹. O recorte do conceito de “informação pri-

36 Kindhäuser, 2005: 449.

37 Kindhäuser, 2005: 451.

38 Fleischer & Schmolke, 2007: 841 ss.

39 A determinação do “bem jurídico” tutelado pela incriminação de abuso de informação privilegiada é em si um aspeto (evidentemente, central) da dogmática do *insider trading* que não está isento de controvérsias (ilustrativamente, veja-se a síntese de Gómez Iniesta, 1997: 256 ss.), e o qual não pode ser aqui senão aflorado. Ao lado de imputações teleológicas relativas à aptidão funcional do mercado de capitais (pelo prisma da “confiança dos investidores” ou pelo da “integridade do mercado”), encontram-se descrições finalísticas da proibição de *insider trading* que o caracterizam como um instrumento de tutela da igualdade entre os investidores (neste sentido, ainda que parcialmente – uma vez considerarem que o crime de abuso de informação privilegiada tutela “um bem jurídico complexo e poliédrico”, o qual é composto, para além de pela igualdade entre os investidores, pela confiança dos investidores no correto funcionamento do mercado, Faria Costa & Ramos, 2006: 37 ss.) ou da propriedade dos investidores (assim, Altenheim, 2007: Rn. 2 e, parcialmente, Câmara, 2009, art. 449.º, n.º 22, ao entender que o regime do abuso de informação privilegiada, para além de desempenhar uma função “macrojurídica”, visa proteger os investidores “de celebrarem inadvertidamente negócios sobre valores mobiliários a preços desajustados”. A descrição do artigo 378.º CVM como visando, exclusiva ou paralelamente a outros bens jurídicos, a tutela da igualdade ou da propriedade dos investidores não cumpre, porém, o ónus de justificação desta proteção no mercado de capitais quando a mesma não é conferida noutros mercados, de onde resulta uma incoerência que *ceteris paribus* torna a imputação teleológica improcedente (a este propósito, remete-se para o que se escreveu, a propósito da imputação de fins às normas impositivas de rácios de solvabilidade às instituições de crédito, questão quanto à qual se verifica uma querela em larga medida idêntica à atinente à identificação do bem jurídico do crime de abuso de informação privilegiada, em Brito Bastos, 2012: 176-178). Entre nós, a legitimação constitucional para esta incriminação encontra-se, como o Tribunal Constitucional já teve a oportunidade de sustentar, nos artigos 81.º, alínea f), e 101.º CRP (Ac. 494/2003, proc. n.º 140/03).

vilegiada” não pode abranger o conhecimento de factos cujo conhecimento assimétrico não prejudique a confiança institucionalizada na integridade funcional do mercado e, dessa forma, a sua aptidão funcional. Esse recorte implica, assim, que se demarquem, como propõe Lenenbach, “esferas de responsabilidade informativa” dos agentes do mercado de capitais, o que equivale a perguntar sobre quais as classes de factos que devem ser divulgados, sob pena de a confiança na integridade do mercado de capitais ser posta em causa⁴⁰. Não cabe nos propósitos deste texto formular critérios gerais para a demarcação destas esferas de responsabilidade, mas apenas indagar se as intenções de comportamentos futuros de cada sujeito devem ser alocadas à esfera de factos cujo conhecimento pela generalidade dos agentes do mercado é necessário para que aqueles percepcionem o mercado como suficientemente íntegro e merecedor de confiança para que nele participem de forma suficiente a não prejudicar a aptidão funcional do mesmo. As intenções, tal como as “crenças” e os “desejos” – em função dos quais são, aliás, frequentemente definidas⁴¹ – correspondem ao paradigma dos dados íntimos, cujo conhecimento direto só é possível pelo próprio sujeito, tanto que o conhecimento das intenções de terceiros depende sempre de inferências a partir das crenças e atitudes que são imputáveis ao sujeito⁴². A inacessibilidade, pelo menos num sentido forte, das intenções alheias é um dado básico de toda a interação humana – não só da interação entre os agentes no mercado de capitais. O desconhecimento das mesmas é, assim, tido por natural – razão pela qual parece pacífico excluí-las da classe de factos cuja divulgação é necessária a que se gere uma confiança institucionalizada no mercado⁴³. Na linguagem da *misappropriation theory*, cada sujeito é, e é reconhecido como, o “proprietário da informação” sobre as

De forma muito sucinta, pode dizer-se que a igualdade de oportunidades no acesso à informação, que é promovida pelas proibições subjacentes ao artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, CVM, é instrumental da constituição de uma confiança institucionalizada na integridade do mercado de capitais, a qual promove o atomismo e a liquidez do mercado e, desta forma, a sua eficiência (artigo 81.º, alínea f), CRP), mediatemente contribuindo para o desenvolvimento económico (artigo 101.º CRP). Em sentido próximo, cfr., *inter alia*, Lenenbach, 2003: 244; Kümpel, 2004: n.º 16.70; Seminara, 2009: 331 ss.; Gómez Iniesta, 1997: 291 ss.; Pawlik, 2007b: §14, n.ºs. 2-7 e Degoutrie, 2007: 93 ss.

40 Lenenbach, 2003: 244-245.

41 Cfr. Davidson, 1978: 351 ss. e Bratman, 1987: 1 ss.

42 Mesmo no caso em que alguém declara ter uma intenção, a credibilidade dessa afirmação depende da contraposição dessa declaração face às crenças e às atitudes que são atribuídas a esse sujeito. Sobre o tema, em geral, cfr. Setiya, 2011: 170 ss.

43 Lenenbach, 2003: 245 ss.

suas intenções⁴⁴. A atribuição ao conceito de “informação” usado no artigo 378.º CVM de uma amplitude que nele abarque o conhecimento das próprias intenções – com a consequente qualificação como ilícito do comportamento dos agentes que, na posse da tal informação, e quando esta reunir as características da precisão e da relevância para a formação dos preços, negociem em valores mobiliários – implicaria uma restrição desnecessária e desproporcional dos direitos fundamentais de propriedade (na dimensão de *liberdade disposição*) e de livre iniciativa económica privada (na dimensão de *liberdade de investimento*) face à proteção do bem jurídico protegido pelas proibições decorrentes do artigo 378.º CVM. A “exterioridade” (*Drittbezug*) dos factos para o agente é, assim, condição necessária da sua inclusão no conceito de informação *hoc sensu*⁴⁵, o que implica que o “conhecimento” da própria intenção de emitir futuramente uma recomendação de aquisição de determinada classe de valores mobiliários, ou, mais genericamente, de formular qualquer juízo de valor sobre eles susceptível de afectar positivamente as suas cotações, seja excluído do conceito de “informação” do artigo 378.º, n.º 3 CVM. Não deve, por fim, ser desconsiderado que o objecto do conhecimento exclusivo do *scalper* no momento da aquisição dos valores mobiliários tem carácter prospetivo e é de concretização contingente: o agente tem conhecimento da sua intenção de realizar futuramente atos susceptíveis de interferir nas cotações do valor

44 Assim, Galgano, 2003: 536-537.

45 Neste sentido, ainda que nem sempre com a mesma fundamentação, e para além dos AA. citados nas notas precedentes, cfr. Weber, 2000: 563; Rudow, 2006: 10 ss.; Fleischer, 2004: 52 (“ninguém pode ser seu próprio insider”). Note-se que a teoria da *Drittbezug* teve acolhimento pelo BGH na sua decisão do caso Prior: aí, o Supremo Tribunal alemão excluiu a qualificação do *scalping* como abuso de informação privilegiada com base no argumento de que *semanticamente* “informação” é necessariamente o “conhecimento de algo externo” (BGH, 6.11.2003, 1 StR 24/03). O argumento é reconhecidamente fraco (cfr., paradigmaticamente, Kudlich 2004: 191). Linguisticamente, corresponde a um uso comum da palavra “informação” a sua aplicação ao conhecimento de factos internos próprios. A necessidade do carácter exterior dos factos objecto de conhecimento para que se possa falar de “informação” *hoc sensu* assenta, portanto, como salientam Lenenbach (2003: 244-245) e Kudlich (2004: 191 ss.), na falta de carência de tutela penal do comportamento e não, como defendeu o BGH, nos limites semânticos da palavra “informação”, usada nos enunciados que constituem o tipo de crime de abuso de informação privilegiada.

Note-se, de resto, que o critério avançado em texto exclui o *scalping* do âmbito do abuso de informação privilegiada, mas já não a situação, semelhante, em que a intenção de recomendar futuramente a aquisição de determinado valor mobiliário é transmitida a outrem, que procede à aquisição desse valor mobiliário, para o alienar seguidamente à recomendação influenciadora da cotação. Aqui existe já uma situação de abuso de informação privilegiada pelo adquirente. A delimitação não passa, portanto, pela exclusão das intenções como “factos” cujo conhecimento possa consistir em informação privilegiada, mas pela necessária alteridade entre o sujeito da intenção e o agente que a conhece. A negociação de valores mobiliários com base em informações de intenções alheias que sejam suscetíveis de influenciar as cotações – de que é exemplo paradigmático o *front-running* – pode, portanto, qualificar-se como abuso de informação privilegiada (cfr. Schwark, 2003: 495-496 e Schröder, 2004: 126).

mobiliário adquirido. Mas a efetiva prossecução desse *plano* depende do próprio agente⁴⁶. A aceitação de que a aquisição de valores mobiliários “com base na informação da própria intenção” de posteriormente recomendar a aquisição dos mesmos levaria, em coerência, à conclusão de que, no caso de o agente interromper a prossecução do seu plano após a aquisição dos valores mobiliários antes de proceder à recomendação dos mesmos haveria, não obstante, consumação do crime. O que implicaria afirmar que a integridade do mercado de capitais justificaria a qualificação como ilícito do comportamento de quem adquire valores mobiliários com a intenção de posteriormente praticar atos com influência na respetiva cotação, ainda que esses atos não venham nunca a ser praticados. A violação do princípio da necessidade penal resulta neste caso, *a fortiori*, evidente.

4. O SCALPING COMO MANIPULAÇÃO DE MERCADO

A rejeição da recondução do *scalping* ao abuso de informação privilegiada não significa necessariamente a sua não punibilidade. No espaço jurídico europeu a discussão tem, aliás, sido essencialmente travada como se a mesma tivesse uma estrutura disjuntiva. Pressupondo a punibilidade do *scalping*, debate-se a que título deve esta ser feita: se como abuso de informação privilegiada, se como manipulação de mercado⁴⁷.

A DAM pretendeu resolver a questão através da determinação de que na definição de manipulação de mercado se insere “o facto de uma pessoa [...] tirar proveito do acesso pontual ou regular aos meios de comunicação social (tradicionais ou eletrónicos) emitindo opiniões sobre um instrumento financeiro (ou indiretamente sobre o respetivo emissor), tendo previamente tomado posições nesse mesmo instrumento financeiro e tirando seguidamente proveito do impacto dessa opinião no preço do instrumento financeiro, sem simultaneamente haver revelado ao público, de forma adequada e eficaz, o conflito de interesses existente” (art. 1.º, n.º 2, DAM). Carecendo, porém, as Diretivas de aplicabilidade direta, a qualificação do *scalping* como manipulação de mercado apenas se pode fundar na transposição da mesma para a ordem jurídica nacional. A Diretiva será apenas elemento de interpretação dos enunciados normativos que operem essa transposição.

46 Este aspeto é salientado por Eichelberger, 2003: 2124.

47 Paradigmática é a afirmação de Schwark, 2003: 496: “não se trata de todo de saber se [o *scalping*] é punido, mas da sua punição a título de *insider trading* ou de manipulação de mercado”.

Esta transposição encontra-se no artigo 379.º CVM, o qual – à semelhança do artigo 1.º, n.º 1, DAM – é constituído por três modalidades:

- (i) A divulgação de informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas;
- (ii) A realização de operações de natureza fictícia; e
- (iii) A execução de outras práticas fraudulentas.

O *scalping* não se qualifica como nenhuma das duas primeiras modalidades de manipulação de mercado: as operações de aquisição e alienação não são meramente aparentes e, ainda que este comportamento complexo integre necessariamente uma declaração (a declaração de recomendação), não se enquadra também na primeira parte do artigo 379.º, n.º 1, CVM. Quanto a este último ponto, impõe-se uma distinção, consoante o conteúdo da declaração do agente. A recomendação em si, enquanto performativo, não pode ser vista como “informação” *hoc sensu*, não sendo, em rigor, susceptível de avaliação como verdadeira ou falsa⁴⁸. Porém, as recomendações são frequentemente acompanhadas de um “suporte factual”, consubstanciado por asserções justificativas do sentido da recomendação: essas asserções são potencialmente subsumíveis na primeira parte do artigo 379.º, n.º 1, CVM. Quando essas asserções forem “falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas”, estará preenchido o primeiro pressuposto do crime de manipulação de mercado. Pense-se, por exemplo, no acima referido caso *Zweig*, em que o jornalista financeiro publica uma coluna com informação imprecisa sobre determinada sociedade cotada. Desconsiderado, por ora, o preenchimento dos demais pressupostos de que depende a qualificação da conduta como jurídicocriminalmente relevante, o comportamento do réu seria qualificável como manipulação de mercado: em causa estavam *descrições* incorretas da situação patrimonial de uma sociedade – não uma sugestão da adopção de um futuro comportamento. Contudo, o conceito de *scalping* tem sua utilidade específica em referir precisamente comportamentos em que essa incorreção não existe: dentro da enunciação de formas típicas de “abuso de mercado” (ou, no ordenamento jurídico norteamericano, enquanto *securities fraud*), a distinção face, nomeadamente, ao *pump and dump* consiste

48 Salientando este aspeto, Seminara, 2009: 358. Do âmbito do preceito excluem-se, como diz Costa Pinto (2000: 87), “elementos que não têm um conteúdo mero informativo, isto é, que não visam descrever uma realidade, como sejam as previsões ou as críticas”.

precisamente na ausência deste elemento de falsidade⁴⁹. Lembre-se o caso norte-americano *SEC v. Capital Gains Research Bureau, Inc*⁷⁰, onde se concluiu que a ilicitude do comportamento do *scalper* não depende da “desonestidade” da sua recomendação e do julgamento do BGH no caso Opel, quando conclui que “[a recomendação] consubstancia uma manipulação de mercado ilícita ainda quando que o seu conteúdo seja justificável através de parâmetros de razoabilidade técnica”⁵⁰.

A utilidade que é atribuída à autonomização do *scalping* dentro de uma tipologia de práticas manipuladoras do mercado não é evidentemente argumento para justificar a sua qualificação jurídicopenal. Pelo contrário, a enunciação do *scalping* nesse contexto *pressupõe* a sua punibilidade a título de manipulação de mercado e que essa punibilidade – ao distinguir-se de outras figuras típicas paralelamente enunciadas – é independente de um valor de verdade negativo da declaração do agente. São, porém, precisamente essas conclusões que estão por demonstrar.

A DAM parece fornecer apoio à justificação dessas conclusões, ao enunciar como caso típico de comissão de manipulação de mercado “o facto de uma pessoa [...] tirar proveito do acesso pontual ou regular aos meios de comunicação social (tradicionais ou eletrónicos) emitindo opiniões sobre um instrumento financeiro (ou indiretamente sobre o respetivo emitente), tendo previamente tomado posições nesse mesmo instrumento financeiro e tirando seguidamente proveito do impacto dessa opinião no preço do instrumento financeiro, sem simultaneamente haver revelado ao público, de forma adequada e eficaz, o conflito de interesses existente” (art. 1, n.º 2, DAM). Não é aí exigida a “desonestidade da recomendação”: mesmo boas recomendações, com suporte em factos verdadeiros, se lhe subsumem. Por outro lado, exige-se que o agente retire benefícios patrimoniais da sua conduta, o que não é requerido para o preenchimento das duas primeiras modalidades de manipulação de mercado⁵¹.

49 Na definição da CMVM, o *pump and dump* caracteriza-se como a “prática que consiste em adquirir uma posição longa num instrumento financeiro e posteriormente disseminar informação enganosa de natureza positiva acerca do instrumento financeiro em causa com o objetivo de produzir um aumento do seu preço em mercado e o interesse dos demais investidores, momento em que a posição é alienada” (cfr. CMVM, 2008: 22).

50 BGH, 6.11.2003, 1 StR 24/03.

51 Cfr. Bolina, 2004: 71.

4.1. Divulgação de informações falsas por declaração tácita de inexistência de conflito de interesses

Uma articulação coerente da tipificação do *scalping*, tal como referido no terceiro travessão do segundo parágrafo do artigo 1.º, n.º 2, DAM, com a alínea c) do mesmo preceito, a qual qualifica como manipulação de mercado a “divulgação de informações através dos meios de comunicação, incluindo a internet, ou através de outros meios, que deem ou possam dar indicações falsas ou enganosas no que respeita a instrumentos financeiros, incluindo a divulgação de rumores ou de notícias falsas ou enganosas, quando a pessoa que os divulgou sabia ou lhe era exigível saber que essas informações eram falsas ou enganosas”, assenta numa inferência, a partir da declaração através da qual o agente recomenda a compra dos valores em que adquiriu previamente posição, de uma declaração tácita de que age isento de conflitos de interesses, ou seja, de que “a recomendação não se encontra manchada pela finalidade patológica de manipulação das cotações para proveito próprio”⁵². Esta afirmação *tácita* seria a causa da ilicitude da conduta do *scalper*.

Aceitando-se esta inferência, a recondução do *scalping* à modalidade de manipulação de mercado estabelecida pela primeira parte do artigo 379.º, n.º 1, primeira parte, CVM, afigurar-se-ia uma conclusão linear: existiria um ato de fala assertivo imputável ao agente, o qual seria desconforme à realidade⁵³. O problema desta tese encontra-se, contudo, precisamente na artificialidade daquela inferência. Existe uma declaração tácita quando o seu conteúdo é uma ilação evidente de uma declaração expressa ou de um outro comportamento, ao ponto de ser supérflua a sua explicitação⁵⁴. Como sintetiza Kindhäuser, determinados factos são tacitamente afirmados “quando o seu oposto esteja em contradição lógica, empírica ou normativa com o conteúdo daquilo que é expressamente declarado, e portanto não têm de ser exteriorizados *expressis*

52 BGH, 6.11.2003, 1 StR 24/03. Cfr., também, Lenenbach, 2003: 246 e Eichelberger, 2003: 2122 ss.

53 Não é, porém, este o caminho que segue a doutrina e a jurisprudência germânicas que aceitam a inferência referida em texto. Tanto Lenenbach, 2003: 246, como o Supremo Tribunal alemão (BGH, 6.11.2003, 1 StR 24/03), entendendo que a recomendação do *scalper* contém uma afirmação concludente de que o seu autor se encontra isento de conflitos de interesses, acaba por subsumir a sua conduta no §20a par. 1, 1.ª parte, n.º 2, WpHG, ou seja, na terceira modalidade de manipulação de mercado (“outras práticas fraudulentas”). Este caminho tem subjacente uma interpretação incorreta do §20a WpHG, que, como seguidamente demonstrado em texto, não deve ser transposta para o ordenamento português. A recondução da conduta à cláusula residual de “outras práticas fraudulentas” pressupõe a não subsunção da mesma nas duas outras modalidades de manipulação de mercado. Pressupõe, nomeadamente, a negação da qualificação da declaração concludente como “informação falsa” (*unrichtige Angabe* no texto alemão).

54 Mitsch, 2003: 425.

verbis”⁵⁵. É, porém, perfeitamente concebível que alguém faça a outrem uma recomendação exclusivamente para beneficiar de um comportamento do seu destinatário que seja conforme à recomendação – o que é suficiente para falsificar essa inferência. A questão da procedência da inferência de uma declaração tácita não deve ser mesclada com a apreciação normativa ou com a valoração da atuação na situação que serve de base à inferência (se a mesma se qualifica como punível, se o deveria ser, se é honesta, etc.). O que o princípio da culpa e o princípio da necessidade penal não admitem é – para parafrasear von Hippel – a “modificação dos factos de acordo com uma finalidade pretendida”⁵⁶. E esta modificação é operada pela imputação ao agente de uma declaração que por ele não foi expressa e que, num contexto normal, não está implicada no seu comportamento, o que resultaria na punição de factos *factos* (logo, *inexistentes*), os quais consequentemente não podem ser geradores de perigo para qualquer bem jurídico constitucionalmente tutelado.

4.2. A não divulgação da situação de conflito de interesses: manipulação de mercado por omissão impura?

A distinção entre a existência de circunstâncias que permitam inferir uma declaração tácita e a apreciação da inexistência de uma declaração com esse conteúdo exprime também a diferença entre a tese da ficção de declaração tácita de inexistência de conflito de interesses e uma concepção alternativa do *scalping*, que, caracterizando-o como ilícito, funda essa ilicitude no *dever de informar o destinatário da recomendação da situação de conflito de interesses*. O *scalping* seria, assim, um delito de omissão.

O artigo 379.º, n.º 1, CVM, descreve o tipo de manipulação de mercado exclusivamente enquanto conduta ativa. Uma realização do tipo por omissão seria, porém, concebível através da cláusula geral de equiparação da omissão à ação contida no art. 10.º, n.ºs 1 e 2, CP⁵⁷.

A perspetivação do *scalping* como manipulação de mercado por omissão impura foi – no âmbito dos países sujeitos à DAM – proposta por Fleischer, com inspiração na jurisprudência norteamericana⁵⁸. Em anotação à sentença do BGH no caso Opel, o Autor salienta que o apelo às decisões de tribunais

55 Kindhäuser, 2003: 200.

56 Hippel, 1933: 13 ss.

57 Sobre esta, cfr. Figueiredo Dias, 2007: 917 ss.

58 Fleischer, 2004: 54 ss.

estadounidenses e à máxima “*disclose or abstain*” não é coerente com o sentido da decisão tomada⁵⁹. Note-se que a preocupação de Fleischer é a de, numa anotação crítica, salientar as falhas da sentença do BGH e não a de expor detalhadamente uma concepção alternativa àquela adotada pelo tribunal. Porém, após acusar o Supremo Tribunal alemão de “fugir ao intrincado problema de identificar um dever de divulgação”, refere que “até agora apenas se encontram deveres de divulgação específicos no âmbito da análise de valores mobiliários no § 34b WpHG”⁶⁰. Sem ser categórico, o Autor sugere que este seria o dever cujo incumprimento levaria à manipulação de mercado por omissão no caso do *scalping* praticado por analistas financeiros. Independentemente da sua correção no contexto do ordenamento jurídico germânico – que aqui não releva aferir –, a análise da pertinência da sua proposta face ao ordenamento jurídico português requer uma prévia comparação dos relevantes preceitos do nosso ordenamento jurídico com aqueles com base nos quais Fleischer constrói a sua posição.

Existe, nomeadamente, uma relevante diferença entre os recortes do próprio tipo de manipulação de mercado que são feitos por estes dois ordenamentos jurídicos. Em primeiro lugar, ao nível do desvalor da ação, enquanto o art. 379.º, n.º 1, CVM apenas refere comportamentos ativos como comportamentos típicos, o § 20a, par. 1, WpHG estabelece que “é proibido divulgar informações falsas ou erróneas sobre circunstâncias relevantes para a cotação de instrumentos financeiros *ou omitir tais circunstâncias, em violação de preceitos jurídicos constituídos*”. No direito germânico é, portanto, o próprio tipo que refere a manipulação por omissão, a qual existirá sempre que a divulgação for imposta por uma outra norma jurídica. Trata-se aqui de um delito por omissão puro, no qual a ilicitude da conduta do agente não passa pela conjugação do § 20a, par. 1, WpHG com a cláusula geral de equiparação contida no § 13 StGB. Assumindo a interpretação feita do § 20a WpHG por Fleischer como correta, da conjugação desse preceito com o § 34b, par. 1, n.º 2, WpHG – segundo o qual “as análises financeiras apenas podem ser transmitidas ou publicamente difundidas quando forem produzidas e apresentadas de modo objetivo e, juntamente com a análise, sejam divulgadas todas as circunstâncias e relações que sejam causa de conflitos de interesses do responsável pelas análises, da pessoa coletiva por elas responsável, ou de empresas com esta coligadas” –

59 Fleischer, 2004: 54.

60 Fleischer, 2004: 53.

com o § 20a, par. 1, segunda parte, WpHG resultaria a punição do *scalping* a título de manipulação de mercado por omissão.

No ordenamento jurídico português, o problema coloca-se perante dados diferentes. Atendendo à diferença entre o artigo 379.º, n.º 1, CVM e o § 20a, par. 1, WpHG, a tipicidade penal da omissão da divulgação da situação de conflito de interesses como manipulação de mercado omissiva requer que do artigo 10.º CP resulte a cominação ao agente de um dever de ação. Porém, por um lado, os “deveres jurídicos que pessoalmente obrigam o agente” (cfr. art. 10.º, n.º 2, CP) não equivalem aos “preceitos jurídicos constituídos” (do § 20a, par. 1, WpHG)⁶¹. Por outro lado, apesar de o Código dos Valores Mobiliários regular detidamente as situações de conflitos de interesse em recomendações de investimento (artigo 309.º-D CVM), o ordenamento português não comina qualquer dever que, à semelhança do § 34a WpHG, adstrinja o autor de uma recomendação de investimento em instrumentos financeiros a, juntamente com essa recomendação, divulgar ao cliente as situações de conflito de interesse a que o autor está sujeito.

Dois aspetos, relacionados entre si como argumentos subsidiários, tornam improcedente a tese segundo a qual o *scalping* deve ser punido como crime de manipulação de mercado por omissão: a improcedência da qualificação do comportamento do agente como omissão e a inexistência de razões justificativas para cominar, com base no artigo 10.º CP, ao agente que faz uma recomendação de investimento em valores mobiliários o dever de divulgar também eventuais situações de conflito de interesses em que se encontre a emitir essa recomendação.

O primeiro destes obstáculos prende-se com a caracterização deste comportamento como ativo ou omissivo, o que, atendendo à estrutura complexa do comportamento em questão, composto pela recomendação (um *facere*) e pela não divulgação da situação de conflito de interesses (um *non facere*), assume particular

61 A não ser à luz de uma teoria formal das posições de garante, da qual Feuerbach é o mais proeminente representante (cfr. Feuerbach, 1847: 50: “*sofern eine Person ein Recht auf wirkliche Aeusserung unserer Thätigkeit hat insofern gibt es Unterlassungsverbrechen [...]. Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht, so setz ein Unterlassungsverbrechen immer ein besonderen Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher*”), a qual – ainda que ainda tenha hoje defensores próximos (cfr., v.g., Mitsch, 2003: n.º 52 ou Taipa de Carvalho, 2004: 421 ss.) –, é hoje largamente considerada como ultrapassada (cfr., por todos, Roxin, 2003: 714 ss.).

dificuldade⁶². À partida, duas descrições são plausíveis: ou (i) o *scalping* é um comportamento ativo, centrado na declaração de recomendação, sendo a não divulgação da situação de conflito de interesses apenas determinante do carácter “falso ou enganoso” da recomendação (para usar os termos da DAM), ou (ii) o *scalping* consiste num crime omissivo, correspondendo o ilícito à não divulgação da situação de conflito de interesses, sendo a existência da recomendação apenas pressuposto do surgimento de um dever de garante. A preferência de uma descrição sobre outra é uma questão normativa, que convoca, como questão prévia, a identificação do critério distintivo entre ação e omissão. Pressupondo-se que esta distinção deve ser feita em função da forma de criação de perigo para o bem jurídico tutelado, dir-se-á que haverá uma ação sempre que o agente cria ou aumenta o perigo para um bem jurídico e uma omissão sempre que o agente não diminua um perigo pré-existente⁶³. A conformação do tipo de manipulação de mercado como delito de aptidão implica uma generalização deste critério, o qual denota, na sua formulação paradigmática, o facto de a generalidade da teoria dos delitos por omissão se ter desenvolvido tendo exclusivamente em vista os crimes de resultado-dano, carecendo de adaptações quando transposta para outros tipos de crimes⁶⁴: assim, entender-se-á haver uma ação sempre que

62 Sobre as dificuldades de qualificação das situações de sucessão de formas de conduta face à dicotomia ação/omissão: cfr. Roxin, 2003: 659.

63 Cfr. Stratenwerth, 2000: 386 ss. e Figueiredo Dias, 2007: 910-911.

64 Ao contrário do que sucede no ordenamento alemão, onde apenas é penalmente sancionada a manipulação que interferir efetivamente com as cotações (§ 38, par. 2, n.º 1, § 39, par. 1, n.º 1, e § 20a, par. 1, WpHG), o artigo 379.º, n.º 1, tem como pressuposto que a conduta do agente seja “idónea para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros”, configurando-se, portanto, como delito de aptidão (neste sentido, Sousa Mendes & Miranda, 2005: 168 ss.). A própria questão discutida em texto sobre a possibilidade de configurar o *scalping* como manipulação de mercado omissiva pressupõe uma resposta positiva à pergunta sobre a admissibilidade da existência de delitos de aptidão por omissão impura. Lembre-se que nos crimes de aptidão é “a ação típica caracterizada em função da sua idoneidade genérica para a produção do efeito danoso” (Sousa Mendes, 2000: 119), pelo que não é exigida a efetivação de qualquer resultado, seja um resultado-dano, seja um resultado-perigo, uma vez que pode haver situações em que, apesar de em abstrato a conduta se afigurar perigosa, em concreto a conduta do agente não gera qualquer perigo para o bem jurídico protegido (cfr. Moniz, 2003: 554 ss.). A aporia relativa à punição de omissões impuras incide sobre a redação do artigo 10.º, n.º 2, CP, o qual se refere à “omissão da ação adequada a evitar um resultado”. Apesar de os trabalhos preparatórios do Projeto do Código Penal de 1963 mostrarem que a intenção do legislador histórico foi a de usar a expressão no seu sentido técnico-jurídico, ou seja, abrangendo o resultado de dano e o resultado de perigo de bens jurídicos, distintos e separáveis da conduta (cfr. a síntese em Leite, 2007: 65), é concebível uma interpretação da palavra “resultado” num sentido não-técnico, que abrangesse a criação de situações abstratamente perigosas para bem jurídicos – não resultando, portanto, excluída a comissão por omissão impura de delitos de mera atividade: o estabelecimento na Parte Especial do Código Penal de delitos formais de omissão pura – v.g., o crime de violação de domicílio (artigo 190.º, n.º 1, CP), ou o crime de introdução em lugar vedado ao público (artigo 191.º CP) é, aliás, visto, por alguma doutrina,

a conduta do agente for *abstratamente idónea* a aumentar um perigo para o bem jurídico tutelado e será qualificável como omissão quando for *abstratamente inapta* a diminuir um perigo que impenda já sobre esse bem jurídico. A aplicação deste critério à conduta em análise leva à rejeição da tese de Fleischer, que configura o *scalping* como uma comissão omissiva de manipulação de mercado: não existe um perigo pré-existente à recomendação em relação ao qual o *scalper* falhe a adotar comportamentos aptos a evitá-lo – é a própria recomendação que, podendo levar a que um agente influencie outros investidores a adotarem um comportamento apenas por este lhe ser benéfico, pode pôr em causa a integridade do mercado de capitais.

Acresce que, mesmo que se qualificasse o *scalping* como um comportamento omissivo, a punição do *scalping* como manipulação de mercado sempre pressuporia a justificação de um *dever de garante* do qual a omissão da divulgação do conflito de interesses representaria uma violação. Na tipologia de situações que fazem nascer deveres de proteção que tem sido desenvolvida pela doutrina, aquela que mais plausivelmente poderia acomodar o *scalping* praticado por intermediários financeiros ou por jornalistas económicos seria a de assunção de funções de guarda e assistência – correspondente à tradução para uma teoria material dos deveres de garante do velho fundamento formal do contrato – a qual pressupõe a assunção fáctica de uma função de proteção materialmente baseada numa relação de confiança. No que concerne às recomendações de investimento, a única confiança legítima é, porém, a confiança na bondade da recomendação – não a confiança na pureza dos motivos, como é, aliás, enfatizado pelas vozes críticas que se levantam no ordenamento jurídico norteamericano contra a punibilidade do *scalping*⁶⁵.

4.3. O *scalping* como “outra prática fraudulenta”: limites da interpretação conforme ao direito da União Europeia em direito penal e a inconstitucionalidade do art. 379.º, n.º 1, 3.ª parte, CVM

A questão da punibilidade do *scalping* acaba, assim, por se colocar fundamentalmente como uma questão de recondução do comportamento em causa à

como argumento sistemático nesse sentido (Leite, 2007: 68, com inspiração no que diz Roxin, 2007: 634). Contudo, uma resposta afirmativa à possibilidade da aplicação do artigo 10.º, n.º 1, CP a delitos de aptidão não implica uma resposta afirmativa quanto à punibilidade do *scalping* como manipulação de mercado omissiva – sendo exclusivamente esta última a questão que se pretende tratar em texto.

65 Estreichel, 1990: 223 ss., Black, 1991: 98 ss. e o voto de vencido do juiz Harlan no *supra* referido caso *Capital Gains Research Bureau*.

cláusula residual de manipulação de mercado correspondente à execução de “outras práticas fraudulentas”. À partida, existem argumentos relevantes para uma resposta afirmativa à mesma, designadamente o facto de o artigo 1.º, n.º 2, DAM qualificar como manipulação de mercado algumas situações de *scalping* e o facto de a amplitude com que esta modalidade de manipulação de mercado se encontra tipificada permitir dar acolhimento a essa qualificação, pese embora essa alínea não encontrar transposição autónoma na legislação nacional. Não obstante a inaplicabilidade direta das diretivas europeias, a qualificação operada pela DAM não é irrelevante, na medida em que os preceitos de direito interno que se situem no âmbito material de diretivas europeias devem ser interpretados em conformidade com estas, valendo esta diretriz interpretativa também para preceitos internos de direito penal⁶⁶. Não se reconduzindo o *scalping* às duas primeiras modalidades de manipulação de mercado, ter-se-ia de interpretar o artigo 379.º, n.º 1, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, DAM, de onde resultaria a qualificação do *scalping* como “outra prática fraudulenta”.

Contudo, a amplitude das possibilidades semânticas deste enunciado, que à partida facilitariam a atribuição de um significado correspondente às exigências da DAM, suscitam dúvidas quanto à conformidade desta cláusula residual de manipulação de mercado com a exigência de determinabilidade dos tipos penais, decorrente do princípio da legalidade criminal (*nullum crimen sine lege certa*). O problema da qualificação jurídico-penal do *scalping*, tem, assim, contribuído, em especial após a sentença do BGH que qualificou o *scalping* como “*sonstige Täuschungshandlung*”, para chamar a atenção para esta desconformidade. A “textura aberta” da locução “outras práticas fraudulentas” é tão ampla que não permite aos destinatários da norma a percepção de quais as concretas condutas que lhes são vedadas e não garante a objetividade na aplicação do mesmo⁶⁷. Como diz, de forma ilustrativa, Schmitz, “o pressuposto ‘outras práticas fraudulentas’ do § 20a, par. 1, n.º 2, WpHG, pode significar qualquer coisa”⁶⁸. Isto mesmo é demonstrado pelas tentativas de paráfrases mediante as quais se pretende concretizar este mesmo pressuposto: “prática fraudulenta” seria aquela que “interfere com as livres forças da oferta e da

66 Cfr. Ac. 7-01-2003, *Comissão vs. Reino de Espanha*, Proc. C-58/02 ou, paradigmaticamente, Ac. 8-10-1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, Proc. 80/86.

67 Sobre o princípio da determinabilidade da lei penal como condição de objetividade na sua aplicação, cfr. Jakobs, 1993: 72 ss.

68 Schmitz, 2003: 528. No mesmo sentido, Gaede & Mühlbauer, 2005 e Moosmayer, 2002: 169. Em Itália, semelhantemente, Seminara, 2009: 359.

procura”⁶⁹, ou “que acarreta o perigo abstrato de enganar terceiros, de os induzir em erro”⁷⁰. Mesmo que a lei utilizasse estas expressões, não seriam respeitadas as exigências de determinabilidade.

Esta situação leva a que a parte final do artigo 379.º, n.º 1, CVM convoque diretrizes interpretativas conflitantes: por um lado, a imposição de interpretação dos enunciados legais de direito interno que transpõem diretivas europeias em conformidade com as diretivas que visam transpor aponta no sentido desta punição; por outro lado, o princípio da legalidade criminal veda que os tipos penais sejam redigidos com a imprecisão e vaguidade com que é formulada a parte final do 379.º, n.º 1, CVM. Poder-se-ia assumir que, nesta situação de conflito prevaleceria o imperativo de interpretação conforme à diretiva, uma vez que este tem origem numa norma jurisprudencial de direito europeu e o direito da União Europeia tem prevalência aplicativa sobre as normas de direito interno, ainda que constitucionais⁷¹. Essa conclusão seria, porém, precipitada, por desconsiderar que o princípio da legalidade criminal é também, parte do Direito da União (cfr. o artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). O Tribunal de Justiça tem sido, aliás, por diversas vezes chamado a pronunciar-se sobre a compatibilização do imperativo de interpretação conforme às diretivas europeias com o princípio da legalidade criminal. A jurisprudência constante vai no sentido de dar prevalência às exigências de legalidade⁷². Assim, por exemplo, no caso *Telecom Italia*, o TJ entendeu que o imperativo de interpretação conforme às diretivas cedia perante a proibição de aplicação analógica das normas penais, como demonstra a seguinte passagem:

“[E]m relação a um caso como o do processo principal, em que está em causa a medida da responsabilidade penal resultante de uma lei especialmente adotada em execução de uma diretiva, deve precisar-se que o princípio que impõe que não haja interpretação extensiva da lei penal em prejuízo do arguido, que é corolário do princípio da legalidade dos crimes e das penas, e, mais em geral, do princípio da segurança jurídica, obsta a que se proceda criminalmente contra um compor-

69 Costa Pinto: 2000, 44.

70 Brandão da Veiga, 2001: 61 ou Eichelberger, 2003: 2125.

71 Cfr., *inter alia*, Ac. 15-7-195, *Costa/ENEL*, Proc. 6/64, Ac. 9-3-1975, *Simmenthal*, Proc. 106/77, Ac. 19-6-1990, *Factortame*, Proc. C-213/89.

72 Cfr. Ac. 8-10-1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, proc. 80/86, Ac. 26-9-1996, *Arcaro*, proc. C-168/95 e Ac. 12-12-1996, *Telecom Italia*, procs. C-74/95 e C-129/95.

tamento cujo *caráter condenável não resulte claramente da lei*. Este princípio, que faz parte dos princípios gerais de direito que estão na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, foi igualmente consagrado por vários tratados internacionais e nomeadamente pelo artigo 7.º da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.⁷³

É certo que não se trata aqui, em rigor, da mesma vertente do princípio da legalidade criminal que aquela que coloca problemas no caso em análise. Porém, os valores subjacentes à proibição de aplicação analógica *in pejus* da lei penal e ao imperativo de determinabilidade das normas penais incriminadoras são idênticos: só é legítimo punir uma pessoa pela prática de um facto quando (no momento da prática desse facto) a punibilidade dessa conduta pudesse razoavelmente ser por ela conhecida⁷⁴. Sobre este mesmo conflito de diretrizes interpretativas já se pronunciou, aliás, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao afirmar, na decisão do caso *Cantoni v. França*, que o princípio da legalidade criminal se aplica também às normas provenientes de diretivas europeias e que, na interpretação das normas internas de transposição, tem prevalência sobre o imperativo da interpretação conforme às diretivas⁷⁵, a qual, não obstante as decisões do TEDH não vincularem os tribunais da ordem jurídica europeia, tem merecido a adesão da doutrina juseuropeísta⁷⁶.

Do acima exposto decorre que a incriminação de “outras práticas fraudulentas” pelo artigo 379.º, n.º 1, CVM é inconstitucional, porque contrária ao princípio da determinabilidade da lei penal, e que essa inconstitucionalidade não é prejudicada pelo facto de esse preceito corresponder à transposição de uma Diretiva europeia, razão pela qual a punibilidade do *scalping* não pode ser justificada pela sua recondução a esse pressuposto típico, interpretado em conformidade com o artigo 1.º, n.º 2, DAM.

73 Ac. 12-12-1996, *Telecom Italia*, procs. C-74/95 e C-129/95.

74 Cfr., aliás, o Ac. TEDH 25-3-1993, *Kokkinakis v. Grécia*, appl. 14307/88.

75 Cfr. Ac. TEDH 22-10-1996, *Cantoni v. França*, appl. 17862/91.

76 Por todos, Schröder, 2002: 388. Cfr. ainda Eisele 2001: 1164.

CONCLUSÃO: A NÃO PUNIBILIDADE DO *SCALPING* NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Excluída a subsunção do *scalping* no abuso de informação privilegiada e em qualquer uma das modalidades de manipulação de mercado, conclui-se, assim, pela atipicidade penal do *scalping* na ordem jurídica portuguesa.

Esta conclusão assenta nas seguintes proposições:

- O conhecimento de intenções do próprio agente não é suscetível de qualificação como detenção de “informação privilegiada” para os efeitos do artigo 378.º CVM;
- A recomendação da aquisição de valores mobiliários não implica uma declaração tácita da inexistência de conflito de interesses, pelo que não consubstancia uma situação de “divulgação de informações falsas”, nos termos do artigo 379.º CVM;
- Nem os analistas financeiros ou os jornalistas económicos (os típicos *scalpers*) têm um qualquer dever de garante, nos termos do artigo 10.º CP, que os vincule a divulgar a situação de conflito de interesses, constituída pela detenção de valores mobiliários da mesma classe cuja recomendação é recomendada, razão pela qual esta prática não se qualifica como manipulação de mercado por omissão;
- O fragmento do artigo 379.º, n.º 1, CVM que incrimina a realização de “outras práticas fraudulentas” é inconstitucional por violação da exigência de determinabilidade ínsita no princípio da legalidade criminal, pelo que, ainda que a DAM enuncie um exemplo de *scalping* como caso de manipulação de mercado, a punibilidade deste comportamento não pode ser justificada pela sua subsunção naquele pressuposto do artigo 379.º, n.º 1, CMV.

Estas proposições apenas sustentam a conclusão de que a conduta mediante a qual (i) alguém adquire valores mobiliários, (ii) recomendando posteriormente a terceiros a aquisição dos mesmos sem divulgar que é titular desses valores mobiliários, e (iii) posteriormente os aliena, (iv) na medida em que a recomendação referida em (ii) não seja suportada por asserções falsas, não comete nem o crime nem abuso de informação privilegiada, nem o crime de manipulação de mercado. Caso não se verifique o pressuposto referido em (iv), a situação poderá qualificar-se como manipulação de mercado (caindo, na tipologia de atuações manipulatórias do mercado de valores mobiliários, na categoria do *pump and dump*). Contudo, o desvalor dessa situação incidirá

ai sobre a divulgação de informação falsa, e não sobre qualquer um dos factos referidos sob (i), (ii) ou (iii).

BIBLIOGRAFIA

ALTENHEIN, Karsten

2007 Anotação ao § 38, in Heribert Hirte & Thomas J. M. Möllers (orgs.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, Köln/Berlin/München: Carl Heymann.

ASSMANN, Heinz-Dieter & CRAMER, Peter

1999a Anotação ao § 13, in Heinz-Dieter Assmann & Uwe Schneider (orgs.), *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, Köln: Otto Schmidt.

1999b Anotação ao § 14, in Heinz-Dieter Assmann & Uwe Schneider (orgs.), *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, Köln: Otto Schmidt.

BAUMANN, Jürgen, WEBER, Ulrich & MITSCH, Wolfgang

2003 *Strafrecht AT*, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking.

BLACK, Ashley

1991 “Professional Responsibilities and Fiduciary Obligations of Securities Brokers”, in: *University of New South Wales Law Journal*, 6/18, pp. 98-170.

BOLINA, Helena

2004 “A manipulação de mercado e abuso de informação privilegiada na nova Directiva sobre Abuso de Mercado (2003/6/CE)”, in: *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 18, pp. 62-71.

BRATMAN, Michael

1987 *Intention, Plans, and Practical Reason*, Cambridge: Harvard University Press.

BRITO BASTOS, Miguel

2012 “A elegibilidade de valores mobiliários condicionalmente convertíveis em ações comuns como fundos próprios das instituições de crédito na transição para Basileia III”, in Paulo Câmara & Manuel Magalhães (orgs.), *O novo direito bancário*, Almedina: Coimbra, pp. 174-225.

CAHN, Andreas

1998 “Grenzen des Markt- und Alegerschutzes durch das WpHG”, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 162, pp. 1-50.

CÂMARA, Paulo

2009 Comentário ao artigo 449.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina.

- CARVALHO, Américo Taipa de
 2004 *Direito penal – Parte geral, vol. II*, Porto: Publicações Universidade Católica.
- COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS
 2008 Novas medidas de prevenção e combate ao abuso de mercado, disponível online em: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Novas%20Medidas%20de%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20e%20Combate%20ao%20Abuso%20de%20Mercado/Documents/7af3acc579f94ed1b11c6197aa93564bNovasMedidasdePrevencaoCombateaoAM.pdf>.
- DAVIDSON, Donald
 1978 “Intending”, in: *Essays on Actions and Events*, Oxford: Oxford University Press, pp. 83-102.
- DEGOUTRIE, Claus
 2007 “Scalping” – *Strafbedürftigkeit und Einordnung unter die tatbestandlichen Voraussetzungen der Kurs- und Marktpreismanipulation nach §20a WpHG*, Berlin: Logos.
- DIAS, Jorge de Figueiredo
 2007 *Direito Penal – Parte Geral, I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- EICHELBERGER, Jan
 2003 “Scalping – ein Insiderdelikt?”, in: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, pp. 2121-2126.
- EISELE, Jörg
 2001 “Einflussnahme auf nationales Strafrecht durch Richtlinienggebung der Europäischen Gemeinschaft”, in: *Juristenzeitung*, n.º 21, pp. 1157-1165.
- FARIA DA COSTA, José & RAMOS, Maria Elisabete
 2006 *O crime de abuso de informação privilegiada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FEUERBACH, Pauls Johann Anselm von
 1847 *Lehrbuch des Gemein in Deutschland gültigen peinlichen rechts*, Giessen: Heyer.
- FLEISCHER, Holger
 2004 “Scalping zwischen Insiderdelikt und Kursmanipulation”, in: *Der Betrieb*, n.º 77, pp. 51-55.
- FLEISCHER, Holger & SCHMOLKE, Klaus
 2007 “Gerüche im Kapitalmarktrecht. Insiderrecht, Ad-hoc-Publizität, Marktmanipulation”, in: *Die Aktiengesellschaft*, 27, pp. 841-854.
- GAEDE, Karsten & MÜHLBAUER, Tilo
 2005 “Wirtschaftsstrafrecht zwischen europäischem Primärrecht, Verfassungsrecht und der richtlinienkonformen Auslegung am Beispiel des Scalping”, in: *Wistra*, 1, pp. 9-22.

- GALGANO, Francesco
 2003 *Il nuovo diritto societario*, Padova: Cedam.
- GÓMEZ INIESTA, J.
 1997 *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, Madrid: McGraw Hill.
- HAZEN, Thomas Lee
 2002 *The Law of Securities Regulation*, St. Paul: West Group.
- HIPPEL, Fritz von
 1933 *Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung*, Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- JAKOBS, Günther
 1993 *Strafrecht AT*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- KINDHÄUSER, Urs
 2002 *Strafrecht – BT II*, Baden-Baden: Nomos.
 2005 *Strafrecht – BT I*, Baden-Baden: Nomos.
- KUDLICH, Hans
 2004 “Börsen-Gurus zwischen Zölibat und Strafbarkeit – Scalping als Straftat?”, in: *Juristische Rundschau*, 5, pp. 191-195.
- KÜMPEL, Siegfried
 2004 *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Berlin: Otto Schmidt.
- LEITE, André
 2007 *As “posições de garantia” na omissão impura*, Coimbra: Coimbra Editora.
- LENENBACH, Markus
 2003 “Scalping: Insiderdelikt oder Kursmanipulation?”, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 243-247.
- MANNE, Henry
 1966 “In Defense of Insider Trading”, in: *Harvard Business Law Review*, n.º 4 (novembro-dezembro).
- MENDES, Paulo de Sousa & MIRANDA, André
 2004 “A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15/2 (abril-junho), pp. 167-208.
- MENDES, Paulo de Sousa
 2000 *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL.
- MITSCH, Wolfgang
 2003 *Strafrecht – BT, Vermögensdelikte (Kernbereich) / Tb. 1*, Wien: Springer.
- MONIZ, Helena

- 2003 “Aspectos do resultado no direito penal”, in: Costa Andrade, Faria Costa, Miranda Rodrigues & Antunes, (coords.), *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOOSMAYER, Klaus
 2002 “Straf- und bußgeldrechtliche Regelung im Entwurf eines Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes”, in: *Wistra*, 5, pp. 161-170.
- PAWLIK, Christian
 2007a “Anotação ao § 13”, Hirte, Heribert /Möllers, Thomas (org.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, Köln/Berlin/München: Carl Heymanns.
 2007b “Anotação ao § 14”, in Heribert Hirte & Thomas Möllers, (eds.), *Kölner Kommentar zum WpHG*, Carl Heymanns: Köln-Berlin-München.
- PINTO, Frederico Lacerda da Costa
 2000 *Novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.
- REGGE, Jürgen
 2003 “Anotação ao §186”, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Tomo 3, München: C. H. Beck.
- ROXIN, Claus,
 2003 *Strafrecht AT, II*, München: C. H. Beck.
- RUDOW, Sebastian
 2006 *Scalping – zwischen Insiderdelikt und Kursmanipulation*, s./l.: Grin.
- SCHNEIDER, Uwe & BURGARD, Ulrich
 1999 “Scalping als Insiderstraftat”, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 20, pp. 381-390.
- SCHRÖDER, Christian
 2002 *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, Berlin/New York: Walter de Gruyer.
 2004 “Straf- und Bußgeldtatbestände im BörsG und WpHG”, in: Achenbach/Ransiek (orgs.), *Handbuch Wirtschaftsrecht*, Heidelberg: C. F. Müller, pp. 814-878.
- SCHMITZ, Roland
 2003 “Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa”, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115, pp. 501-538.
- SCHWARK, Eberhard
 2003 “Kurs- und Marktpreismanipulation”, in: Jens Ekkenga, Walther Hadding & Horst Hammen (orgs.), *Bankrecht und Kapitalmarktrecht in der Entwicklung – Festschrift für Siegfried Kümpel zum 70. Geburtstag*, Berlin: Erich Schmidt.

SEMINARA, Sergio

2009 “Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie”, in: *Banca borsa e titoli di credito*, n.º 1/I, pp. 331-368.

SETIYA, Kieran

2011 “Knowledge of Intention”, in: Anton Ford, Jennifer Hornsby & Fred, Stoutland (orgs.), *Essays on Anscombe’s Intention*, Harvard: Harvard University Press, pp. 170-197.

STRATENWERTH, Günter

2000 *Strafrecht AT I*, Köln: Carl Heymann.

VEIGA, Alexandre Brandão da

2001 *Crime de manipulação, defesa e criação de mercado*, Coimbra: Almedina.

VOLK, Klaus

1999a “Die Strafbarkeit von Absichten im Insiderhandelsrecht”, in: *Betriebs-Berater*, 54, pp. 66-71.

1999b “Scalping strafbar?”, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2, pp. 787-789.

WEBER, Martin

2000 “Scalping – Erfindung und Folgen eines Insiderdelikts”, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 562-564.

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL DE REGULAÇÃO – DEZEMBRO DE 2011 A MARÇO DE 2012

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

GERAL

Decreto-Lei n.º 8/2012, de 18 de janeiro

Modifica as regras de recrutamento e seleção dos gestores públicos, bem como as matérias relativas aos contratos de gestão e à sua remuneração e benefícios, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março.

Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março

Institui o Tribunal da Propriedade Intelectual e o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Portaria n.º 39/2012, de 10 de fevereiro

Introduz a primeira alteração à Portaria n.º 1340/2008, de 26 de novembro, que cria o Fundo para a Promoção dos Direitos dos Consumidores.

Portaria n.º 84/2012, de 29 de março

Declara instalados o 1.º Juízo do Tribunal da Propriedade Intelectual e o 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Resolução da Assembleia da República n.º 11/2012, de 6 de fevereiro

Cobertura universal do sinal digital.

Regulamento n.º 114/2012, de 13 de março

Altera o Regulamento n.º 58/2005, de 18 de agosto, alterado, republicado e reenumerado pelo Regulamento n.º 87/2009, de 18 de fevereiro, e alterado pelo Regulamento n.º 302/2009, de 16 de julho (Regulamento da Portabilidade).

Aviso 5/2011, de 2 de janeiro

Declaração de conformidade do sistema de contabilidade analítica dos CTT – Correios de Portugal, S. A.

Aviso 6/2012, de 6 de janeiro

Controlo dos níveis de qualidade do serviço postal universal oferecidos pelos CTT – Correios de Portugal, S. A.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

TRANSPORTES RODOVIÁRIOS

Portaria n.º 44/2012, de 13 de fevereiro

Estabelece o sistema de classificação de riscos das empresas sujeitas às disposições do Regulamento (CE) n.º 561/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março, relativo à harmonização de determinadas disposições em matéria social no domínio dos transportes rodoviários, e do Regulamento (CE) n.º 3821/85, do Conselho de 20 de dezembro, relativo à introdução de um aparelho de controlo no domínio dos transportes rodoviários.

TRANSPORTES FERROVIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 59/2012, de 14 de março

Altera o Decreto-Lei n.º 137-A/2009, de 12 de junho, que aprovou o regime jurídico aplicável à CP – Comboios de Portugal, E. P. E., e os respetivos estatutos, conformando o direito interno com a disciplina da Diretiva 91/440/CEE, do Conselho, de 29 de julho de 1991.

Regulamento n.º 630/2011, de 12 de dezembro

O presente regulamento tem por objeto estabelecer os métodos e as regras de cálculo na fixação, determinação e cobrança das tarifas devidas pela prestação dos serviços essenciais, adicionais e auxiliares, a operadores, por um gestor da

infraestrutura ferroviária ou por outro prestador de serviços, nos termos do Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 231/2007, de 14 de junho, e 20/2010, de 24 de março.

TÍTULOS DE TRANSPORTE

Portaria n.º 34-A/2012, de 1 de fevereiro

Atualiza as condições de atribuição dos passes «4_18@escola.tp» e «sub23@superior.tp».

Portaria n.º 36/2012, de 8 de fevereiro

Primeira alteração à Portaria n.º 272/2011, de 23 de setembro, que define as condições de atribuição do Passe Social+ e os procedimentos relativos à operacionalização do sistema que lhe está associado.

Despacho normativo n.º 1/2012, de 27 de janeiro

Fixação dos tarifários dos transportes públicos coletivos de passageiros.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

ELETRICIDADE

Decreto-Lei n.º 5/2012, de 23 de janeiro

Procede a um aditamento ao Decreto-Lei n.º 5/2008, de 8 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de utilização dos bens de domínio público marítimo, para a produção de energia elétrica a partir da energia das ondas do mar na zona piloto delimitada e procede à alteração ao Decreto-Lei n.º 238/2008, de 15 de dezembro, que aprova as bases da concessão da exploração, em regime de serviço público, da zona piloto.

Decreto-Lei n.º 25/2012, de 6 de fevereiro

Suspende a atribuição de potências de injeção na Rede Elétrica de Serviço Público (RESP) ao abrigo do disposto nos artigos 4.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 33-A/2005, de 16 de fevereiro, 172/2006, de 23 de agosto, e 118-A/2010, de 25 de outubro.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 13/2012, de 8 de fevereiro

Aprova as propostas de compra no âmbito da 2.ª fase do processo de reprivatização do capital social da REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS,

S. A. (REN), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 106-B/2011, de 3 de novembro, e nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 13.º do caderno de encargos anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 52-B/2011, de 7 de dezembro.

Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de março

Estabelece o regime de extinção das tarifas reguladas de venda de eletricidade a clientes finais com consumos em baixa tensão normal (BTN) e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulneráveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e às tarifas e preços.

Portaria n.º 310/2011, de 21 de dezembro

Revoga a Portaria n.º 1309/2010, de 23 de Dezembro e a Portaria n.º 117/2011, de 25 de Março, relativas ao regime da interruptibilidade.

Portaria n.º 64/2012, de 20 de março

Aprova os preços da habitação, por metro quadrado de área útil (P_c), para 2012, a que se refere a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 141/88, de 22 de abril.

GÁS NATURAL

Decreto-Lei n.º 74/2012, de 26 de março

Estabelece o regime de extinção das tarifas reguladas de venda de gás natural a clientes finais com consumos anuais inferiores ou iguais a 10 000 m³ e adota mecanismos de salvaguarda dos clientes finais economicamente vulneráveis, nomeadamente no que respeita ao relacionamento comercial e às tarifas e preços.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 1/2012, de 11 de janeiro

Procede à 5.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 196/2003, de 23 de agosto, e transpõe a Diretiva n.º 2011/37/UE, da Comissão, de 30 de março, relativa aos veículos em fim de vida.

Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março

Aprova a orgânica da Agência Portuguesa do Ambiente, I. P.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2012, de 15 de março

Determina a rescisão dos contratos de financiamento e das decisões relativas à aprovação de operações no âmbito dos Programas Operacionais do Quadro de Referência Estratégico Nacional, que estejam, há mais de seis meses, sem execução física e financeira.

Portaria n.º 311/2011, de 28 de dezembro

Aprova a delimitação do perímetro de proteção da captação de água subterrânea localizada no concelho de Alcoutim.

Portaria n.º 56/2012, de 9 de março

Altera a portaria n.º 688/2008, de 22 de julho (2.ª série), que aprova a delimitação dos perímetros de proteção das captações de água subterrânea nos denominados pólo da Golpilheira e pólo da Calvaria de Baixo, no concelho da Batalha.

Portaria n.º 57/2012, de 9 de março

Aprova a delimitação de perímetros de proteção de captações de águas subterrâneas de Silveira e Troviscal situadas no concelho de Oliveira do Bairro.

Portaria n.º 73/2012, de 23 de março

Aprova a delimitação do perímetro de proteção da captação de água subterrânea denominada Minas da Castelhana, situada no concelho de Ílhavo.

Portaria n.º 78/2012, de 26 de março

Aprova a delimitação do perímetro de proteção da captação de água subterrânea, designada por FO(D)-SOBOC – Oiã, no concelho de Oliveira do Bairro.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE**Decreto-Lei n.º 44/2012, de 23 de fevereiro**

Procede à extinção e integração por fusão no Centro Hospitalar de Lisboa Central, E. P. E., do Hospital de Curry Cabral, E. P. E., e da Maternidade Dr. Alfredo da Costa.

Portaria n.º 306-A/2011, de 20 de dezembro

Aprova os valores das taxas moderadoras do Serviço Nacional de Saúde, bem como as respetivas regras de apuramento e cobrança.

Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de dezembro

Estabelece os critérios de verificação da condição de insuficiência económica dos utentes para efeitos de isenção de taxas moderadoras e de outros encargos de que dependa o acesso às prestações de saúde do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

Portaria n.º 3/2012, de 2 de janeiro

Autoriza a revisão do preço do medicamento a título excecional.

Portaria n.º 3/2012, de 2 de janeiro

Estabelece as regras de formação dos preços dos medicamentos, da sua alteração e da sua revisão anual, bem como os respetivos prazos.

Portaria n.º 19/2012, de 20 de janeiro

Altera o Regulamento das Tabelas de Preços das Instituições e Serviços Integrados no SNS, aprovado pela Portaria n.º 132/2009, de 30 de janeiro.

Portaria n.º 40/2012, de 10 de fevereiro

Extingue o Hospital Distrital de Braga, sendo objeto de fusão com a Administração Regional de Saúde do Norte, I. P.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS
DO HOMEM DE 27 DE SETEMBRO DE 2011, PETIÇÃO
N.º 43509/08, *A. MENARINI DIAGNOSTICS SLR C. ITÁLIA*

*Helena Gaspar Martinho**

INTRODUÇÃO

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) constitui um marco da maior relevância no que respeita ao *due process* no Direito da concorrência europeu e de modelo europeu.

Advogados de empresas e alguns Autores apontam ao Direito da concorrência um défice na proteção de direitos e invocam a sua desconformidade com os níveis de garantia oferecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). A questão ganha maior relevância quando a Comissão Europeia e muitas das Autoridades Nacionais de Concorrência (ANCs) têm o poder de aplicar coimas muito significativas, que podem ascender a 10% do volume de negócios das empresas, por infrações ao Direito da concorrência.

É neste quadro que se colocam as questões tratadas no Acórdão do TEDH agora objeto do nosso comentário, em particular: (i) a conformidade com a CEDH de um sistema que concentra poderes de investigação e decisão (*maxime*, de condenação) numa única entidade administrativa (*in casu*, a ANC italiana); e (ii) a necessidade de existir um controlo jurisdicional efetivo das decisões. É, sobretudo, sobre este segundo aspeto que se pronuncia o TEDH – quanto ao âmbito e intensidade dos poderes de controlo do órgão jurisdic-

cional necessários para que possa considerar-se o sistema conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

Embora o TEDH neste caso se tenha pronunciado sobre o sistema de controlo das decisões da ANC italiana, as similitudes com o sistema de investigação e condenação por infrações às regras da concorrência da UE, bem como de vários Estados-membros que se inspiraram neste modelo, são muito fortes, podendo, pois, retirar-se desta jurisprudência algumas conclusões, ou, pelo menos, indicações, também quanto à conformidade (ou não) de tais sistemas com a CEDH.

Este Acórdão do TEDH tem particular importância quando já entrou em vigor o Tratado de Lisboa¹, que atribui à Carta dos Direitos Fundamentais um valor igual ao dos Tratados, tornando-a vinculativa². Recorde-se que Carta dispõe que na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, “o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção”, a não ser que a Carta confira uma proteção mais extensa ou mais ampla³. Acresce que a nova versão do Tratado da UE prevê ainda a adesão da UE à CEDH⁴. Neste contexto, em que a Carta e a CEDH ganham um maior peso no Direito da UE, com consequências também para o Direito da concorrência, é, pois, curial analisar o presente Acórdão do TEDH, sobretudo quando as decisões deste Tribunal sobre o Direito da concorrência europeu são praticamente inexistentes.

1. OS CONTORNOS DO CASO

A Menarini Diagnostics S.R.L. (Menarini) foi condenada pela ANC italiana, a *Autorità Garante della Concorrenza e de Mercato* (AGCM), no pagamento de uma coima de 6 milhões de euros por práticas anticoncorrenciais no mercado dos testes de diagnósticos de diabetes, em violação das regras nacionais de concorrência italianas⁵.

1 Que entrou em vigor a 1 de dezembro de 2009.

2 Artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

3 Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta. Para o caso em análise, importa ter presente o artigo 47.º da Carta que, no segundo parágrafo, dispõe: “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei [...]”.

4 Artigo 6.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia.

5 Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990.

Inconformada com a decisão, a Menarini interpôs recurso para o Tribunal Administrativo do *Latium* (TAR), quer contestando os factos e a qualificação jurídica feita pela ANC italiana, quer contestando a coima aplicada e invocando a inconstitucionalidade do artigo da lei que excluía um controlo de plena jurisdição por parte dos tribunais quanto a esta matéria.

O TAR rejeitou o recurso da Menarini e salientou que o controlo que pode exercer sobre as decisões da ANC italiana é exclusivamente um controlo de legalidade e que, quanto à sanção, caso a requerente invocasse um abuso de poder, podia controlar apenas a pertinência e a motivação do ato administrativo, não tendo o poder de se substituir à ANC. Em suma, segundo o próprio TAR, “[o] juiz não pode aplicar senão as normas identificadas pela AGCM e não pode substituí-las por outras; não pode modificar as características do inquérito e por consequência não pode alterar a decisão adotada. Pode somente verificar a legalidade”⁶. O recurso da Menarini, viria, igualmente, a ser rejeitado pelo Conselho de Estado, no essencial, com os mesmos argumentos⁷.

Perante o TEDH, a Menarini invocou a violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que dispõe:

“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, [...] sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.

1.1. Argumentos da Menarini

A Menarini argumentou, perante o TEDH, em suma, que: (i) a decisão da ANC italiana equivalia a uma acusação em matéria penal⁸; e que (ii) a condenação por um órgão não jurisdicional como a ANC italiana exigia o controlo ulterior por um tribunal com plena jurisdição, que satisfizesse as garantias do artigo 6.º da CEDH⁹.

Quanto a este último ponto, invocou a Menarini que o controlo exercido pelo tribunal administrativo italiano era apenas um controlo de legalidade, em que o juiz administrativo se limitava a verificar se a ANC italiana tinha

6 § 15.

7 § 18 ss.

8 § 33 ss.

9 § 51 ss.

utilizado o seu poder discricionário de forma compatível com a Lei n.º 287 de 1990 (que aprovou o regime jurídico da concorrência italiano); não poderia verificar a lógica e coerência do poder exercido pela administração, nem substituir as apreciações da ANC pelas suas próprias apreciações, nem tão pouco aplicar outras normas que não as identificadas pela ANC. Este controlo, que a Menarini classifica como “débil”, não oferece, do seu ponto de vista, um nível adequado de garantias, não sendo conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH¹⁰.

1.2. A decisão do TEDH

Começou o Tribunal por verificar se a decisão da ANC italiana poderia ser reconduzida a uma “acusação penal” – pressuposto para admissibilidade do recurso apresentado. Esclareceu o TEDH que embora as práticas anticoncorrenciais pelas quais tinha sido condenada a Menarini não constituíssem uma infração penal no Direito italiano, aplicando os outros critérios fixados em anterior jurisprudência do TEDH¹¹, podia concluir estar perante uma acusação penal para efeitos da aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH¹².

Quanto à questão de fundo, esclareceu o tribunal, em primeiro lugar, que pode confiar-se às autoridades administrativas a tarefa de perseguir e reprimir as infrações e que tal não é incompatível com a CEDH, desde que seja garantida ao interessado a possibilidade de ver tal decisão da autoridade administrativa examinada por um tribunal que ofereça as garantias consagradas no artigo 6.º da CEDH¹³.

Quanto à questão de saber se no presente caso existiam tais garantias, sublinhou o TEDH que a competência dos tribunais administrativos não estava limitada a um simples controlo de legalidade; no caso concreto, os tribunais puderam averiguar, em relação às circunstâncias particulares do caso, se a ANC italiana tinha feito um uso apropriado dos seus poderes, examinar o fundamento e a proporcionalidade das escolhas da ANC italiana, bem como verificar as suas avaliações de ordem técnica. Acrescentou o TEDH que o controlo efetuado sobre a sanção foi de plena jurisdição, uma vez que

10 § 51 ss.

11 *Natureza da infração* – protegendo interesses gerais da sociedade tal como o Direito penal e; *natureza e severidade da sanção* – *in casu*, uma sanção pecuniária de 6 milhões de euros, com carácter repressivo, considerando o seu propósito sancionatório e preventivo.

12 § 38 ss.

13 § 58.

os tribunais italianos (o TAR e o Conselho de Estado) puderam verificar a adequação da sanção em relação à infração em causa e, se fosse caso disso, poderiam substituir a sanção por outra¹⁴.

Concluiu, assim, o TEDH não existir qualquer violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH¹⁵.

1.3. O voto vencido do juiz Paulo Pinto de Albuquerque

Esta opinião não foi, no entanto, unânime entre os juízes do TEDH. A declaração de voto vencido do juiz Paulo Pinto de Albuquerque é incontornável para a análise do caso.

O juiz começa por analisar os poderes de controlo atribuídos aos órgãos jurisdicionais administrativos italianos e verifica que podem escrutinar a veracidade dos elementos de facto, o que pressupõe uma avaliação das provas recolhidas pela ANC italiana e apresentadas pela defesa; podem também avaliar a proporcionalidade das sanções aplicadas. Não podem, porém, efetuar senão um controlo débil sobre outras fases do procedimento de decisão administrativo, uma vez que a ANC italiana exerce, pelo menos em parte, uma atividade discricionária técnica¹⁶.

Debruçando-se sobre o controlo exercido, em concreto, pelos tribunais italianos, entendeu o juiz Paulo Pinto de Albuquerque que foi um controlo meramente formal, não tocando no cerne da fundamentação da decisão condenatória – uma mera adesão formal dos tribunais à avaliação técnica “indiscutível” da ANC italiana, sem qualquer avaliação autónoma, concreta e detalhada da ilicitude da conduta e da culpa da Menarini, que se viu, assim, privada de uma análise autónoma da motivação do seu recurso¹⁷.

Ora, sublinha o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, o controlo jurisdicional pleno caracteriza-se, justamente, pela sua natureza exaustiva, pelo que deve incluir todos os aspetos, seja de facto, seja de direito, da responsabilidade imputada ao sujeito da infração. Não existe jurisdição plena se não for exaustiva¹⁸.

14 § 60 ss.

15 § 67.

16 § 5 do voto vencido.

17 § 7 do voto vencido.

18 § 8 do voto vencido.

Conclui, assim, este juiz do TEDH que a Menarini não teve a possibilidade de submeter a sua causa a um tribunal que cumprisse os requisitos do artigo 6.º da CEDH. Tendo em conta a natureza não jurisdicional da ANC italiana, bem como o entendimento limitado da jurisdição administrativa, quer como entendida em abstrato, quer como exercida em concreto pelos tribunais nacionais, houve, no seu entendimento, uma violação do artigo 6.º da CEDH.

2. A JURISPRUDÊNCIA MENARINI E O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E CONDENAÇÃO POR ILÍCITOS JUSCONCORRENCIAIS NA UE

Pese embora o facto de o TEDH não se haver pronunciado diretamente sobre o sistema de investigação e condenação de práticas anticoncorrencais da UE, por violação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nem quanto à conformidade com a CEDH do controlo exercido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE¹⁹ sobre as decisões adotadas neste domínio pela Comissão Europeia, o caso Menarini permite que dele se retirem várias respostas para alguns dos problemas que têm vindo a ser levantados quanto às garantias oferecidas nos processos relativos a infrações jusconcorrencais na UE e à sua conformidade com o disposto na CEDH. É o que procuraremos fazer de seguida.

2.1. A natureza “penal” da acusação

As práticas anticoncorrencais pelas quais foi condenada a Menarini pela ANC italiana não têm natureza penal, mas administrativa. O mesmo sucede com as infrações ao Direito da concorrência da UE (artigos 101.º e 102.º do TFUE)²⁰.

Porém, e para efeitos da aplicação do artigo 6.º da CEDH, o TEDH criou um conceito amplo de “acusação de natureza penal”, podendo merecer esta classificação acusações ou decisões adotadas em processos que não são formalmente classificados como tal, desde que cumpram outros requisitos.

Assim, segundo o TEDH, antes de mais, deve, de facto, averiguar-se: (i) a *classificação da infração de que vem acusado o queixoso no sistema nacional* (penal ou outra) – critério relevante, mas que pode não ser determinante, uma vez

19 Composto pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça.

20 Artigo 23.º, n.º 5, do Regulamento 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.

que deve ainda indagar-se: (ii) a *natureza da infração, i.e.*, se tem um propósito punitivo e dissuasor; e (iii) o *grau e a severidade da sanção imposta*²¹.

O facto de a Comissão Europeia, tal como a ANC italiana e outras ANCs da UE poderem aplicar coimas avultadas, que podem ascender até 10 % do volume de negócios das empresas, ainda que num procedimento de tipo administrativo, fez com que, considerando o requisito que se prende com o *carácter punitivo e dissuasor* e, sobretudo, o requisito relacionado com o grau e a *severidade da sanção imposta*, se considerasse que as sanções no Direito europeu da concorrência tinham carácter penal. Alguns Autores concluem, a partir desta classificação, que o processo relativo a violações ao artigo 101.º e 102.º do TFUE não é suficientemente garantístico, nem conforme à CEDH, em particular, e no que toca à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, na vertente tratada no Acórdão presentemente em análise, quanto: (i) à concentração de competências na Comissão Europeia; e (ii) à decisão ou controlo por um tribunal independente.

Também a Menarini, no presente caso, invocou o carácter penal da sanção que lhe foi aplicada pela ANC italiana²², concluindo o TEDH, sem surpresa e na linha da sua jurisprudência anterior, que a sanção aplicada pela ANC italiana tinha, de facto, carácter penal, tendo em conta a natureza e severidade da sanção (uma coima de 6 milhões de euros), que apresentava carácter repressivo (no sentido de sancionar o ilícito) e preventivo (procurando dissuadir a reincidência da sociedade condenada), aplicando-se, como tal, o artigo 6.º CEDH²³.

O propósito do TEDH com a criação deste conceito amplo de acusação em matéria penal foi o de evitar que os Estados contratantes pudessem, de forma discricionária, ao classificar uma infração como não penal, excluir a aplicação do artigo 6.º da CEDH – ficando a aplicação deste artigo dependente, apenas, da sua vontade, o que seria contrário ao propósito da Convenção. Existem, assim, acusações que, embora não sendo formalmente de natureza penal (por exemplo, de natureza administrativa ou disciplinar), desde que preencham

21 Critérios fixados no Acórdão do TEDH *Engel e outros c. Holanda*, petições n.ºs 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 de junho de 1976, § 82. Neste caso, estava em questão a aplicação de sanções disciplinares militares que chegaram mesmo a incluir a privação de liberdade de alguns queixosos. Veja-se ainda o caso *Oztürk c. Alemanha*, petição n.º 8544/79, 21 de fevereiro de 1984, § 50. Neste caso, foi relevante para que o TEDH considerasse que estava perante uma acusação com carácter penal o facto de as infrações rodoviárias terem sido descriminalizadas pouco tempo antes e serem consideradas infrações criminais na maioria dos Estados contratantes, § 53.

22 § 33 ss.

23 § 38 ss.

os requisitos (não cumulativos, mas alternativos) acima enunciados, estarão sujeitas à aplicação do artigo 6.º da CEDH.

É, pois, pacífico, que as garantias consagradas no artigo 6.º se aplicam aos processos relativos a infrações anticoncorrenciais, seja aos que são da responsabilidade da Comissão Europeia, seja aos que pertencem à ANC italiana.

A dúvida e a controvérsia surgem, porém, quanto à determinação concreta do âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH no Direito da concorrência.

2.2. A concentração de poderes de investigação e decisão numa entidade administrativa

Para alguns Autores, a classificação das infrações ao Direito da concorrência como penais tem como consequência a necessidade de separação de funções entre quem investiga e quem condena, bem como o imperativo de a decisão ser adotada por um órgão jurisdicional independente. Assim, se a Comissão Europeia tem competência para investigar, não pode ser esta entidade a decidir a aplicação da sanção, mas um tribunal independente. Apenas assim seria cumprido o determinado pelo artigo 6.º, n.º 1, da CEDH²⁴.

Na ótica destes Autores, apenas é admissível uma exceção a esta regra (no sentido de permitir que uma entidade administrativa investigue e condene e que o tribunal exerça, somente, um controlo posterior em sede de recurso): quando estejamos perante infrações menores, nas quais não podem enquadrar-se as infrações ao Direito da concorrência, sobretudo, tendo em conta o montante das coimas aplicadas pela Comissão Europeia nos últimos anos²⁵.

Esta interpretação do artigo 6.º, n.º 1, face à realidade dos processos por infrações ao Direito da concorrência, não é, porém, unívoca nem pacífica. Há quem, pelo contrário, defenda que, pese embora esta classificação como infrações ou sanções penais em sentido amplo, o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH é plenamente respeitado, ainda que a Comissão concentre as funções de investigação e decisão, desde que os destinatários da decisão tenham o direito de

24 Apontando a necessidade de reforma do atual regime de investigação das práticas restritivas da concorrência (designadamente, a concentração de poderes de investigação e decisão na Comissão Europeia), Forrester: 2009a; apresentando uma proposta no sentido de separação poderes Comissão/Tribunais, mas apontando dificuldades e inconvenientes desta reforma: Schwarze, Bechtold & Bosch, 2008: 77.

25 Slater, Thomas & Waelbroeck, 2009: 24. No mesmo sentido, Andreangeli *et al.*, 2009: 11 ss.

impugnar a decisão perante um tribunal que tenha poderes de plena jurisdição e ofereça as garantias prevista no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH²⁶.

Para chegar a esta conclusão, não será indiferente o facto de o próprio TEDH haver traçado uma distinção entre processos de natureza penal *stricto sensu* e processos que não pertencem à categoria tradicional de Direito penal. Mais: o próprio TEDH inclui o Direito da concorrência neste último grupo²⁷. Esse conceito amplo de processo penal abrange, assim, acusações “com diferentes pesos”, concluindo o próprio TEDH que aos casos que não pertencem ao Direito penal clássico não se aplicam necessariamente as garantias deste Direito com o mesmo rigor e com a mesma extensão²⁸.

Transpondo este princípio para o problema que agora nos ocupa, se num processo de Direito penal (*stricto sensu*) é exigível que a decisão seja adotada por um tribunal independente e imparcial, já num processo administrativo (ou outro que não pertença ao Direito penal *stricto sensu*), será suficiente que seja exercido um controlo posterior por um tribunal independente e imparcial.

Acresce que, por diversas vezes, o TEDH considerou, em processos classificados como tendo natureza penal *lato sensu* (em particular, no domínio dos ilícitos fiscais), ser conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH um sistema em que tinha o poder de adotar a decisão condenatória uma entidade administrativa (que, por si, não satisfazia os requisitos do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH), desde que tal decisão fosse impugnável perante um tribunal que tivesse competência para rever e reverter questões de facto e de direito da decisão²⁹. Mais: o TEDH entendeu que tal solução seria admissível, mesmo quando fossem aplicadas coimas de avultados montantes³⁰.

A interpretação e conjugação desta jurisprudência permitiria concluir que o sistema de investigação e decisão por práticas restritivas da concorrência em violação dos artigos 101.º e 102.º é conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH³¹.

26 Wils, 2004: 209.

27 *Jussila vs. Finlândia*, petição n.º 73053/01, 23 de novembro de 2006, § 43.

28 *Ibidem*.

29 *Janosevic c. Suécia*, petição n.º 34619/97, 23 de julho de 2007, § 81 e também *Bedenoun c. França*, petição n.º 12547/86, 24 de fevereiro de 2004, § 46. Sem decidir se o processo tinha natureza civil ou penal, mas concluindo da mesma forma quanto a este problema, *Albert e Le Compte c. Bélgica*, petições n.º 7299/75 e 7496/76, 10 de fevereiro de 1983, § 29.

30 *Janosevic c. Suécia*, § 81; *Bedenoun c. França*, § 46.

31 Tratando deste tema com pormenor: Wils, 2010: 17.

Porém, para os Autores que defendem a primeira corrente acima exposta, ainda assim, esta conclusão não é, na sua ótica, transponível para o Direito da concorrência, uma vez que não estamos perante “infrações menores”, pelo que é necessária uma separação de funções entre quem investiga e quem condena.

Ora, o Acórdão presentemente em análise, que se pronunciou concretamente sobre a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH a um sistema de investigação e condenação por práticas anticoncorrenciais, veio esclarecer a questão:

- (i) Confirmando que um processo administrativo pode ser diverso de um processo penal, no sentido estrito do termo, em múltiplos aspetos, e que essas diferenças podem influenciar o modo de aplicação das garantias previstas no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH³²;
- (ii) Que, também e concretamente, no presente processo relativo a infrações ao Direito da concorrência, a sanção pode ser imposta por uma autoridade administrativa, desde que exista um controlo posterior por parte de um tribunal independente, que possa pronunciar-se e decidir sobre matérias de facto e de direito³³.

Esclarecida a primeira questão, relativa à conformidade com a CEDH de um sistema que concentra poderes de investigação e decisão numa autoridade administrativa, cumpre agora analisar a segunda questão referente ao controlo jurisdicional efetivo, ou, mais concretamente, quanto ao âmbito e intensidade do controlo que deve ser exercido pelo tribunal para que possa considerar-se o sistema conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

2.3. O controlo jurisdicional efetivo

Também este aspeto tem sido alvo de controvérsia. Alguns Autores e, em particular, advogados de empresas, questionam se o controlo exercido pelo TJUE (Tribunal Geral e Tribunal de Justiça) das decisões de condenação por práticas anticoncorrenciais em violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é suficiente e conforme ao artigo 6.º da CEDH³⁴.

32 § 62.

33 § 58 e 59. Concorda neste aspeto com o Acórdão do TEDH o juiz Paulo Pinto de Albuquerque na sua declaração de voto vencido. A própria Menarini parece concordar com esta interpretação, § 58.

34 Forrester (2009b) entende que o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça têm feito uma leitura demasiado restritiva dos seus poderes de controlo sobre as decisões da Comissão Europeia.

Embora não se pronunciando diretamente sobre o controlo jurisdicional das decisões da Comissão Europeia, o Acórdão Menarini veio lançar alguma luz sobre esta matéria.

2.3.1. Processo penal *lato* e *stricto sensu* – Uma distinção relevante para a tutela jurisdicional plena?

Importa chamar novamente à colação a distinção entre processos administrativos (penais, no sentido amplo do termo e apenas para efeitos de aplicação do artigo 6.º da CEDH, como descrito *supra*) e penais *stricto sensu*. Com efeito, tal distinção não só foi relevante para que o TEDH declarasse admissível a concentração de poderes de investigação e decisão numa entidade administrativa (cumprida que fosse condição de uma fiscalização rigorosa ulterior por tribunal independente), como também parece ter relevado para a apreciação dos requisitos relacionados com a tutela jurisdicional efetiva, *i.e.*, com a própria extensão e intensidade do controlo exercido pelo tribunal sobre a decisão da autoridade administrativa.

O TEDH volta, assim, a recordar que se as diferenças entre processo penal e administrativo não podem exonerar os Estados contratantes da obrigação de respeitar todas as garantias oferecidas pelo artigo 6.º da CEDH, podem, no entanto, influenciar as modalidades da sua aplicação³⁵. O Tribunal parece, assim, admitir que o controlo exercido pelos tribunais sobre as decisões condenatórias de uma entidade administrativa não tem de cumprir exatamente os mesmos requisitos que seriam exigidos num processo penal (*stricto sensu*).

Já o juiz Paulo Pinto de Albuquerque, embora declarando que deixa de parte a “espinhosa questão” de saber se o controlo de plena jurisdição pode ser diverso e menos exigente do que o que se garante no domínio penal³⁶, não deixa de declarar adiante que se a verificação das questões de facto e a aplicação de uma sanção pública pode ser reservada a uma entidade administrativa, “sem um controlo posterior rigoroso por parte dos tribunais, os [...] princípios [da tutela jurisdicional efetiva, da separação de poderes e da legalidade das sanções] seriam totalmente falseados”³⁷. E acrescenta que mesmo aceitando um “pseudo direito penal” ou um “direito penal a duas velocidades”, têm de aplicar-se as garantias clássicas do direito e processo penal; o “desejado movi-

35 § 62.

36 § 8 da declaração de voto vencido.

37 § 9 da declaração de voto vencido.

mento de despenalização não pode transformar-se num cheque em branco à administração”³⁸. Ou seja, e embora o fundamento da conclusão deste voto vencido (onde se declara que o controlo exercido pelos tribunais administrativos italianos em relação à decisão da ANC italiana não era conforme ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH) não resida no argumento de que processos administrativos (ou este processo administrativo) têm de fornecer os mesmos direitos e garantias, da mesma forma, com a mesma amplitude e a mesma intensidade que no processo penal (*stricto sensu*), o facto é que o juiz tem, certamente, uma leitura mais exigente do que a do TEDH no que concerne a diferenciações no tratamento das garantias nos processos administrativos em relação aos processos penais (*stricto sensu*), e, em particular, no que toca ao âmbito e intensidade dos poderes de controlo dos tribunais para que possa entender-se que existe uma tutela jurisdicional efetiva, ou um controlo jurisdicional pleno.

2.3.2. O controlo das decisões da Comissão Europeia – Uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva?

2.3.2.1. À luz da jurisprudência do TEDH

Que conclusões podem retirar-se do Acórdão da Menarini em relação ao controlo exercido pelo TJUE sobre as decisões de práticas anticoncorrenciais adotadas pela Comissão Europeia? Poderá considerar-se o escrutínio exercido pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral como uma tutela jurisdicional efetiva ou plena, em cumprimento do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH?

A resposta, à luz desta jurisprudência, não poderá, cremos, deixar de ser positiva, até por maioria de razão.

Com efeito, para além do controlo de legalidade que pode ser exercido no âmbito do recurso de anulação, previsto no artigo 263.º do TFUE, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral exercem um controlo de plena jurisdição nos termos do artigo 261.º do TFUE³⁹ e, concretamente no que concerne às decisões da Comissão Europeia que apliquem sanções por violações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, também nos termos do artigo 31.º do Regulamento n.º

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Ex-artigo 229.º TCE, que dispõe: “No que respeita às sanções nele previstas, os regulamentos adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, por força das disposições dos Tratados, podem atribuir plena jurisdição ao tribunal e Justiça da União Europeia”.

1/2003⁴⁰. Nesta sede, o exame do juiz alcança “todos os elementos de facto e de direito que tenham motivado a imposição das sanções”⁴¹.

O controlo exercido pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral é, assim, mais intenso e completo do que o exercido pelos tribunais administrativos em análise no caso Menarini – algo que é referido na própria declaração de voto vencido do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, que distingue o caso italiano em análise na jurisprudência Menarini, do controlo (esse sim) de plena jurisdição exercido no âmbito do Regulamento n.º 1/2003, “que inclui a faculdade de o Tribunal de Justiça substituir as suas próprias avaliações sobre os factos e o direito às da Comissão, e de fazê-lo mesmo na ausência de um erro significativo da Comissão”⁴².

Assim, à luz do Acórdão do TEDH que presentemente analisamos, o controlo jurisdicional oferecido pelo TJUE oferece níveis de garantia conformes ao artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.

2.3.2.2. À luz da jurisprudência do TJUE

O mesmo parece poder retirar-se da jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça. O Tribunal do Luxemburgo veio pronunciar-se, recentemente e já após o Acórdão Menarini, sobre esta questão, em três Acórdãos datados de 8 de dezembro de 2011⁴³, que importa analisar.

As Recorrentes invocaram perante o Tribunal de Justiça quer uma violação do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, quer uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, sustentando que “o Tribunal Geral violou o direito da União e o seu direito fundamental a um recurso jurisdicional efetivo e sem entraves, na medida em que não examinou com atenção e cuidado os

40 Que dispõe: “O tribunal de Justiça conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela Comissão uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. O Tribunal de Justiça pode suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada”.

41 Duarte, 2012: 940. Ainda sobre o recurso judicial das decisões da Comissão Europeia: Moura e Silva, 2008: 152 ss. Mais completo, sobre esta matéria: Kerse & Khan, 2005: 459 ss.

42 § 8 da declaração de voto vencido.

43 Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contra Comissão Europeia*, Processo C-389/10 P; Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon contra Comissão Europeia*, Processo C-386/10 P; Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contra Comissão Europeia*, Processo C-272/09 P. A apreciação do Tribunal é igual nos três processos. Por uma questão de simplificação, no presente comentário referir-nos-emos sempre ao primeiro processo mencionado.

seus argumentos e remeteu de forma excessiva e irrazoável para o poder de apreciação da Comissão”⁴⁴.

Embora o Tribunal de Justiça não se tenha pronunciado quanto ao cumprimento do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, decidiu pela improcedência do recurso, concluindo que a fiscalização exercida pelos Tribunais da UE não é contrária às exigências do princípio da tutela jurisdicional efetiva que figura no artigo 47.º da Carta⁴⁵.

Esta jurisprudência é interessante não só porque revela a convergência entre os Tribunais do Luxemburgo e Estrasburgo sobre esta matéria, mas também porque se pronuncia diretamente sobre a muito relevante e delicada questão de saber até onde vai a margem de apreciação e discricionariedade da Comissão Europeia em matérias de elevada complexidade técnica que caracterizam os processos jusconcorrenciais (em particular, matérias de natureza económica) e qual a possibilidade de o Tribunal fiscalizar as apreciações e decisões da Comissão Europeia neste domínio, mesmo no âmbito de uma fiscalização de legalidade (artigo 263.º do TFUE). O Tribunal esclareceu que “apesar de a Comissão dispor de uma margem de apreciação em matéria económica, em domínios que originam apreciações económicas complexas, *tal não implica que o juiz da União se deva abster de fiscalizar a interpretação, feita pela Comissão, de dados de natureza económica*”⁴⁶.

E acrescenta:

“Com efeito, o juiz da União deve designadamente verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência mas também fiscalizar se estes elementos constituem o conjunto dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram”⁴⁷.

Ou seja, o Tribunal de Justiça parece fazer uma leitura ampla dos seus poderes de revisão, mesmo no âmbito da fiscalização de legalidade (artigo 263.º do

44 § 108 ss. do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contra Comissão Europeia*, Processo C-389/10 P.

45

46 *Idem*, § 121, itálico nosso.

47 *Idem*, § 121, remetendo para “acórdãos de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C 12/03 P, Colet., p. I 987, n.º 39, e de 22 de novembro de 2007, Espanha/Lenzing, C 525/04 P, Colet., p. I 9947, n.os 56 e 57”.

TFUE), sendo que tal fiscalização é ainda completada com a competência de plena jurisdição que, como tivemos já oportunidade de referir, “habilita o juiz, para além da simples fiscalização de legalidade da punição, a substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação e, deste modo, [...] suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou sanção pecuniária compulsória aplicada”⁴⁸.

Concluiu, assim, o Tribunal de Justiça:

“A fiscalização prevista pelos Tratados implica, pois, que o juiz da União exerça uma fiscalização tanto de direito como de facto e que tem o poder de apreciar as provas, de anular a decisão impugnada e de alterar o montante das coimas. Por conseguinte, não se verifica que a fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE, completada pela competência de plena jurisdição a respeito do montante da coima, prevista no artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003, seja contrária às exigências do princípio da proteção jurisdicional efetiva que figura no artigo 47.º da Carta”⁴⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora, no Acórdão Menarini, o TEDH não se tenha pronunciado diretamente sobre a conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH do sistema de controlo das decisões condenatórias da Comissão Europeia por práticas anticoncorrenciais, retira-se desta jurisprudência, até por maioria de razão, que, no entendimento deste Tribunal, e caso tivesse de pronunciar-se sobre essa matéria, consideraria que tal sistema cumpre com os requisitos do mencionado artigo da Convenção.

Para os que esperavam, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e a crescente importância da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e da CEDH, uma verdadeira revolução no sistema processual do Direito da concorrência da UE, esta decisão poderá ter sido uma desilusão. Mais a mais quando tal decisão foi proferida pelo próprio TEDH, o guardião último dos direitos fundamentais, que, por vezes, é visto como sendo mais garantístico do que Tribunal de Justiça. Nada se retira desta jurisprudência que indique ou aponte no sentido de existir uma necessidade de reforma quer no que concerne à concentração de poderes na Comissão Europeia para investigar e decidir os processos relativos a violações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, quer no que respeita ao

48 *Idem*, § 130.

49 § 133.

controlo exercido pelo TJUE sobre tais decisões da Comissão Europeia. Pelo contrário, o que se verifica é que os Tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo consideram o atual sistema conforme com a CEDH e com a Carta.

Isto não significa, certamente, que tenha terminado o debate, a discussão e a controvérsia em torno deste assunto. Práticos e académicos continuarão a discutir, perante os tribunais, nas conferências e publicações da especialidade esta, como outras questões relativas ao *due process*. O processo de construção do sistema de direitos na UE e no Direito da concorrência tem sido dinâmico e caracterizado, até, por uma “fertilização cruzada” entre tribunais. Porém, a presunção de que caso o TEDH tivesse a possibilidade de pronunciar-se sobre algumas questões de *due process* do Direito da concorrência da UE (em particular, sobre aquelas que vimos analisando) declararia a sua desconformidade com a CEDH, não é, como vimos, correta.

Importa, em todo o caso, recordar que uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva, um escrutínio rigoroso de uma decisão adotada por uma entidade administrativa especializada, em domínios com grande complexidade e especificidade técnica, como sucede, crescentemente, no Direito da concorrência, apenas poderá ser alcançado por tribunais com alguma especialização nestas matérias⁵⁰.

BIBLIOGRAFIA

ANDREANGELI, Arianna

2008 *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Cheltenham: Edward Elgar.

ANDREANGELI, Arianna *et al.*

2009 *Enforcement by the Commission – The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission’s Fining System*, draft report presented at the Fifth Annual Conference of the Global Competition Law Centre, 11-12 June 2009.

DUARTE, Joaquim Caimoto

2012 Comentário ao artigo 262.º do TFUE, in Manuel Lopes Porto & Gonçalo Anastácio (coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, pp. 938-940.

50 Nesse sentido: Andreangeli, 2008: 184 ss. e Geradin & Petit: 2005.

FORRESTER, Ian s.

- 2009a “Due Process in EC competition Cases: A Distinguished Institution with Flawed Procedures”, in *The European Law Review*, vol. 34, n.º 6, 2009, pp. 817-843.
- 2009b “A Bush in Need of Pruning: The Luxuriant Growth of Light Judicial Review”, in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

GERADIN, Damien & PETIT, Nicolas

- 2005 *Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation*, The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 06/05, disponível em: <http://www.coleurope.eu/template.asp?pagename=gclc> [consultado em: 20.4.2012].

SCHWARZE, Jürgen, BECHTOLD, Rainer & BOSCH, Wolfgang

- 2008 *Deficiencies in European Community Competition Law – Critical Analysis of the Current Practice and Proposals for Change*, Estugarda: Gleiss Lutz Rechts Anwälte, September 2008.

KERSE, C.S. & KHAN, N.

- 2005 *EC Antitrust Procedure*, Londres: Sweet & Maxwell.

SLATER, Donald, THOMAS, Sébastien & WAELBROECK, Denis

- 2009 “Competition Law Proceedings Before the European Commission and the Right to a Fair Trial: No Need for Reform?”, in *European Competition Journal*, pp. 97-143, também disponível em: <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf> [consultado em 26.1.2012].

MOURA E SILVA, Miguel

- 2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

WILS, Wouter

- 2004 “The combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Functions in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, 27, pp. 201-224.
- 2010 “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR”, in *World Competition*, 33, n.º 1, pp. 5-29.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – DEZEMBRO DE 2011 A MARÇO DE 2012

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal Constitucional (2.^a Secção) de 21.12.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366-A/11 (reclamação de despacho da Relatora).

Recorrente: *Menarini Diagnósticos, Lda.*

Sumário: indefere a reclamação e confirma a decisão reclamada; condena a requerente nas custas.

Normas relevantes: arts. 3.º, n.º 3 e 720.º do CPC; arts. 74.º, n.º 3, 78.º-B, n.º 2 e 84.º, n.º 8, da LTC.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 28.12.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 178/09.8TYLSB.L1 (recurso de Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa).

Recorrente: *AIPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*

Sumário: concede parcial provimento ao recurso, alterando a sentença na parte em que estabeleceu a coima, pela qual condenou a recorrente, no valor de 1.177.429,30€, valor que reduz para 850.000,00€, confirmando, no mais, a sentença recorrida; condena a recorrente no pagamento de custas pelo decaimento parcial.

Normas relevantes: art. 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro; arts. 4.º, 42.º a 44.º e 52.º da LdC; art. 81.º do TCE [atual art. 101.º do TFUE], art. 234.º do TCE [atual art. 267.º do TFUE]; arts. 1.º e 2.º do RGIMOS; arts. 374.º e 379.º do CPP; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 29.º, n.ºs 1 e 2, 46.º, n.ºs 1 e 2 e 165.º, n.º 1 da CRP.

Sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, 1.^a U.O., de 12.1.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 1829/11.0BELSB (intimação para prestação de informações e passagem de certidão).

Autor: *Powerovia, S.A.*

Sumário: julga improcedente a ação, absolvendo a Autoridade da Concorrência do pedido (prestação de informações e passagem de certidão).

Normas relevantes: art. 104.º e ss. do CPTA; arts. 5.º, n.º 2 e 61.º a art. 65.º do CPA; art. 268.º, n.º 1 da CRP.

Despacho Saneador do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, 4.^a U.O., de 26.1.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 247/11.4BELSB (ação administrativa comum – pedido de abertura de inquérito contraordenacional).

Autor: *Automóvel Club de Portugal (ACP).*

Sumário: declara a incompetência absoluta do tribunal, com a consequente absolvição da Autoridade da Concorrência da instância, sem prejuízo do disposto no art. 14.º, n.ºs 2 e 3 do CPTA; condena o Autor em custas.

Normas relevantes: arts. 13.º e 14.º do CPTA; arts. 1.º e 4.º do ETAF; arts. 50.º e 54.º da LdC; arts. 211.º e 212.º da CRP.

Acórdão do Tribunal Constitucional (2.^a Secção) de 08.2.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 733/10 (recursos de despacho do Vice-Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa e de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

Recorrentes: *Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.; Itau – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A.; Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; Carlos Alberto dos Santos Martins Moura; Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço; e José Luís Silvestre Cordeiro.*

Sumário: decide não julgar inconstitucional a norma do artigo 26.º, n.º 2, da LdC, quando interpretada no sentido de não conferir aos demais arguidos e respetivos defensores, em processo contraordenacional, o direito a assistir e participar na audiência oral nela prevista; nega, pois, provimento ao recurso, condenando a recorrente em custas.

Normas relevantes: arts. 24.º a 26.º e 28.º da LdC; arts. 50.º e 55.º do RGIMOS; art. 315.º do CPP; art. 100.º do CPA; arts. 20.º, 32.º e 36.º, n.º 10 da CRP; art. 70.º, n.º 1, al. *b*) da LTC.

Acórdão do Tribunal Constitucional (2.^a Secção) de 08.2.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 366-B/11 (requerimentos relativos a acórdãos do Tribunal Constitucional e despachos da Relatora).

Recorrente: *Abbott – Laboratórios, Lda.*

Sumário: julga improcedente a arguição dos vícios invocados nos requerimentos apresentados pela requerente em 24 de novembro de 2011, 16 de dezembro de 2011 e 19 de janeiro de 2012; condena a requerente em custas, fixando a taxa de justiça em 40 unidades de conta, tendo em conta, nomeadamente, o número de questões e requerimentos apresentados e decididos, a inerente tramitação processual a que tais requerimentos deram causa e, sobretudo, a circunstância de manifestarem uma atividade contumaz da vencida.

Normas relevantes: arts. 3.º, n.º 3 e 720.º do CPC; arts. 69.º e 84.º, n.º 8 da LTC.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 27.2.2012, proferida no âmbito do Processo n.º 659/11.3TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

Recorrentes: *SMTZ – Ensino de Condução Automóvel, Lda.* e *Manuel Rodrigues, Lda.*

Sumário: decide absolver a arguida Manuel Rodrigues, Lda. da prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a) da LdC, que lhe vinha imputada; decide manter a condenação da arguida SMTZ – Ensino de Condução Automóvel, Lda., pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, al. a) da LdC, na coima de € 2.731,36, condenando-a nas custas do processo, na proporção de metade.

Normas relevantes: arts. 1.º, 2.º, 4.º e 44.º da LdC; arts. 8.º, 18.º, n.º 1 e 32.º do RGIMOS; art. 101.º do TFUE; art. 61.º da CRP.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (4.º Juízo) de 29.2.2012, proferida no âmbito do Processo n.º 1232/08.9TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

Recorrente: *PT Comunicações, S.A.*

Sumário: julga totalmente procedente o recurso de impugnação interposto pela arguida PT Comunicações, S.A., absolvendo-a da prática da contraordenação prevista e punida pelos arts. 6.º, n.ºs 1 e 2 e 4.º, n.º 1, als. c) e e) da LdC, e também pelas als. b) e c) do art. 82.º do TCE [atual art. 102.º do TFUE], que lhe era imputada.

Normas relevantes: arts. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 17.º, 24.º, 25.º, 26.º, 28.º, 43.º e 44.º da LdC; arts. 41.º, 50.º, 55.º do RGIMOS; arts. 86.º a 89.º do CPP; arts. 61.º

a 63.º do CPA; art. 102.º do TFUE; art. 6.º da CEDH; arts. 29.º, 32.º, n.º 10 e 268.º da CRP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.ª Secção) de 6.3.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 1065/07.0TYLSB (arguição de nulidade de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa).

Recorrente: *Autoridade da Concorrência*.

Sumário: decide suprir a nulidade (por indevida omissão de pronúncia) de que enferma o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de dezembro de 2010, que julgou improcedente o recurso interposto pela Autoridade da Concorrência da Sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, que julgou integralmente procedente a Impugnação Judicial deduzida pela arguida PT – Comunicações, S.A. e, conseqüentemente, absolveu a mesma arguida das contraordenações imputadas; indefere, expressamente, o pedido (formulado pela Autoridade da Concorrência) de que fossem suscitadas perante o Tribunal de Justiça da União Europeia três questões prejudiciais; e, no mais, mantém inalterado o decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Dezembro de 2010.

Normas relevantes: arts. 3.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro; arts. 6.º, 43.º, n.º 1 e 52.º da LdC; art. 82.º do TCE [atual art. 102.º do TFUE], art. 267.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 (5.ª Secção) de 7.3.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 178/09.8TYLSB.L1 (requerimento relativo a Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa).

Recorrente: *AIPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*.

Sumário: indefere o requerido pela arguida/recorrente quanto à nulidade do acórdão.

Normas relevantes: art. 4.º da LdC; art. 3.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1/2003; arts. 379.º, n.º 1, al. c) e 425.º, n.º 4 do CPP.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – DEZEMBRO DE 2011 A MARÇO DE 2012

elaborado por José Renato Gonçalves

VALORES MOBILIÁRIOS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.^a Secção (criminal), de 15 de dezembro de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 1557/08.3 TFLSB-A.L1, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, em que foi declarado extinto por prescrição o procedimento contra-ordenacional n.º 3/2008 da CMVM, nos termos do qual o BCP – Banco Comercial Português, S. A., havia sido condenado a uma coima de um milhão de euros pela prática dolosa da contraordenação prevista e punida pelos arts. 310.º, 397.º, n.º 2, al. c) e 388.º, n.º 1, al. a) do Código de Valores Mobiliários (CVM) – violação do dever de não praticar intermediação financeira excessiva – e a várias coimas, no valor total de 2 460 mil euros, pela prática dolosa de 41 contraordenações previstas e punidas pelos arts. 309.º, n.º 3, 397.º, n.º 2, al. b) e 388.º, n.º 1, al. a) do CVM – violação do dever de evitar conflitos de interesses. Inconformada com a sentença, a CMVM interpôs recurso. O recurso foi admitido, a subir de imediato e em separado, com efeito devolutivo, prosseguindo no tribunal *a quo* o recurso de impugnação para apreciação autónoma de outras questões.

Recorrente: CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Tipo de ilícito: violação dos deveres de não praticar intermediação financeira excessiva e de evitar conflitos de interesses.

Decisão: negado provimento ao recurso e confirmada a decisão recorrida [que declarara prescrita a contraordenação prevista nos arts. 310.º, 397.º, n.º 2, al. c) e 388.º, n.º 1, al. a) do CVM, por se tratar de um ilícito de perigo abstrato

ou delito de mera atividade e não de resultado, cuja consumação se verifica com o incumprimento da obrigação de se abster de incitar clientes a realizar operações repetidas sobre instrumentos financeiros.

Normas relevantes: arts. 310.º, 397.º, n.º 2, al. c), 388.º, n.º 1, al. a) e 410.º do CVM e art. 27.º do RGCO.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 2.º Juízo, 1.ª Secção, de 5 de janeiro de 2012, proferida no Processo n.º 1870/10.OTFLSB, de impugnação judicial da deliberação da CMVM que condenara o arguido ao pagamento de uma coima única de 25 mil euros pela prática em concurso efetivo real homogéneo de 21 contraordenações previstas e punidas pelos arts. 248.º, n.º 4, 394.º, n.º 1, al. i) e 388.º, n.º 1, al. a) do CVM – violação a título doloso do dever de não utilização de informação privilegiada que ainda não tinha sido tornada pública.

Arguido/recorrente: Armando Esteves.

Tipo de ilícito: violação do dever de não utilização de informação privilegiada ainda não tornada pública.

Decisão: confirmada a decisão da CMVM e condenado o arguido ao pagamento de uma coima.

Normas relevantes: arts. 248.º, n.º 4, 394.º, n.º 1, al. i) e 388.º, n.º 1, al. a) do CVM e art. 59.º do RGCO.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 2.º Juízo, 2.ª Secção, de 9 de janeiro de 2012, proferida no processo de impugnação judicial da decisão da CMVM, nos autos de contraordenação n.º 38/2007, que condenara o arguido ao pagamento de uma coima única de 60 mil euros e na sanção acessória de interdição temporária, pelo período de seis meses, do exercício profissional de atividades relacionadas com a recepção, transmissão e execução de ordens de intermediação financeira, pela prática de quatro contraordenações muito graves de violação do dever de tratar com equidade os clientes, previstas e punidas pelos arts. 397.º, n.º 2, al. b) e 388.º, n.º 1, al. c) do CVM, e de uma contraordenação muito grave, de violação do dever de defesa do mercado, prevista e punida pelo art. 388.º, n.º 1, al. a) do mesmo diploma.

Arguido/recorrente: Paulo Daniel Campião Grade (na altura dos factos, diretor da sala de mercado da sociedade *Lisbon Brokers*).

Tipo de ilícito: violação dos deveres de tratar com equidade os clientes e de defesa do mercado.

Decisão: dado provimento ao recurso interposto pelo arguido, que, em consequência, ficou absolvido da prática das contraordenações pelas quais vinha acusado.

Normas relevantes: arts. 3.º, 311.º, n.ºs 1 e 2, 330.º, 388.º, n.º 1, al. *a*), 397.º, n.º 2, al. *b*), 401.º e 402.º do CVM, arts. 4.º e 58.º do RGCO, arts. 119.º, al. *e*), 126.º, n.º 3 e 345.º, n.ºs 2 e 3 do CPP e arts. 29.º, 32.º, n.º 8 e 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 2.º Juízo, 2.ª Secção, de 27 de janeiro de 2012, proferida no Processo n.º 22/11.6 TFLSB, de impugnação judicial da decisão da CMVM, nos autos de contraordenação n.º 09/2007, que condenara o arguido ao pagamento de uma coima no valor de 40 mil euros, pela prática, enquanto cúmplice e a título doloso, de uma contraordenação muito grave prevista e punida pelos arts. 397.º, n.º 1, 388.º, n.º 1 al. *a*) e 289.º, n.º 2 do CVM e 16.º, n.º 3 e 18.º, n.º 3 do RGCO.

Arguido/recorrente: Banco Português de Gestão, S. A.

Tipo de ilícito: comparticipação no exercício profissional de atividade de intermediação financeira para a qual o co-arguido não estava habilitado.

Decisão: a acusação foi julgada procedente, por provada, e a impugnação improcedente, tendo o arguido sido condenado ao pagamento de uma coima.

Normas relevantes: Arts. 289.º, n.º 2, 397.º, n.º 1 e 388.º, n.º 1, al. *a*) do CVM e arts. 16.º, n.º 3, 18.º, n.º 3 e 59.º do RGCO.

Acórdão n.º 85/2012 do Tribunal Constitucional, de 15 de fevereiro de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 367/2011, 1.ª Secção, tendo por objeto o recurso do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, de 6 de abril de 2011, relativo ao Processo n.º 1724/09.2 TFLSB.L1 do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual havia sido impugnada a decisão da CMVM que condenara o BCP – Banco Comercial Português, S. A., em seis coimas previstas e punidas pelos arts. 388.º, n.º 1, al. *a*) e 389.º, n.º 1, al. *a*) do CVM, por infrações relativas à divulgação ou comunicação de informação não completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, recurso então julgado em parte procedente. No acórdão referido, o Tribunal da Relação julgara o recurso improcedente, confirmando integralmente a sentença sobre cinco questões de inconstitucionalidade [cfr. anotações anteriores desta secção].

Recorrente: BCP – Banco Comercial Português, S. A.

Objecto do recurso: foi pedida a apreciação da inconstitucionalidade de várias

normas sobre valores mobiliários, mas o objeto do recurso ficou reduzido à norma do art. 389.º, n.º 1, al. *a*) do CVM, nos termos do Acórdão n.º 349/2011 do Tribunal Constitucional.

Decisão: negado provimento ao recurso e, conseqüentemente, confirmada a decisão da Relação de Lisboa quanto à questão de inconstitucionalidade.

Normas relevantes: arts. 1.º e 27.º (princípio da culpa), 13.º (princípio da igualdade), 18.º, n.º 2 (princípios na necessidade da punição e da proporcionalidade) e 29.º, n.ºs 1 e 3 (princípio da legalidade sancionatória, na dimensão de tipicidade) da CRP e arts. 7.º, 388.º, n.º 1, al. *a*), 389.º, n.º 1, al. *a*), 402.º e 405.º do CVM.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – DEZEMBRO DE 2011
A MARÇO DE 2012

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 29.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-398/07.

Partes: Reino de Espanha / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 29.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-336/07.

Partes: *Telefónica, SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.3.2012, proferido no âmbito do Processo C-209/10 (a título prejudicial).

Partes: *Post Danmark A / S / Konkurrencerådet*.

Acordos, decisões de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 6.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-65/06.

Partes: *FLSmidth & Co. A / S* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 6.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-64/06.

Partes: *FLS Plast A / S* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 6.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-53/06.

Partes: *UPM-Kymmene Oyj* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.2012, proferido no âmbito do Processo C-17/10 (a título prejudicial).

Partes: *Toshiba Corporation* e o. / *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*.

Acórdão do Tribunal Geral de 2.2.2012, proferido no âmbito do Processo T-83/08.

Partes: *Denki Kagaku Kogyo Kabushiki Kaisha* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 2.2.2012, proferido no âmbito do Processo T-77/08.

Partes: *The Dow Chemical Company* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 2.2.2012, proferido no âmbito do Processo T-76/08.

Partes: *EI du Pont de Nemours and Company* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-389/10 P.

Partes: *KME Germany AG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-386/10 P.

Partes: *Chalkor AE Epexergias Metallon*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-272/09 P.

Partes: *KME Germany AG* e o. / Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2012, proferido no âmbito do C-417/10 (a título prejudicial).

Partes: *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate/3M Italia SpA.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2012, proferido no âmbito do Processo C-243/10.

Partes: Comissão / República Italiana.

Acórdão do Tribunal Geral de 28.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-123/09.

Partes: *Ryanair Ltd* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 21.3.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV e T-69/06 RENV.

Partes: Irlanda e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-391/08.

Partes: *Ellinika Nafpigeia AE* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 7.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-210/02 RENV.

Partes: *British Aggregates Association* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 2.3.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-29/10 e T-33/10.

Partes: Reino dos Países Baixos e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1.3.2012, proferido no âmbito do Processo C-354/10.

Partes: Comissão / República Grega.

Acórdão do Tribunal Geral de 28.2.2012, proferido no âmbito do Processo T-282/08.

Partes: *Grazer Wechselseitige Versicherung AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28.2.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-268/08 e T-281/08.

Partes: *Land Burgenland* (Áustria)/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.2.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-115/09 e T-116/09.

Partes: *Electrolux AB* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.2.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-80/06 e T-182/09.

Partes: *Budapesti Erőmű Zrt* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 18.1.2012, proferido no âmbito do Processo T-422/07.

Partes: *Djebel – SGPS, SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-329/09 P.

Partes: *Iride SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-320/09 P.

Partes: *A2A SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-319/09 P.

Partes: *ACEA SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-318/09 P.

Partes: *A2A SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.12.2011, proferido no âmbito do Processo T-244/08.

Partes: *Konsum Nord ekonomisk förening* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo T-421/07.

Partes: *Deutsche Post AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-275/10 (a título prejudicial).

Partes: *Residex Capital IV CV / Gemeente Rotterdam*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8.12.2011, proferido no âmbito do Processo C-81/10 P.

Partes: *France Télécom / Comissão*.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal Geral de 22.3.2012, proferido no âmbito dos Processos apensos T-458/09 e T-171/10.

Partes: *Slovak Telekom a.s. / Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 9.3.2012, proferido no âmbito do Processo T-192/07.

Partes: *Comité de défense de la viticulture charentaise / Comissão*.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Manuel Lopes Porto/Gonçalo Anastácio (coords.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2012.

elaborado por António Moura Portugal

OS AUTORES

A obra “*Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*” é o resultado da contribuição de um vasto conjunto de autores com atividade profissional ligada às matérias da União Europeia. Os autores da obra são preponderantemente juristas mas participaram ainda quadros de reguladores e de empresas, magistrados, diplomatas, advogados, economistas, engenheiros e quadros das várias instituições europeias. Os autores exercem a sua atividade maioritariamente em Portugal (149), mas também existe um contingente significativo de autores estrangeiros e radicados no estrangeiro, em particular em Bruxelas (34). Uma nota que merece destaque, evidenciando a singularidade da obra, é o elevado número de doutorados que nela participa – 60 – com tudo o que isso representa em termos de valia científica. O trabalho foi coordenado por Manuel Lopes Porto, Professor Catedrático na Universidade Coimbra, responsável pelo Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e autor de uma vasta bibliografia sobre temas da União Europeia, e por Gonçalo Anastácio, Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência e docente do Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação da FDUL/IDEFF.

SINOPSE DA OBRA E COMENTÁRIO

O “*Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*” apresenta-se como uma obra com uma verdadeira função de descodificação do quadro legislativo estruturante da União Europeia. Resultando do trabalho de várias gerações de estudiosos e práticos do direito da União Europeia, o livro reflete a riqueza da diversidade de opinião sem perder um fio condutor comum, o que faz do mesmo uma obra de referência para o estudo do Direito da União Europeia.

O livro, prefaciado pelo Presidente da Comissão Europeia, apresenta-se em língua portuguesa mas ultrapassa em muito as fronteiras do nosso território, como não poderia deixar de ser face ao objeto de que trata. Surpreende, contudo, pela positiva a riqueza das indicações bibliográficas de autores estrangeiros a propósito dos vários artigos que vão sendo comentados, o que é revelador do conhecimento e ecletismo dos vários autores.

A obra reúne os textos fundamentais do Direito da União Europeia, sendo que comentário ao Tratado da União Europeia e ao Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia constituem o cerne da mesma e a grande mais-valia face a outras publicações existentes. A preocupação dos autores em coligir todos os diplomas fundamentais levou ainda à inclusão dos trinta e sete protocolos e inúmeras declarações, o que redundou em 1460 páginas, opção que se justifica face aos objetivos propostos pelos coordenadores.

Ao longo das variadas opiniões e comentários aos artigos, da obra sobressai a elevada capacidade analítica e de síntese dos autores na seleção dos aspetos relevantes para o objetivo final. O livro apresenta o Tratado de Lisboa, artigo a artigo, mantendo uma estrutura analítica de base comum, com os correspondentes ganhos decorrentes da facilidade de consulta criada para o leitor, sem todavia abdicar da originalidade e marca/cunho pessoal de cada comentarista.

A abordagem de cada artigo começa estabelecendo o enquadramento da análise através da transcrição do texto, conforme aprovado no Tratado de Lisboa.

Depois da transcrição do artigo é efetuada a referência à sua origem nos textos dos anteriores Tratados. Este relacionamento revela a primeira grande mais-valia da obra, pela forma simples e completa com que se apresenta, em poucas linhas, uma evolução, em muitos casos, desde a versão original do Tratado de Roma, de 1957. As referências de aprovação e publicação são úteis para se perceber o quadro legal e contexto em que a norma foi aprovada.

Estabelecida a relação do artigo atual com os artigos dos Tratados anteriores, o trabalho apresenta ainda o relacionamento do artigo com os demais

artigos do tratado. Este relacionamento sistemático dos artigos do Tratado de Lisboa representa um segundo pilar analítico fundamental, pela forma ágil e eficiente como a informação é disponibilizada, constituindo um auxílio notável aos menos familiarizados com as matérias de Direito da União Europeia e com os Tratados.

Feita a integração sistemática do artigo, o desenvolvimento analítico prossegue com a apresentação dos principais diplomas de direito europeu derivado relacionados com a norma e matéria tratada. A referência aos instrumentos de direito derivado permite a projeção da análise para além do texto oficial do tratado, evidenciando a evolução legislativa e a aplicação do artigo nos mais diversos instrumentos normativos da União Europeia, facilitando enormemente a tarefa de quem procura matérias e diplomas conexos. Como exemplo do exposto, atente-se na anotação feita ao artigo 101º em matéria de concorrência, que congrega referências úteis a práticos do direito da concorrência e remissões imediatas para os diplomas legais e orientações sobre a execução das regras dos artigos em causa, bem como para matérias tão importantes como a definição de mercado relevante e as restrições verticais.

Após a revelação dos principais instrumentos de direito derivado relacionados com o artigo, a análise prossegue para a sua aplicação na prática, através de uma breve análise jurisprudencial com a apresentação de uma síntese de Acórdãos do TJUE relacionados. A apresentação dos acórdãos é, normalmente, enunciativa, mantendo-se assim a simplicidade de tratamento, mas lembrando ao leitor que é através da jurisprudência e da aplicação do direito como *law in action* que melhor se apreende o dever ser normativo.

Por fim, e para concluir a análise do artigo, os diversos autores fazem uma breve, mas importante síntese doutrinária mais relevante. Os autores apresentam, para cada artigo, uma síntese da melhor doutrina nacional e estrangeira, concluindo a sua análise com um alargar de horizontes que vai muito além do texto do tratado.

Pela abrangência e universalidade da obra, a análise de cada artigo evidencia a elevada capacidade de síntese dos autores, ficando patente o esforço e o especial cuidado na seleção de informação, pelo que, em nada fica comprometida a riqueza de conteúdos.

A análise sistemática do Tratado de Lisboa apresentada na obra constitui um precioso auxílio para o intérprete do texto do Tratado, permitindo uma descodificação do mesmo, não só por juristas, mas por todos os interessados nestes temas da União Europeia.

A obra apresenta-se assim como um elemento de estudo de extrema relevância, não só para quem pretenda estudar de forma profunda o texto do Tratado, pelo enquadramento, análise e referências que efetua, mas também para quem, não tendo um objetivo de estudar em profundidade o tratado, pretenda obter um conhecimento abrangente e rigoroso do mesmo.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – dezembro de 2011 a março de 2012

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA - NACIONAL

SOFIA OLIVEIRA PAIS – *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo Europeu*, Lisboa: Universidade Católica, 2011.

CONCORRÊNCIA - ESTRANGEIRA

ANDREJ FATUR – *EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries: Economic versus Legal Concepts in Pursuit of (Consumer) Welfare*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.

ANDREW MACNAB – *Bellamy and Child: Materials on European Community Law of Competition – 2012 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARRY E. HAWK (ed.) – *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, Huntington: Juris Publishing, 2012.

CESARE RIZZA/MARIO SIRAGUSA – *EU Competition Law: Volume III, Cartels and Collusive Behaviour: Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, 2.^a ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing.

DAMIEN GERADIN/ANNE LAYNE-FARRAR/NICOLAS PETIT – *EU Competition Law and Economics*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

DANIEL ZIMMER – *The Goals of Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.

DAVID GERBER – *Global Competition – Law, Markets, and Globalization*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

EDUARDO MOLAN GABAN/JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES – *Antitrust Law in Brazil. Fighting Cartels*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.

EINER R. ELHAUGE – *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.

- FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER – *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GEORGE CUMMING – *Merger Decisions and the Rules of Procedure of the European Community Courts*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- GOTZ DRAUZ/CHRISTOPHER JONES – *EU Competition Law: Volume II, Mergers and Acquisitions*, 2nd ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2011.
- LUIS ORTIZ BLANCO – *Market Power in EU Antitrust Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.
- JURGEN BASEDOW/STEPHANIE FRANCO/LAURENCE IDOT – *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.
- KATJA ZIEGLER – *New German Antitrust Law in the EC and UK Context*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- L. GRIGGS – *Competition Law in Australia*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- MAHER M. DABBAH/PAUL LASOK (eds.) – *Merger Control Worldwide*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- PETER ROTH/VIVIEN ROSE – *Bellamy and Child: European Community Law of Competition – 2012 Pack*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PINAR AKMAN – *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.
- PRADEEP S. MEHTA – *Evolution of Competition Laws and their Enforcement: A Political Economy Perspective*, Vancouver: Routledge, 2011.
- RENATO NAZZINI – *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- RICHARD WHISH/DAVID BAILEY – *Competition Law, Seventh Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SAMANTHA MOBLEY/ROSS DENTON – *Global Cartels Handbook – Leniency: Policy and Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- STEVEN NOE – *Directory of EU Case Law on Merger Control. 'The Merger Brick'*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- SUZANNE KINGSTON – *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- VIVIEN ROSE – *Bellamy & Child: The European Community Law of Competition – Second Cumulative Supplement*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

XIAOYE WANG/JESSICA SU – *Competition Law in China*, The Hague/London/
New York: Kluwer Law International, 2011.

REGULAÇÃO – NACIONAL

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Manual de Direito Bancário* – edição
cartonada, Coimbra: Almedina, 2012.

MARGARIDA LIMA REGO (coord.) – *Temas de Direito dos Seguros: A Propósito
da Nova Lei do Contrato de Seguro*, Coimbra: Almedina, 2012.

C&R

ATUALIDADES

ATUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Seminário “A Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a nova Lei Brasileira da Concorrência”

Lisboa, 17 de janeiro de 2011

Carlos Ragazzo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE) da República Federativa do Brasil, realizou um seminário nas instalações da Autoridade da Concorrência sobre a recente reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência e a nova lei da concorrência brasileira.

O orador apresentou a nova Lei da Concorrência brasileira, que introduz alterações institucionais significativas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Foram ainda discutidos os principais objetivos e desafios da reforma, bem como as inovações introduzidas na nova Lei da Concorrência no Brasil.

Mais informação disponível em: <http://www.concorrenca.pt/>.

Seminário “Optimal R&D Subsidies with Heterogeneous Firms in a Dynamic Setting”

Lisboa, 5 de março de 2011

O Prof. Doutor Christopher Laincz, do LeBow College of Business, Drexel University, Filadélfia, EUA, proferiu um seminário sobre políticas públicas de incentivos à investigação e desenvolvimento. O orador apresentou o seu estudo que constitui um primeiro passo na caracterização dos fatores que influenciam uma política pública ótima sobre I&D com empresas heterogéneas em termos de dimensão num ambiente dinâmico.

Mais informação disponível em: <http://www.concorrenca.pt/>.

IDEFF

Numa área próxima do Direito da Concorrência e Regulação, promove o IDEFF, no presente ano letivo, o Primeiro “Curso de Pós-Graduação relativo à Dívida Pública e Mercados da Dívida Pública”. Este integra quatro módulos: Módulo I – Dívida Pública e Macroeconomia, a cargo do Professor Doutor José Miguel Costa; Módulo II – Mercado Financeiro, da responsabilidade do Mestre Jorge Guedes e da Dr.^a Sofia Torres; Módulo III – A Estratégia de Gestão da Dívida Pública Portuguesa, a cargo do Mestre Carlos Costa Pina e da Dr.^a Sofia Torres; Módulo IV – Enquadramento institucional e jurídico, a cargo da Dr.^a Maria João Parreira e do Mestre Sérgio Gonçalves do Cabo. Os coordenadores científicos são os Professores Doutores Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Luís de Varennes e Mendonça.

Realizou-se, no passado dia 19 de janeiro de 2012, o Seminário Internacional “A Crise dos Mercados de Dívida Soberana e o seu Impacto no Sistema Bancário”, no âmbito do ciclo anual de conferências e “workshops” associados ao Primeiro Curso de Pós-Graduação relativo à Dívida Pública e Mercados da Dívida Pública, organizado pelo IDEFF. Na sessão de abertura, estiveram o Professor Doutor Paz Ferreira (Presidente do IDEFF) e o Dr. Alberto Soares (Presidente do Instituto de Gestão do Crédito Público). A apresentação coube ao Professor Doutor Luís Morais (Professor da Faculdade de Direito de Lisboa e membro da direção do IDEFF) e foram oradores os Professores Lars Nyberg (Vice-Governador do Banco Central da Suécia (‘Sveriges riksbank’)), Maria Cannata (Directora-Geral da Direção de Dívida Pública no Tesouro Italiano e Membro do Steering Group da OCDE em matéria de Gestão de Dívida Pública) e Nicolas Véron (Senior Researcher do BRUEGEL (Brussels) e do Peterson Institute for International Economics (Washington)).

Mais informações sobre estas iniciativas podem ser encontradas em www.ideff.pt.

*A realizar**Nacionais*

O IDEFF encontra-se a organizar uma “Conferência sobre o Novo Regime de Defesa da Concorrência”, sob coordenação do Professor Doutor

Luís Morais e que terá lugar no próximo dia 11 de maio de 2012, na Fundação Calouste Gulbenkian, com programa a anunciar.

Mais informações sobre esta iniciativa podem ser encontradas em www.ideff.pt.

Internacionais

20th Conference on Postal and Delivery Economics

Brighton, 30 de maio a 2 de junho de 2012

Com o patrocínio da ANACOM, esta Conferência organizada pelo Center for Research in Regulated Industries (CRRI), da Universidade de Rutgers, visa o debate sobre aspetos económicos e jurídicos da distribuição postal, abordando ainda questões de política de regulação.

Mais informação disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1106657>.

19th International Competition Law Forum ICF

St. Gallen, 7-8 de junho de 2012

A Universidade de St. Gallen promove mais uma edição do International Competition Law Forum, onde se discutirão assuntos da atualidade da aplicação do direito da concorrência, como o papel das autoridades de concorrência e dos tribunais, controlo de operações de concentração de empresas e as ações de indemnização civil.

Mais informação disponível em: <http://www.sgikf.com/>.

IBA Antitrust Conference

Madrid, 14-15 de junho de 2012

A IBA organiza esta Conferência dedicada a temas como concorrência e regulação no setor energético, controlo de concentrações, mercados financeiros e cartéis.

Mais informação disponível em: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=292f1572-8dac-4482-ba0d-efb3909a4202>.

GCR Live Financial Services and Competition Law 2012

London, 20 de junho de 2012

A Global Competition Review organiza esta conferência sobre a aplicação do direito da concorrência no setor dos serviços financeiros.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1402/gcr-live-financial-services-competition-law-2012/>.

Competition Policy in Global Markets – Efficiencies and remedies in lean times

Londres, 22 de junho de 2012

Esta Conferência pretende debater a forma como as autoridades da concorrência estão a adaptar a aplicação do direito da concorrência no contexto mundial atual, incluindo questões ligadas à cooperação internacional, aspetos procedimentais, convergência e protecionismo, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.chathamhouse.org/competition2012>.

Competition Law Challenges in the Motor Vehicle Sector 2012

Brussels, 28 de junho de 2012

A IBC Legal organiza esta conferência que irá debruçar-se sobre os mais recentes desenvolvimentos ao nível da política e direito da concorrência no setor automóvel na União Europeia, incluindo o mercado pós-venda, distribuição de peças e transmissão de informação técnica.

Mais informação disponível em: <http://www.informaglobalevents.com/event/Competition-Law-Challenges-in-the-Motor-Vehicle-Sector-Conference-2012>.

The 14th Annual Residential EU Competition Law Summer School

Cambridge, 6-10 de agosto de 2012

IBC Legal Conferences organiza um curso intensivo sobre direito da concorrência da UE, desde os seus aspetos introdutórios a questões mais complexas.

Mais informação disponível em: <http://www.informaglobalevents.com/event/eu-competition-law-summer-school-2012-conference-cambridge>.

16th Annual Competition Conference

Florença, 14-15 de setembro de 2012

A International Bar Association organiza esta conferência dedicada ao direito da concorrência. Na edição de 2012, os temas abordados serão as trocas de informação entre concorrentes, ações de indemnização e concorrência no espaço on-line, entre outros.

Mais informação disponível em: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=8801B724-EF43-4083-A508-3A47F4D84C27>.

39th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy

Nova Iorque, 20-21 de setembro de 2012

A Fordham University School of Law organiza mais uma edição da Conferência Anual.

Mais informação disponível em: <http://law.fordham.edu/fordham-competition-law-institute/25183.htm>.

Using Economics in Competition Law Course

Oxford, 1-2 de outubro de 2012

Na sua décima terceira edição, o Curso organizado pela Oxera pretende transmitir os aspectos fundamentais da teoria e instrumentos económicos utilizados pelas autoridades da concorrência e tribunais na aplicação do direito da concorrência.

Mais informação disponível em: <http://www.oxera.com/main.aspx?id=10017>.

NOTAS CURRICULARES

ANA PASCOAL CURADO

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, encontra-se atualmente a realizar o estágio de advocacia na Direção Jurídica do Grupo Espírito Santo Saúde, onde desenvolve a sua atividade sobretudo no âmbito do direito processual civil, direito do trabalho, direito da saúde e respetivo regulatório.

Ana Pascoal Curado is master in Law by the University of Lisbon Law School. She is currently a trainee lawyer at the Legal Department of the Espírito Santo Saúde Group, where she is mostly involved in the areas of civil procedural law, labour law, health law and its regulatory matters.

ANTÓNIO MOURA PORTUGAL

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado, Sócio da ABBC Sociedade de Advogados RL. Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1997-2011) e Docente do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal.

António Moura Portugal is graduated in Law by the University of Coimbra Law School and Master in Law by the University of Lisbon Law School. Lawyer, Partner at ABBC law firm. Assistant professor at the University of Lisbon Law School (1997-2011) and teacher at the Institute for Economic, Fiscal and Tax Law of the University of Lisbon Law School.

ASSIMAKIS KOMNINOS

Sócio local no escritório de Bruxelas da sociedade White & Case LLP. A sua atividade incide sobre casos complexos de abuso de posição dominante e acordos restritivos, bem como questões processuais e legais decorrentes de

processos administrativos e civis, de direito nacional e da União Europeia, incluindo processos de arbitragem com elementos jusconcorrenciais. Esteve envolvido em vários casos de referência perante o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral da União Europeia, incluindo os casos *Microsoft*, *Syfait*, *GlaxoSmithKline*, *Lélos*, *Greek lignites* e *copper plumbing tubes*, bem como em processos perante autoridades e tribunais na Grécia, Chipre, Bélgica, França, Letónia e tribunais arbitrais internacionais. Entre 2009 e 2011, foi Comissário e Membro do Conselho da Comissão de Concorrência Helénica. Foi também Professor convidado na *IREA – Université Paul Cézanne Aix – Marseille III* e “visiting fellow” do *Centre for Law and Governance in Europe* do *University College London* (UCL). É licenciado com distinção na *Athens Law School* e detém o grau de LL.M. da *University of Cambridge (Trinity College)*, um segundo grau de LL.M. da *New York University* e Doutoramento pelo *European University Institute*.

Assimakis Komninos is a Local Partner in the Brussels office of White & Case LLP. His practice focuses on complex cases of abuse of dominance and restrictive agreements, as well as on demanding procedural and legal questions arising in EU and national administrative and civil proceedings, including arbitration proceedings with antitrust elements. He has been involved in various landmark cases before the European Court of Justice and the EU General Court, including Microsoft, Syfait, GlaxoSmithKline, Lélos, Greek lignites, and copper plumbing tubes, as well as in proceedings before authorities and courts in Greece, Cyprus, Belgium, Bulgaria, France, Latvia, and international arbitration tribunals. Between 2009 and 2011 he was a Commissioner and Member of the Board of the Hellenic Competition Commission. He is also a visiting professor at IREA – Université Paul Cézanne Aix – Marseille III and a visiting fellow of the Centre for Law and Governance in Europe at University College London (UCL). He graduated with honours from Athens Law School and holds a LL.M. degree from the University of Cambridge (Trinity College), a second LL.M. degree from New York University, and a Ph.D. from the European University Institute.

HELENA GASPAR 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 graduated in law from the University of Lisbon Law School (2003) and post-graduate in competition and regulation from the same University (2006). She is Ph.D. 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 in-house counsel at ICP-ANACOM (2005-2007). Since 2007, she is a lawyer at the Legal Department of the Portuguese Competition Authority.

LUÍS GUILHERME CATARINO

Diretor-Adjunto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. É licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Mestre em Ciências do Direito Público e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), com uma tese sobre regulação jurídico-económica. Tem artigos publicados no âmbito da colaboração e lecionação nos seminários de Pós-Graduação do Instituto de Valores Mobiliários da FDUL (mercados financeiros), do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da FDUC (regulação jurídico-económica) e da UAL – Universidade Autónoma de Lisboa (Direito Constitucional da Economia e das Sanções Administrativas e Direito Internacional Público).

Luís Guilherme Catarino is Deputy Director at the Portuguese Securities Market Commission. He is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (FDUL), and Master in Law and Ph.D. from the University of Coimbra Law School (FDUC), having defended a thesis on Regulation Law & Economics. He has several papers published in the remit of his collaboration in post-graduation seminars on financial markets with the IVM (FDUL), on Regulation Law & Economics with the CEDIPRE – Center for Studies in Public Law and Regulation (FDUC), and on Constitutional Law of Economic Regulation and Administrative Sanctions and also Public International Law with the UAL.

LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS

Licenciado e Mestre em Direito, em ciências jurídico-económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Consultor jurídico do Banco de Portugal, atualmente a exercer as funções de Presidente da Comissão Liquidatária do Banco Privado Português. Docente do Instituto

Europeu e do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, ambos da FDUL. Membro de várias revistas científicas. Autor de um vasto número de publicações nas áreas da sua especialidade.

Luís Máximo dos Santos is graduated and Master in Law, in legal-economic sciences, from the University of Lisbon Law School (FDUL). Legal Counsel of the Portuguese Central Bank, now exercising the functions of President of the Liquidation Commission of the Banco Privado Português. Professor in the European Institute and in the Institute of Economic, Financial and Tax Law, both of FDUL. Author of a large number of works in the fields of his expertise, published in monographies and as articles in scientific reviews.

MIGUEL BRITO BASTOS

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009), onde leciona, desde o mesmo ano, na qualidade de Assistente Convidado. Advogado-estagiário na Sérvulo & Associados, RL.

Miguel Brito Bastos is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2009), where he is Assistant Professor, since that same year. Trainee-lawyer at Sérvulo & Associados, RL.

MIGUEL MOURA E SILVA

Doutorado em Direito – Ciências Jurídico-Económicas – pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, obteve os graus de Licenciado em Direito (1990) e Mestre em Direito (1998), menção de Ciências Jurídico-Comunitárias, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Lisboa. Estudou ainda no *College d'Europe* (1990-91) e na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan (1994-95), onde foi bolseiro Fulbright. É atualmente Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, aí tendo exercido funções docentes como assistente desde 1993, leccionando várias disciplinas da área de ciências jurídico-económicas. Foi eleito membro da Assembleia da Faculdade e do Conselho Científico em 2011. Integrou o Conselho da Concorrência desde Janeiro de 1999 até à extinção daquele órgão em Março de 2003. Exerce funções como Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência desde setembro de 2004 até ao presente.

Miguel Moura e Silva has a Ph.D. in Law from the University of Lisbon Law School (2009), and a graduate degree in Law from the Portuguese Catholic University Law Faculty (1990), where he also obtained a Master Degree in Law

– *EC Law (1998). He also studied at the College d’Europe, Bruges (1990-91) and, as a Fulbright scholar, at the University of Michigan Law School (1994-95). He is a Professor at the University of Lisbon Law School, where he has been teaching since 1993 in the fields of Economic Law and European Union Law. Since 2011, he is an elected member of the Law School Assembly and of the Scientific Board. Member of the Competition Council from January 1999 until the replacement of that independent body by the current Portuguese Competition Authority, where he serves, since September 2004, as Director of the Department for Restrictive Practices.*

NUNO CARROLO DOS SANTOS

Consultor da Abreu Advogados, onde desempenhou as funções de advogado associado na área de prática de Concorrência, Regulação e União Europeia desde janeiro de 2009. Em 2007 e 2008 foi consultor no Departamento de Assuntos Jurídicos da Caixa Geral de Depósitos. Entre 2002 e 2007 foi advogado estagiário e subsequentemente advogado associado na F. Castelo Branco & Associados, tendo desempenhado funções de assessoria jurídica na Hewlett-Packard Portugal, durante 6 meses, em regime de destacamento. É coautor de diversos artigos da publicação *online e-Competitions/Concurrences*. É licenciado em Direito e tem estudos pós-graduados em Sociedades Comerciais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bem como uma pós-graduação e um *Master of Arts* em Direito Comunitário da Concorrência pela Faculdade de Direito do *King’s College London*.

Nuno Carrolo dos Santos is currently of-counsel at Abreu Advogados, where he worked as an associate in the Competition, Regulatory and EU group since January 2009. In 2007 and 2008 he worked as legal advisor at the Legal Department of Caixa Geral de Depósitos, Portugal’s largest public bank. Between 2002 and 2007 he practised law first as a trainee and subsequently as an associate at F. Castelo Branco & Associados, having been seconded to Hewlett-Packard Portugal for 6 months. He is co-author of several articles published by e-Competitions/Concurrences. He has a Law degree and post-graduate studies in Corporate Law from the University of Lisbon Law School, as well as post-graduate studies and a Master of Arts in EC Competition Law from King’s College London Law School.

RICARDO OLIVEIRA SOUSA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) (2003), pós-graduado em Contencioso Administrativo pela Uni-

versidade Católica (2007) e mestrando no curso de Mestrado Científico da FDUL, especialização em ciências jurídico-criminais. No período compreendido entre 2003 e 2008, foi colaborador da sociedade de advogados Simmons & Simmons Rebelo de Sousa, na área do Contencioso Civil e Criminal. Entre 2008 e 2011, exerceu funções de jurista no Departamento de Supervisão Bancária do Banco de Portugal, sendo Jurista-Coordenador na área de Ação Sancionatória do mesmo Banco desde 2011.

Ricardo Oliveira Sousa is graduate in law from the University of Lisbon Law School (2003), post-graduate from the Catholic University (2007) and attends the criminal law Master at the Lisbon University Law School. Between 2003 and 2008 he was a lawyer at Simmons & Simmons Rebelo de Sousa, at the Litigation Department. Between 2008 and 2011 he was a jurist at the Supervision Department of the Bank of Portugal, being Head of Unit of the Legal Enforcement Department since 2011.

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 excecionais, 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 eletrónico.
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 eletrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico 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 eletrónico 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

DIREÇÃO

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 Wolters
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 Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiares Maduro
Harry First	Nicolas Charbitt
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge de Figueiredo Dias	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Paulo de Sousa Mendes

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira	Francisco Costa Cabral
André Forte	Helena Gaspar Martinho
Catarina Anastácio	Nazaré da Costa Cabral
Cristina Camacho	José Renato Gonçalves
Fernando Pereira Ricardo	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 contraordenacional 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 eletrónicas

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 proteção 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



REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA
LUÍS SILVA MORAIS

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME																														
MORADA																														
CÓD. POSTAL				-				LOCALIDADE																						
TELEFONE									Nº 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

